
BESTYRELSESANSVAR I DE FINANSIELLE VIRKSOMHEDER

- med særligt henblik på Business Judgement Rule og medarbejderrepræsentationen
(The liability of board of directors in financial companies – with special focus on the Business Judgement Rule and the employee representation)



COPENHAGEN BUSINESS SCHOOL
CAND.MERC.AUD
KANDIDATAFHANDLING
ANTAL ANSLAG: 262.711
ANTAL NORMALSIDER: 115,48

FORFATTER: MALENE SKOVBY & MARTIN
HOUGAARD HANSEN
STUDIENR.: 102217 & 39634
VEJLEDER: SØREN FRIIS HANSEN
DATO: 15. MAJ 2020

Abstract

A number of Danish banks went bankrupt in the period 2008-2011, due to the effects of the financial crisis. Following the collapse of the banks, the legislature has further tightened its grip on the financial sector, using increased regulation of administration, operations, and capital requirements. The tightened requirements beg the question of, whether the sector also carries more responsibility, when the members of the board of directors act culpably.

In this thesis, the board of directors' duties are explained for both common limited companies and financial companies. For this purpose, the historical development of relevant legislation is examined, in order to explain the legislature's intents when continuously changing the laws. When comparing the Companies Act ("Selskabsloven") and the Financial Business Act ("Lov om finansiel virksomhed"), the Business Judgement Rule is also to be considered. Based on legislation, this thesis determines that a higher standard of liability should apply to the board of directors in financial companies, but this thesis also finds that the principle in the Business Judgement Rule can be applied in the same way as for common limited companies.

In connection with the above, the standard of liability and the Business Judgement Rule is analyzed in the three bank convictions regarding Capinordic Bank A/S, Amagerbanken A/S, and Roskilde Bank A/S. In all of these cases the court finds, that there are no grounds for interpreting the current legislation as a tightened standard of liability, and that the principle in the Business Judgement Rule can also be applied to financial companies, even though the court in very special cases limit this rule, when conflicts of interest or gross negligence are present.

Based on the above, it is discussed whether the standard of liability should be tightened as a result of the opposing interpretations in the case-law in the intent behind the Financial Business Act, respectively. In the discussion, the legislature's agreement of 27. March 2019, Strengthening of the effort against financial crime ("Styrkelse af indsatsen mod finansiel kriminalitet"), is also considered. The agreement contains a series of initiatives, where appointed workgroups among other things have to determine how the standard of liability can be tightened for financial companies.

As a result of the thoughts and explanations behind the agreement, and the wording of the agreement in general, together with the consequences that a tightened standard of liability would entail, and combined with the considerations made in the three bank convictions, this thesis finds no grounds for concluding that a tightening of the standard of liability is needed.

Parallel with the above, this thesis also focuses on the rules regarding employee representation. Sources of law have concluded that there is no distinction between common members and employee selected members of the board of directors. However, it is proven in this thesis that the court in certain cases is inclined to make a distinction, meaning that the current sources of laws are challenged. This applies to both common limited companies and financial companies.

Indholdsfortegnelse

Del I - Indledende del	5
Kapitel 1 Indledning	5
1.1 Prolog	5
1.2 Problemformulering	6
1.3 Afgrænsning	6
1.4 Metode	7
Del II - Anvendelsesområdet for bestyrelsesansvar og medarbejderrepræsentation	9
Kapitel 2 Historisk udsnit af relevant lovgivning	9
2.1 Selskabsloven: Erstatningsbestemmelsen	9
2.2 Selskabsloven: Medarbejderrepræsentation	11
2.3 Lov om finansiel virksomhed: Krav til ledelsen	13
2.4 Erstatningsansvarsloven: Lempelsesreglen	14
Kapitel 3 Selskabets ledelse	16
3.1 Ledelsens opgaver og pligter	16
3.2 Medarbejderrepræsentation	22
3.3 Særlige krav til ledelsen i de finansielle virksomheder	25
Kapitel 4 Erstatningsansvar	30
4.1 Hvem kan ifalde erstatningsansvar?	30
4.2 Culpareglen	32
4.3 Business Judgement Rule indtil nu	37
4.4 Søgsmålskompetence	40
Del III - Bestyrelsesansvar i pengeinstitutter	42
Kapitel 5 Domspraksis for de finansielle virksomheder	42
5.1 Capinordic Bank A/S (U.2019.1907H)	42
5.1.1 Indledning og generelle forhold	42
5.1.2 Ansvarsnorm	46
5.1.3 Det forretningsmæssige skøn foretaget af ledelsen	46
5.1.4 Finanstilsynets advarsler og undersøgelser	50
5.1.5 Ledelsens tilsidesættelse af lovgivning (FIL)	51
5.1.6 Vurdering af låneengagementer	55
5.1.7 Øvrige præmisser	56
5.1.8 Afrunding	57
5.2 Amagerbanken A/S (Østre Landsrets dom af 26. juni 2019, 22. afd. nr. B-1390-17 og B-1831-17)	58
5.2.1 Indledning og generelle forhold	58
5.2.2 Finanstilsynets advarsler og undersøgelser	62
5.2.3 Ansvarsnorm	64
5.2.4 Det forretningsmæssige skøn foretaget af ledelsen	65
5.2.5 Østerfælled-ejendommen	66
5.2.6 Medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer	70
5.2.7 Afrunding	72
5.3 Roskilde Bank A/S (Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10)	73
5.3.1 Bankens historie – med særligt henblik på årene 2005-2008	73
5.3.2 Finansiell Stabilitets anbringender	76

5.3.3 Ansvarsnorm	78
5.3.4 Medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer	79
5.3.5 Vækststrategi – et delelement i sammenbruddet	80
5.3.6 Organisation – et delelement i sammenbruddet	82
5.3.7 Økonomi – et delelement i sammenbruddet	84
5.3.8 Udlån – et delelement i sammenbruddet	86
5.3.9 Bankens sammenbrud	87
5.3.10 Det forretningsmæssige skøn foretaget af ledelsen	88
5.3.11 Afrunding	89
Kapitel 6 Retspraksis for medarbejderrepræsentanternes ansvar i bestyrelsen	91
6.1 Introduktion til kapitlet	91
6.2 Burmeister & Wain Energy A/S (Østre Landsrets dom af 23. august 2019, 15. afd. nr. BS-22550/2019-OLR, BS-22551/2019-OLR og BS-22552/2019-OLR)	91
6.2.1 Indledning og generelle forhold	91
6.2.2 Håbløshedstidspunktet	92
6.2.3 Kurators indstilling	93
6.2.4 Ansvarsnormen	94
6.2.5 Medarbejderrepræsentanternes anbringender	95
6.2.6 Sør- og Handelsrettens afgørelse samt Østre Landsrets stadfæstelse	98
6.2.7 Afsluttende iagttagelser og vurderinger	99
Del IV - Sammenfatning og refleksion	102
Kapitel 7 Fremtidsperspektivet for ansvarsvurderingen	102
7.1 Den nuværende retstilstand – en opsamling af bankdommene	102
7.2 Er der behov for en skærpelse i erstatningsansvaret?	106
Kapitel 8 Konklusion	113
Bibliografi	117
Domsregister	124
Forkortelser	125
Bilag	126
Bilag 1 - Årsrapporter	126

Del I - Indledende del

Kapitel 1 Indledning

1.1 Prolog

Finanskrisen har sat sine spor i dansk økonomi og i særdeleshed også på dens lovgivning, og dette kan mærkes hos især de finansielle virksomheder, som under krisen løb ind i finansielle problemer. Selvom Jesper Rangvid, Formand for Finanskriseudvalget, slog fast gennem den såkaldte Rangvid-rapport, at en lille kreds på 17 personer har båret store ejendomsengagementer i de krakkede banker og dermed har en overvejende del af ansvaret for krisen, idet dette førte til abnorme nedskrivninger¹, synes den generelle opfattelse i samfundet til stadighed at være, at de danske pengeinstitutter var alt for risikovillige, hvorfor de bærer en stor del af ansvaret for krisens effekt i dansk økonomi.

Selvom kun 19 pengeinstitutter fra krisens start i år 2008 og frem til år 2013 ophørte som følge af Finanstilsynets kapitalkrav (nødlidende pengeinstitutter) svarende til beskedne 4,5% af balancen i banksektoren², er der siden da sket markante skærpnings og præciseringer i Lov om finansiell virksomhed. Dette blev gjort for at forbedre muligheden for at gøre ledelsesmedlemmerne erstatningsansvarlige, da det herved vil være nemmere at påvise, hvorvidt ledelsen har overtrådt nogle af deres pligter.

Finansiell Stabilitet har efter krisen anlagt sager om erstatning mod ledelsen i syv banker. De tre mest relevante sager baseret på det omfangsmæssige indhold, retsinstansen og deres tidsmæssige beliggenhed er Capinordic Bank A/S, Amagerbanken A/S og Roskilde Bank A/S. Her beror retsopgøret på, hvorvidt de forhenværende ledelser har handlet retsstridigt og ansvarspådragende i deres ageren som øverste ledelsesorgan. Dette bringer derfor også Business Judgement Rule i spil, hvortil en ledelse ikke kan være ansvarlig for tabsgivende fejlskøn, så længe ledelsen har truffet beslutningen på et oplyst og loyalt grundlag.

Business Judgement Rule er således en vigtig del af retspraksis, da det ellers vil være svært at finde medlemmer til bestyrelsen, da disse ville risikere at ifalde ansvar for de beslutninger, der senere viser sig at være forkerte.

¹ Jf. Jesper Rangvid, Den finansielle krise i Danmark – årsager, konsekvenser og læring (2013), s. 273

² Jf. Jesper Rangvid, Den finansielle krise i Danmark – årsager, konsekvenser og læring (2013), s. 250

Det findes derfor interessant i nærværende afhandling af belyse, hvorledes domstolene finder de daværende ledelsesmedlemmer i Capinordic Bank, Amagerbanken og Roskilde Bank erstatningsansvarlige, og hvorvidt princippet om Business Judgement Rule får indflydelse på disse afgørelser. Endvidere belyses der i de banker, hvorpå der har været medarbejderrepræsentation i bestyrelsen, om disse repræsentanter opnår samme kendelser, som de menige bestyrelsesmedlemmer. Dette skyldes, at domspraksis tidligere har vist, at medarbejderrepræsentationen er en ligelig del af et selskabs bestyrelse, og manglende erfaring eller viden ikke alene kan føre til en nedsættelse af ansvaret. Hertil vil domspraksis fra de ikke-finansielle virksomheder inddrages.

Afslutningsvist forsøger afhandlingen at drøfte på baggrund af den eksisterende lovgivning og resultatet af bankdommene, hvorvidt der er behov for en skærpelse af erstatningsansvaret.

1.2 Problemformulering

Som følge af det igennem tiden omdiskuterede indhold af Business Judgement Rule forsøges det i nærværende afhandling at fastlægge rækkevidden for ledelsesansvaret i kapitalselskaber med særlig fokus på de finansielle virksomheder. I forlængelse af dette undersøges, hvorvidt retspraksis indebærer en indholdsmæssig ændring af culpanormen for så vidt angår ledelsen i de danske pengeinstitutter, herunder for medarbejderrepræsentationen. På baggrund af denne gennemgang vurderes afslutningsvist, hvorvidt der er behov for en skærpelse af erstatningsansvaret for ledelsesmedlemmerne i de finansielle virksomheder.

1.3 Afgrænsning

Indledningsvist skal det i denne afhandling defineres, at der ved "finansielle virksomheder" alene menes pengeinstitutter, hvorfor der foretages en afgrænsning af anvendelsesområdet for Lov om finansiell virksomhed. Således afgrænses der for realkreditinstitutter, fondsmæglerselskaber, investeringsforvaltningsselskaber og forsikringsselskaber³.

Afhandlingen fokuserer alene på den nationale retspraksis, og der vil samtidig kun medtages relevante bestemmelser, som ligger inden for problemformuleringens omfang. Dette betyder ligeledes, at den strafferetlige del ikke medtages i denne afhandling, da processen herfor er en forholdsvis anden end processen for erstatningsansvar, som er det primære fokus.

³ De generelle regler om anvendelsesområdet fremgår af FIL § 1, og definitionen af finansielle virksomheder fremgår af FIL § 5, stk. 1, nr. 1

Det skal dog bemærkes, at problemformuleringens ordlyd om Business Judgement Rule nødvendiggør, at der er behov for at inddrage udenlandsk retspraksis til forståelse af reglens oprindelse og udvikling. Denne inddragelse sker dog alene med eksempler, som understøtter den nuværende danske retspraksis.

Endvidere ses der bort fra de særlige regler, som gør sig gældende for europæiske aktieselskaber som omtalt i lov nr. 281 af 26. april 2004 (benævnt SE-regler), som indeholder særlige regler for medarbejderrepræsentanter i de tilfælde, hvor der sker grænseoverskridende fusion (KSL § 311) eller –spaltning (KSL § 318). Ligeledes ses der også bort fra de systemisk vigtige institutter (SIFI), herunder de skærpede administrative krav og kravene til kapitalsiden. Det skal dog bemærkes, at disse institutter omtales i kapitel 7, idet problemformuleringen nødvendiggør en overvejelse om, hvorvidt den nuværende retspraksis kan favne den samlede finansielle sektor. Målet er derfor ikke at foretage en selvstændig analyse af disse institutter.

Afslutningsvist begrænses domsanalysen for de finansielle virksomheder til Capinordic Bank, Amagerbanken og Roskilde Bank⁴. Dette skyldes, at disse domme særligt har taget stilling til de af problemstillingens fremsatte undersøgelser, og disse sager endvidere tæller det mest omfattende domsmateriale. Således udgør rettens afgørelse for de tre banker mere end 4.200 sider⁵, hvilket også er medvirkende til, at de øvrige bankdomme udholdes af hensyn til afhandlingens længde.

1.4 Metode

Indledningsvist redegøres der for retshistorien for de relevante bestemmelser, som er genstand for analyse. Navnlig vil erstatningsbestemmelsen (KSL § 361, herunder culpa), medarbejderrepræsentationen (KSL kapitel 8), de særlige regler for bestyrelsesmedlemmer i de finansielle virksomheder (FIL §§ 64-64b samt § 70) samt lempelsesreglerne (EAL §§ 24-25) afklares. Retshistorien skal her bidrage til forståelsen og tilblivelsen af den gældende ret (de lege lata), som ligeledes understøttes af en retsdogmatisk metode, således at de retsvidenskabelige analysers resultater belyser, hvad retten er⁶. Den gældende ret udtrykkes herefter for så vidt angår selskabets ledelse og erstatningsansvar i øvrigt, således at

⁴ De øvrige anlagte sager fra finanskrisen tæller i skrivende stund EBH Bank, Løkken Sparekasse, Eik Bank Føroya og Eik Bank Danmark

⁵ Domsmaterialet fordeler sig således: Capinordic Bank A/S (1.456 sider), Amagerbanken A/S (1.427 sider) og Roskilde Bank A/S (1.355 sider)

⁶ Jf. Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen, Retskilder og retsteorier (2017) s. 27-31

forudsætningen for at forstå, evaluere og konkludere på de udvalgte bankdomme i domsanalysen er sikret. Sagt med andre ord er domsanalysen det grundlæggende i den retsdogmatiske metode, hvorfor afhandlingens analyse sker med afsæt heri.

Domsanalysen vil særligt have sit fokus på dommens præmisser, idet disse udtrykker, hvorledes dommen er afsagt. Dette skal bidrage til, hvorvidt der er tale om en dom, som kan anvendes på lignende sager, eller om dens præjudikat ikke er stærkt nok i fremtiden som følge af sagens konkrete omstændigheder⁷. Ligeledes beskriver dommen også, hvorvidt der har været uenighed blandt dommerne (dissens), hvortil der kan opnås forståelse for de bagvedliggende tanker, der eventuelt har været for og imod afgørelsen. Selvom dissens intuitivt giver anledning til en lavere præjudikatsværdi, kan disse domme fortsat bruges som retskilde, såfremt dissensen ikke kan henføres til netop den regel, som har været udslagsgivende for afgørelsen. Dermed kan dommen stadig få præjudikatsværdi⁸. Dommens noter anvendes også, idet noterne understøtter fortolkningen og analysen af den afsagte dom. Således kan en udeladelse af noterne i domsanalysen føre til andre resultater end tiltænkt⁹.

Antallet af domme, som er medvirkende til at understøtte de løbende vurderinger og konklusioner i afhandlingens kapitler, er ikke på forhånd fikseret i analysen (med undtagelse af kapitel 5). Således vil der løbende inddrages relevant retspraksis, som er med til at sikre afhandlingens validitet. Sagt med andre ord ønskes der i nærværende afhandling tilstrækkelig sikkerhed for, at det, som påpeges, også er passeligt understøttet. Dette skyldes, at der afslutningsvist skal bedømmes, hvorvidt der er behov for en skærpelse af erstatningsansvaret, hvorfor vurderingen ikke skal være præget af tilfældigheder i de afsagte domme, som ikke er i overensstemmelse med retstilstanden¹⁰. Hertil bemærkes det samtidigt, at antallet af inddragende domme ikke forhindrer et fremtidig opgør med den gældende praksis, og præjudikatsværdien i øvrigt er uforstyrret af, om der fremgår én eller flere domme baseret på samme relevante og specifikke begrundelse (ratio decidendi)¹¹.

Afslutningsvist vil det forliggende arbejde, som skrevet ovenfor, ligge til grund for en vurdering af en eventuel skærpelse af erstatningsansvaret for ledelsesmedlemmer i de finansielle virksomheder (de lege ferenda)¹².

⁷ Jf. Karsten N. Olesen og Troels M. Lilja, Domsanalyse (2016), s. 68

⁸ Jf. Karsten N. Olesen og Troels M. Lilja, Domsanalyse (2016), s. 38-39 samt Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen, Retskilder og retsteorier (2017), s. 142

⁹ Jf. Karsten N. Olesen og Troels M. Lilja, Domsanalyse (2016), s. 70-73

¹⁰ Jf. Karsten N. Olesen og Troels M. Lilja, Domsanalyse (2016), s. 82-87

¹¹ Jf. Karsten N. Olesen og Troels M. Lilja, Domsanalyse (2016), s. 39-40

¹² Jf. Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen, Retskilder og retsteorier (2017), s. 30

Del II - Anvendelsesområdet for bestyrelsesansvar og medarbejderrepræsentation

Kapitel 2 Historisk udsnit af relevant lovgivning

2.1 Selskabsloven: Erstatningsbestemmelsen

I juni 2009 blev det vedtaget, at Aktieselskabsloven samt Anpartsselskabsloven skulle afløses af den nuværende Selskabslov. Formålet med den nye KSL var at opnå mere sammenhæng og systematik mellem bestemmelserne¹³. Sammenlægningen har ikke medført en væsentlig ændring af erstatningsretsreglerne, idet reglerne i ASL kapitel 23 og APSL kapitel 13 A er videreført i de nuværende regler i kapitel 22. Bestemmelser, der omfatter medlemmer af ledelsen, vil fremover også omfatte medlemmerne af et eventuelt tilsynsråd¹⁴.

Der findes ikke en særlig ansvarsregel på det selskabsretlige område, men i stedet henvises der til de almindelige erstatningsregler, hvor culpaeglen finder anvendelse¹⁵.

Erstatningsbestemmelsen er implementeret i KSL § 361 og er en videreførelse af den tidligere ASL §§ 140 og 141 samt den tidligere APSL §§ 80 a og 80 b¹⁶. I bestemmelsen gælder det, at en indtruffet hændelse skal være udført forsætligt eller uagtsomt, hvilket refererer til normen for culpa.

Culpaeglen blev accepteret som en almindelig erstatningsregel i 1700-tallet og blev samtidigt gjort fri fra strafansvar. Danske Lov fra 1683 indeholder ingen almindelig erstatningsretsregel, men klarificerer forholdet mellem objektive og subjektive regler.

Udviklingen i erstatningsretten er præget af en subjektiv ansvarsregel (culpa) og objektive ansvarsregler. Reglen udformer sig således, at der alene behøves at udvise den grad af agtpågivenhed, som en fornuftig gennemsnitsperson vil udvise i tilsvarende situationer (bonus pater). Leves der op til denne norm, er personen garanteret mod at ifalde et erstatningsansvar. I år 1898 blev der indført et begrænset objektivt ansvar, hvilket bl.a. skyldtes, at der kom fokus på arbejdsgivernes ansvar for arbejdsulykker. Ydermere begyndte reglen at blive anvendt i DL-3-19-2 på erstatningsansvar uden for kontrakt, hvilket resulterede i en skærpelse af arbejdsgivernes ansvar for de ansattes skadeforvoldelser (principalansvar). Udviklingen i det

¹³ Jf. Peer Schaumburg-Müller og Erik Werlauff, Selskabsloven med kommentarer (2010), s. 5

¹⁴ Jf. Kommentarer til Selskabslov af 2010-03-01

¹⁵ Jf. Bo von Eyben og Helle Isager, Lærebog i erstatningsret (2015), s. 85

¹⁶ Jf. Lars Bunch og Søren C. Whitt, Selskabsloven med kommentarer (2018), s. 1619

objektive ansvar betød ikke, at den almindelige erstatningsregel nu var en anden end culpa, men derimod blev det gjort gældende, at der er et objektivt ansvar i de tilfælde, hvor der ikke er retspraksis for de givne skadesområder¹⁷.

I ASL af 1973 blev der indført særlige bestemmelser om erstatningsansvar. Dette blev gjort med henblik på at tydeliggøre, at medlemmerne af selskabets direktion og bestyrelse har et selvstændigt ansvar for, at selskabet ledes på en forsvarlig måde¹⁸.

Ved lov nr. 1060 af 23. december 1992 blev der på baggrund af skandalen om Nordisk Fjerfabrik indført en række bestemmelser i ASL. Der blev bl.a. indført en række nye pligter for bestyrelser samt skærpelse af en række eksisterende krav, der stilles til bestyrelsens opgaver. Dette medførte en del diskussion om, hvorvidt det var en skærpelse af bestyrelsens ansvar. Det må dog antages, at dette ikke var tilfældet, da ansvarsgrundlaget fortsat er baseret på culpareglen¹⁹.

I Danmark skete der et paradigmeskift i år 2006 ved vedtagelse af KSL nr. 246 af 27. marts 2006, hvor en række formelle kreditorbeskyttelsesregler blev afskaffet.

Moderniseringsudvalgets kommissorium lagde op til at fortsætte dette paradigmeskifte i forbindelse med, at en række formelle kreditorbeskyttelsesregler skulle afskaffes eller lempes, idet de overvejede, om der var behov for en præcisering af reglerne for ledelsesmedlemmers erstatningsansvar. De afviste dog, at der var behov for en præcisering af den almindelige culpanorm, idet de mente, at den gældende culpanorm var udtryk for en hensigtsmæssig standard for ansvarsbedømmelsen²⁰.

Afslutningsvis skal Business Judgement Rule nævnes. Denne regel stammer fra engelsk ret, og herigennem videreført med angloamerikansk²¹ ret, hvis retspraksis er relevant for nærværende afhandling. Reglen tager udgangspunkt i common law, og reglen kan spores helt tilbage til år 1742 i engelsk ret, jf. *The Charitable Corporation v. Sutton* 26 ER 642 (1742). I dansk ret er reglen endnu ikke stadfæstet, men principperne bag reglen anvendes alligevel som en slags retsgrundsætning²², hvilket første gang blev set i år 1977, jf. U.1977.274H.

¹⁷ Jf. Bo von Eyben og Helle Isager, *Lærebog i erstatningsret* (2015), s. 45

¹⁸ Jf. Søren F. Hansen og Jens V. Krenchel, *Dansk selskabsret II* (2019), s. 687

¹⁹ Jf. Søren F. Hansen og Jens V. Krenchel, *Dansk selskabsret II* (2019), s. 691

²⁰ Jf. Søren F. Hansen og Jens V. Krenchel, *Dansk selskabsret II* (2019), s. 692

²¹ Særligt Nordamerikanske lande, hvor den engelske kultur og dens sprog er dominerende

²² Jf. Janus W. Høy, *Bestyrelsens ansvar – med særlig fokus på finansielle virksomheder* (2020), s. 239-242

Dette gennemgås yderligere i afsnit 4.3, hvor kritik af denne opfattelse ligeledes omtales.

2.2 Selskabsloven: Medarbejderrepræsentation

Tilbage i 1960'erne herskede Socialdemokratiet med landets fagbevægelser i ryggen. Noget nyt var under opsejling, idet landets lønmodtagere skulle have medbestemmelse. Begrebet "Økonomisk demokrati" var det nye, og dette påvirkede således også debatten ved revisionen af ASL fra år 1930²³. Selvom de danske nabolande allerede havde implementeret de første regler for medarbejders indflydelse i selskabernes ledelse²⁴, blev området ikke anset som værende en opgave for den daværende kommission, hvorfor betænkning 362/1964²⁵ til afløsning af loven fra år 1930 ikke indeholdte områder vedrørende medarbejders medbestemmelse. Selvom Nordisk Råd i betænkning 540/1969²⁶ ligeledes berørte medarbejdernes indflydelse, kom dette ikke til kundskab i det daværende udkast til en ny ASL.

Det var således først i slutningen af år 1972, at socialdemokrat og handelsminister Erling Jensen indarbejdede medarbejderrepræsentanter i et udkast til den nye ASL. Loven blev enstemmigt vedtaget i sommeren 1973 for så vidt angår reglerne for selskabsrepræsentation²⁷. Frem mod år 2009 har der kun været mindre justeringer, som er summeret nedenfor²⁸.

Den 1. januar 1981, hvor det 4. selskabsretlige direktiv blev indarbejdet i national ret, blev det vedtaget, at medarbejderrepræsentationen som minimum skal udgøre en tredjedel af bestyrelsen, dog mindst to repræsentanter. Samtidigt blev reglerne for koncernrepræsentation indført (heraf mindst tre repræsentanter). Den 1. marts 1985 blev repræsentanternes valgperiode forøget fra 2 til 4 år, og i kølvandet på inkorporeringen af det 8. selskabsretlige direktiv, blev grænsen for antallet af medarbejdere i år 1987, som udgør beregningsgrundlaget for medarbejderrepræsentationen, nedsat fra 50 til 35 medarbejdere. I år 1990 blev det 7. selskabsretlige direktiv implementeret i dansk ret, navnlig i årsregnskabslovens kapitel 8 vedrørende koncernregnskaber²⁹, hvorfor definitionen af koncerner blev ændret, hvilket igen

²³ Jf. Rosanna Farbøl m.fl., Økonomisk Demokrati (2018)

²⁴ Jf. Caspar Rose, Medarbejderrepræsentanter er kommet for at blive (2011)

²⁵ Jf. Betænkning 362/1964 om revision af aktieselskabslovgivningen

²⁶ Jf. Betænkning 540/1969 om en fællesnordisk aktieselskabslovgivning

²⁷ Jf. Claus J. Hansen m.fl., Medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer (2004), s. 14-15

²⁸ Jf. Erhvervsstyrelsens vejledning om reglerne for selskabs- og koncernrepræsentation

²⁹ Jf. Juridiske emner ved Syddansk Universitet, 1999, *Aktieselskabsloven i 25 år - selskabsrettens udvikling og udvidelse*

skulle præciseres, således at medarbejdernes koncernrepræsentation alene gælder, hvor stemmemajoriteten ligger hos moderselskabet.

Som nævnt i forrige afsnit valgte regeringen i år 2009 at samle reglerne for hhv. aktie- og anpartsselskaber til en samlet selskabslov. Reglerne for medarbejderrepræsentation, som der kendes i dag, var bygget på lovgrundlag nr. 470 af 12. juni 2009 samt nr. 720 af 25. juni. 2010 (§§ 140-141) og nr. 616 af 12. juni 2013 (§§ 142-143). Reglerne bygger i øvrigt ikke på EU-bestemmelser.

Medarbejderrepræsentationen er fortsat vigtig den dag i dag, og særligt KSL § 141, stk. 1 og 2, som vedrører koncernrepræsentation, og som i øvrigt er en videreførelse af ASL § 49, stk. 3, og APSL § 22, stk. 2, findes relevant. Det nye i denne bestemmelse er således, at der ved et direkte valg kan ske valg til koncernrepræsentationen. Endvidere giver bestemmelsen mulighed for, at udenlandske datterselskabers medarbejdere kan komme på valg ved en generalforsamling (til ledelsen i moderselskabet), hvilket formentlig skal ses i lyset af en stadig stigende globaliseret verden, hvor inddragelse af udenlandske medarbejdere i ledelsen kan have visse fordele. Det bemærkes dog, at der altid skal være mindst én danskvalgt repræsentant eller to, såfremt mere end en tiendedel af de samlede antal medarbejdere er danske. Dette afspejles ligeledes i KSL § 140, hvor bestemmelsen er udvidet ift. ASL og APSL, idet:

”Medarbejdere i et selskabs udenlandske filial, der er beliggende i et EU/EØS-land, betragtes som ansatte i selskabet.”³⁰

Det skal hertil bemærkes, at bestemmelsen i KSL § 141, stk. 1 er blevet så vidtgående, at der kan vælges repræsentanter til samtlige moderselskaber i en subkoncern³¹ uagtet af, at der ikke alene er tale om et moderselskab, der ejer et stemmeflertal i et datterselskab. Sagt med andre ord vil en koncern bestående af 13 koncerner have fire valg af koncernrepræsentanter³², og dermed kan det samtidigt konstateres, at underkoncerner ikke kan kræve koncernrepræsentation.

³⁰ Jf. KSL § 140, stk. 1, 2. pkt.

³¹ Jf. Erik Werlauff, Werlauffs kompendier (2016), s. 159

³² Eksemplet tager udgangspunkt i et selskab, som har to datterselskaber. Det ene datterselskab har yderligere et datterselskab under sig, mens det andet datterselskab også har et datterselskab under sig, som igen har et datterselskab, dvs. en samlet koncern på seks selskaber. For yderligere forståelse af regneopgørelsen henvises til Lars Bunch og Søren C. Whitt, Selskabsloven med kommentarer (2018), s. 587-588, til illustration herfor.

Den nye KSL ændrede også fleksibiliteten i §§ 140-141, idet der i begge bestemmelsers stk. 2 via bekendtgørelse nr. 344 af 30. marts 2012, § 40, stk. 3, blev indført, at:

*”Medarbejderne har ret til at vælge et lavere antal medlemmer og suppleanter, hvis der ikke kan vælges det antal, som medarbejderne har ret til efter stk. 1.”*³³

Lempelsen muliggør nu flere repræsentanter i det øverste ledelsesorgan, idet et minimumskrav ikke længere skal opfyldes. Det bemærkes samtidig, at bestemmelsen er en *ret* og dermed ikke et *krav*.

For så vidt angår KSL § 142 har der ikke været materielle ændringer henset til ASL og APSL, og den væsentligste forskel i KSL § 143 er, at hjemmelbestemmelserne er blevet udvidet ift. ASL og APSL, idet visse tekniske bestemmelser fra de to ophævede lovgivninger er flyttet til bekendtgørelsen³⁴.

2.3 Lov om finansiell virksomhed: Krav til ledelsen

Lov om finansiell virksomhed blev vedtaget i år 2003, og den var en sammenlægning af lov om banker og sparekasser, lov om realkreditselskaber og lov om forsikringsvirksomhed. Der er siden da sket store ændringer i lovgivningen på det finansielle område³⁵. Nedenfor fremgår de væsentligste ændringer af FIL §§ 64, 64 a, 64 b og 70.

For at sikre, at bestyrelsen har godkendte retningslinjer, blev der ved Lov 2010 570 præciseret yderligere specifikke krav til bestyrelsens retningslinjer i FIL § 70. Dette indebærer, at bestyrelsen skulle - og stadig skal - tage stilling til selskabets forretningsmæssige aktiviteter, dens risikoprofil samt have politikker for, hvordan kreditrisici overholdes. Det bemærkes ligeledes, at der skete en modernisering af FIL § 70 ved Lov 2014 286, idet stk. 4 blev indsat. Denne tilføjelse betød, at der i dag er et krav om, at bestyrelsen løbende skal vurdere, om den samlede ledelse har de nødvendige kompetencer til at sikre en forsvarlig drift. Dette krav om selvbedømmelse supplerer kravene til det enkelte bestyrelsesmedlem, som fremgår i FIL § 64.

³³ Jf. KSL § 140, stk. 2 og KSL § 141, stk. 2 (ens ordlyd)

³⁴ Jf. Lars Bunch og Søren C. Whitt, Selskabsloven med kommentarer (2018), s. 571-602

³⁵ Jf. Thomas Brenøe m.fl., Lov om finansiell virksomhed: med kommentarer (2019), s. 5

For at sikre, at medlemmer af bestyrelsen og direktionen i en finansiel virksomhed har tilstrækkelig faglig kompetence, erfaring samt udviser pålidelighed til at varetage det pågældende hverv, blev der i samme lovændring ændret ved § 64, stk. 1 samt tilføjet § 64, stk. 2, hvilket betød, at bestemmelsen nu er opdelt i to dele. § 64 stk. 1 kodificerer ledelsens fagmæssige kompetencer, og § 64 stk. 2-6 kodificerer ledelsens hæderlighed³⁶. I øvrigt bemærkes det, at der ved Lov 2018 706 skete en eksplicitering af bestemmelsens underliggende stykker, idet disse nu er samlet som punkter, således at reglerne tydeligt og læsbart fremgår alene af stk. 1³⁷. Desuden bør det nævnes, at der nu også vurderes, hvorvidt et medlem af ledelsen har forståelse for det samfundsmæssige ansvar i forbindelse med at forbygge hvidvask og terrorfinansiering i den finansielle sektor³⁸.

I samme lovændring (Lov 2014 268) blev § 64 a tilføjet. Her stilles der krav til det enkelte ledelsesmedlem om, at der afsættes et forsvarligt tidsforbrug til at varetage sin bestyrelsespost i den pågældende virksomhed. Der er ikke foretaget ændringer i denne bestemmelse frem til nu.

Derudover besluttede den forhenværende erhvervsminister Brian Mikkelsen at indsætte FIL § 64 b med virkning fra 1. januar 2017 (Lov 2014 1490). Bestemmelsen bevirker, at de valgte medlemmer af bestyrelsen efter denne dato forpligter sig til inden for en periode af 12 måneder at gennemføre et grundkursus for at opnå de nødvendige kompetencer, som det kræves for at varetage sådan en rolle i en finansiel virksomhed.

2.4 Erstatningsansvarsloven: Lempelsesreglen

Erstatningsansvarsloven trådte i kraft den 1. oktober 1984, og formålet med loven var at samle de erstatningsretlige tvivlsspørgsmål, som endnu ikke var nedskrevet og godkendt ved lov. Før EAL indtrådte, har der ikke været en regel for lempelse i erstatningsansvaret for skadevolderen, men dette er nu indarbejdet i § 24 (lempelsesregel), som giver mulighed for, at der kan lempes eller ses bort fra erstatningsansvaret, hvis ansvaret virker urimeligt tyngende, eller særlige omstændigheder i øvrigt gør sig gældende overfor skadevolder. Loven indeholder ligeledes bestemmelser om regler for fordelingen af erstatningsbyrden mellem flere

³⁶ Jf. Janus W. Høy, Bestyrelsens ansvar – med særlig fokus på finansielle virksomheder (2020), s. 372

³⁷ Bestemmelsens nævnte punkter betegnes også som "Fit and Proper", hvilket behandles yderligere i afsnit 3.3

³⁸ Jf. L 2018 706

solidarisk erstatningsansvarlige samt, hvis én af skadevolderne er dækket af en ansvarsforsikring³⁹.

Der er her tale om § 25, stk. 1 og 2, hvilket sammen med § 24 er de mest relevante bestemmelser i EAL for nærværende afhandling.

Bestemmelserne kan i øvrigt sammenholdes med KSL § 363, der ligeledes omtaler muligheden for nedsættelse af erstatningsansvaret samt solidarisk hæftelse.

³⁹ Jf. Betænkning 1383/2000 om revision af erstatningsansvarsloven m.v.

Kapitel 3 Selskabets ledelse

3.1 Ledelsens opgaver og pligter

KSL § 111 indleder lovens kapitel 7 med valg af ledelsesstruktur. De danske kapitalselskaber har således mulighed for at indrette sig med a) en bestyrelse og en direktion (enstrengt ledelsesstruktur), hvorved bestyrelsen både er det øverste og det centrale ledelsesorgan, jf. KSL § 5, nr. 4, litra a og nr. 5, litra a, eller b) en direktion som det centrale ledelsesorgan og et tilsynsråd som det øverste ledelsesorgan (tostrengt ledelsesstruktur), jf. KSL § 5, nr. 4, litra c, og nr. 5, litra c.

Imidlertid tager nærværende opgave sit afsæt i de finansielle virksomheder, hvorfor opmærksomheden henledes til FIL § 12, stk. 2, som foreskriver, at en finansiell virksomhed, som nævnt i bestemmelsens stk. 1, alene kan sammensættes med en enstrengt ledelsesstruktur. På baggrund heraf gennemgås tilsynsrådets opgaver i KSL § 116 ikke yderligere. De finansielle virksomheder har dog mulighed for et såkaldt repræsentantskab, jf. FIL § 69. Repræsentantskabet har her mulighed for at udføre en række forudbestemte opgaver, herunder valg af bestyrelse, når disse opgaver er præcist udformet i vedtægterne⁴⁰. Et sådant repræsentantskab kan dog også fungere i et kapitalselskab, som ikke er underlagt FIL, men modsat hertil kan repræsentantskabet ikke tildeles berettigelse til de opgaver, der af den nuværende lov udføres af de øvrige selskabsorganer⁴¹, hvorfor repræsentantskabet er udskrevet af loven ved sammenlægningen af APSL og ASL til den nuværende KSL, jf. lovforslagets bemærkninger til lov nr. 516/2009 ad nr. 8.

De generelle krav til medlemmerne af ledelsen fremgår af KSL §§ 112-114. Disse krav er ligeledes gældende for ledelser i de finansielle virksomheder, idet disse endog er underlagt yderligere regler, hvilket omtales nedenfor i afsnit 3.3. Loven foreskriver, at medlemmerne af ledelsen skal være a) myndig og ej være under værgemål (§ 112), b) ikke må deltage i spekulative forretninger vedrørende kapitalandele inden for koncernen (§ 113), og c) hvis kapitalselskabets aktier er optaget til handel på et reguleret marked, er der forbud mod arbejdende bestyrelsesformænd, dog begrænset til bestemmelsens sidste punktum (§ 114).

⁴⁰ Jf. Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller, Kapitalselskaber og erhvervsdrivende fonde (2015), s. 389

⁴¹ Jf. Søren F. Hansen og Jens V. Krenchel, Dansk selskabsret II (2019), s. 564

Det bemærkes således her, at der af kravene til medlemmerne ikke fremgår egentlige kompetencekrav, som ellers er tilfældet for de medlemmer, der træffer beslutninger under de finansielle virksomheder. Årsagsforklaringen skal dog findes i Økonomi- og Erhvervsministeriets publikation om ”Modernisering af selskabsretten”, hvori der redegøres for, at ansvaret for medlemmerne allerede er strikset, og det endvidere vil være svært at fastsætte regler, der harmonerer med alle selskaber uagtet af deres størrelse. Dette afsluttes med, at et krav til kompetencer således vil være et mærkbart indgreb i selvbestemmelsesretten hos selskaberne, hvorfor krav hertil undlades⁴².

Bestyrelsens opgaver er udtrykt i KSL § 115, og det er efter forfatterne til denne afhandlings vurdering, at disse overordnet set kan inddeles i fire hovedgrupper for ansvar: a) Kontrol af selskabets økonomi, b) Kontrol af selskabets direktion, c) Loyalitetspligt og d) Kontrol af risikostyring og sikring af en forsvarlig virksomhed i øvrigt.

Litra a) I KSL § 115 skal bestyrelsen ved påsyn sikre fem nedskrevne områder, hvoraf tre af dem drejer sig om selskabets økonomi (bogføring/regnskabsaflæggelse, rapportering om finansielle forhold og kapitalberedskab). Denne overvægt af økonomiske påsynsopgaver taler for en særlig sikring af aktionærerne, hvorved øvrige interessenter må stå i lyset heraf. Med andre ord synes dette at være bestyrelsens mest grundlæggende opgave, således at selskabet sikrer sin fremadrettet eksistens, herunder dens kontinuerlige positive udvikling. De løbende modtagelser af de finansielle forhold og en effektiv bogføring i øvrigt er således med til at hjælpe bestyrelsen i dens vurdering af selskabets økonomi, således at kapitalberedskabet kontinuerligt og mindst to gange om året er under bevågenhed.

KSL § 119 foreskriver bestemmelserne om kapitaltab, hvorved der skal afholdes en generalforsamling indkaldt af bestyrelsen senest seks måneder efter, at egenkapitalen udgør mindre end halvdelen af den tegnede kapital (med en frist på seks måneder ud af årets tolv måneder betyder dette, at ledelsen som minimum skal opgøre egenkapitalen to gange årligt). Gomard og Schaumburg-Müller foreskriver, at det således er tidspunktet, hvorpå tabet af kapitalen oversteg de 50%, at fristen løber fra⁴³, hvilket er i overensstemmelse med en EU-konform fortolkning, jf. dir. 2017/1132, art. 58.

⁴² Jf. Betænkning 1498/2008 om modernisering af selskabsretten, s. 316

⁴³ Jf. Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller, *Kapitalselskaber og erhvervsdrivende fonde* (2015), s. 430

KSL § 115 nr. 5 er således indsat som et værn mod, at egenkapitalen ikke undermineres, uden der er foretaget en professionel stillingtagen hertil⁴⁴. Det betyder, at der i overvejelserne bør indgå, hvorvidt egenkapitalen er robust nok til at modvirke midlertidige fremtidige tab i indtjeningen, og hvorvidt det fortsat er forsvarligt at fortsætte driften, uden at dette sker på kreditorernes regning, jf. U.1998.1137H (håbløshedstidspunktet, se mere herom i afsnit 4.2). Der tilsigtes således, at der i vurderingen fra selskab til selskab er en naturlig afvejning mellem selskabets aktivitet og dens kapital, og dette blandt andet bør bero på de fremadrettede budgetter i selskabet, således at der på den anden side ikke opbygges en unødvendig pengetank i selskabet⁴⁵.

Litra b) Bestyrelsen skal løbende føre tilsyn med direktionen, hvilket også klart udtrykker, at bestyrelsen besidder dispositionen til at afskedige direktionen⁴⁶. Det faktum, at bestyrelsen skal føre tilsyn, indikerer i al væsentlighed, at der snarere er fokus på tilsynspligten end bestyrelsens egentlige detailindsigt, hvilket betyder, at jo flere opgaver bestyrelsen frigives for, jo mere ansvar for kontrol må der da pålægges. Imidlertid synes det dog at være, at den bagvedliggende beslutning atter vægter højere end det faktiske tilsyn, hvilket må forstås i den udstrækning, at der ved tilsyn må kræves en beslutning på baggrund af det observerede, hvormed det ligeledes bliver bestyrelsens beslutning, som skal vurderes i forhold til en ansvarsbedømmelse. Ses dette f.eks. i forhold til ovenstående redegørelse om kapitaltab, vil en manglende indgriben fra bestyrelsen være et udtryk for et svigtende tilsyn. Alligevel kan bestyrelsens manglende indgriben ligeledes være et udtryk for utilstrækkelig forelagt information, utilstrækkelige kvalifikationer i bestyrelsen til tolkning af denne information eller en direkte tilsidesættelse af det observerede kapitaltab. Det må derfor understreges, at bestyrelsens tilsyn ikke alene kan bero på én vurdering i en given ansvarsbedømmelse⁴⁷.

Henset til retspraksis i Memory Card sagen (U.2015.2075H) havde en direktør svindlet med opgørelsen af lagerværdien. Den daværende bestyrelse havde formodet, at direktøren havde handlet korrekt ved værdiansættelsen af lageret, idet der forelå en klar ansvarsfordeling mellem revisor, direktion og bestyrelse samtidigt med, at bestyrelsen havde opretholdt en forsvarlig organisation. Selvom bestyrelsesformanden ikke havde underrettet de øvrige medlemmer af bestyrelsen om dette forhold, fandtes denne enkeltstående fejl ikke at være

⁴⁴ Jf. Lars Bunch og Søren C. Whitt, Selskabsloven med kommentarer (2018), s. 515

⁴⁵ Jf. Betænkning 1498/2008 om modernisering af selskabsretten, s. 302

⁴⁶ Jf. Lars Bunch og Søren C. Whitt, Selskabsloven med kommentarer (2018), s. 515

⁴⁷ Jf. Thorbjørn Sofsrud, Bestyrelsens beslutning og ansvar (1999), s. 162-167

udslagsgivende for dommens udfald. Bestyrelsen blev (sammen med revisor) således frifundet, og direktøren blev alene dømt.

I øvrigt bemærkes det, at bestyrelsesmedlemmer kan friholdes fra ansvar angående forhold, der er indtruffet før medlemmets indtræden, men at det nytiltrådte medlem kan ifalde ansvar, såfremt forholdet fortsat er eksisterende efter indtræden, og medlemmet ikke ændrer herved, jf. U.1925.49H. Se yderligere herom i afsnit 4.2.

Litra c) Der synes at påhvile bestyrelsen en loyalitetspligt henset til kapitalejerne, selskabet og kreditorerne i øvrigt. I Økonomi- og Erhvervsministeriets publikation "Modernisering af selskabsretten" udtrykkes det dog, at emnet om loyalitetspligt er så omfattende, at dette ikke er behandlet yderligere i publikationen, men der i øvrigt er en generel opfattelse af, at området ikke skal medtages i den nye lov⁴⁸. Imidlertid er det efter forfatterne til denne afhandlings overbevisning, at dette alligevel skal medtages som et separat punkt i nærværende afhandling, idet retspraksis ved flere lejligheder har taget stilling hertil.

I dom U.2010.2757V ville én ud af tre kapitalejere, hvis ejerskab var ligeligt fordelt, udtræde af selskabet ved at frasælge sin aktiepost til de to øvrige ejere ved udgangen af regnskabsåret pr. 31. december. Da kontrakten fra salget var underskrevet, men inden regnskabsårets udløb, valgte de to tilbageværende ejere at ændre regnskabsprincipperne, hvorfor købesummen af tredjemands aktiepost blev formindsket. Sagen blev bragt for retten, hvorved de to tilbageværende ejere blev dømt for at have handlet illoyalt, hvortil de solidarisk blev erstatningsansvarlig for tabet hos tredjemand.

I dom U.1989.812H vedrørende retsstridige dispositioner blev selskabets ledelse (heraf tre advokater, som havde udformet den retsstridige aftale) dømt som følge af, at han havde solgt aktiver fra et insolvent selskab, hvortil disse aktiver var erhvervet på den betingelse, at køberen overtog en del – og dermed ikke den fulde del – af gælden. Derved fik de øvrige kreditorer ikke dækning, hvilket retten fandt ansvarspådragende, hvortil de i alt fem bestyrelsesmedlemmer blev dømt in solidum (solidarisk).

⁴⁸ Jf. Betænkning 1498/2008 om modernisering af selskabsretten, s. 575

Ovenstående domme er et udpluk af retspraksis, men disse indikerer til fulde, at retten også lægger vægt på den loyalitetspligt, som synes at gøre sig gældende i selskabernes ledelsesorganer.

Litra d) Bestyrelsen skal sikre, at der forefindes en forsvarlig organisation og risikostyring i selskabet. Dette betyder blandt andet, at bestyrelsen har fastsat regler for investeringer, gældsætning, ansættelser mv. Arbejdsdelingen har ligeledes relevans i denne sammenhæng, idet visse transaktioner af særlig karakter eller høj beløbsmæssig værdi skal godkendes af bestyrelsen. I KSL er der en række områder, hvorpå det alene er generalforsamlingen, der kan træffe beslutning, f.eks. ændring af en vedtægtsbestemmelse, selskabets formålsbestemmelse eller indtræden i likvidation. Desuden kan selskabets vedtægter foreskrive yderligere regler end angivet i KSL, hvor generalforsamlingen alene kan træffe beslutning herom.

Herudover har bestyrelsen dog vidtgående muligheder, idet bestyrelsen f.eks. kan træffe beslutning om at sælge virksomhedens eneste aktivitet eller væsentlige dele heraf, såfremt bestyrelsen vurderer, at dette er i selskabets interesse. Dette kan også ske ved et konstateret kapitaltab, jf. KSL § 119, idet bestyrelsen alene skal sikre, at der indkaldes til generalforsamling, hvorpå kapitaltabet bliver behandlet. Herefter er det dog alene generalforsamlingen, som kan beslutte, hvorvidt bestyrelsen skal igangsætte nye aktiviteter eller indtræde i likvidation⁴⁹.

Henset til litra a ovenfor er bogføring og regnskabsaflæggelse samt rapportering herfra et vigtigt parameter i bedømmelsen af selskabets økonomiske situation. Således skal bestyrelsen sikre, at den underliggende bogføring er korrekt, således at informationsbehovet for bestyrelsen er korrekt og brugbart til bedømmelse. Dette betyder dog ikke, at bestyrelsen skal gennemgå årsregnskabet på lige fod med revisor, men en form for systemkontrol skal etableres, således at der ved brug af selskabets økonomisystem kan dannes et pålideligt og i al væsentlighed retvisende billede af selskabets økonomiske situation, da bestyrelsen ikke alene må lade sig bero på, at direktionen efter egen vilje og vurdering informerer bestyrelsen om

⁴⁹ Jf. Lars Bunch og Søren C. Whitt, Selskabsloven med kommentarer (2018), s. 512-514

relevante forhold. Der skal med andre ord opstilles procedurer, der er medvirkende til en minimering af risiko for fejlagtige tal og misinformationer i økonomisystemet⁵⁰.

Retspraksis på området er dog snævert, men i U.2011.1290H blev et interessentskab (I/S) omdannet til et aktieselskab (A/S), uden at kapitalen faktisk var til stede. Der var ej heller taget stilling til bogføring, budgetter eller afholdte bestyrelsesmøder i øvrigt, hvorfor retten fandt bestyrelsen erstatningsansvarlig overfor selskabets kreditorer. Bestyrelsesformanden undgik dog det fulde krav fra revisor, idet revisor burde have set, at der ikke var sket væsentlig bogføring i selskabets økonomisystem, og kapitalen i øvrigt ikke monetært passede til det registrerede.

I dom U.1997.283H blev en bestyrelsesformand dømt for sine dispositioner, selvom formanden var udtrådt. Formanden havde ved sit virke i bestyrelsen konstaterede regnskabsmæssig uorden og uregelmæssigheder i øvrigt, hvorfor han fratrådte sin post uden yderligere underretning til kapitalejerne. Retten lagde vægt på, at en sådan fratrædelse ville kræve underretning, hvorfor formanden ifaldt ansvar. Det bemærkes i øvrigt af dommen, at også et menigt medlem fratrådte sammen med formanden. Dette medlem blev dog friholdt for ansvar.

Direktionen i et kapitalselskab forestår den daglige drift gennem bestyrelsens anvisninger og retningslinjer i øvrigt, jf. KSL § 117. Direktionen må således ikke træffe beslutninger af større eller usædvanlig karakter uden forelæggelse hos bestyrelsen, idet der dog bemærkes, hvor der er behov for en hurtig beslutning, at direktionen kan foretage dette mod efterfølgende godkendelse hos bestyrelsen, jf. KSL § 117, stk. 1. I de tilfælde, hvor direktøren er inhabil, skal forholdet bringes for bestyrelsen, hvilket også gør sig gældende ved interessekonflikt, jf. U.1981.973H. Bestyrelsen kan derfor påtage sig en specifik sag fra direktionen, men det bemærkes heraf, at dette ikke må blive et generelt forhold, idet sådanne overtagelser tilsidesætter kontrolforholdet, som bestyrelsen ellers skal udføre⁵¹.

Direktionen skal desuden sikre, at bogføringen og formueforvaltningen sker på betryggende vis, jf. KSL § 118, stk. 1. Det er således direktionen, der umiddelbart bærer ansvaret for, at bogføringen sker efter gældende lov ligesom formueforvaltningen også indebærer, at der er

⁵⁰ Jf. Lars Bunch og Søren C. Whitt, Selskabsloven med kommentarer (2018), s. 514-515, samt Paul K. Andersen, Aktie- og anpartsselskabsret (2019), s. 331-333

⁵¹ Jf. Lars Bunch og Søren C. Whitt, Selskabsloven med kommentarer (2018), s. 518, samt Paul K. Andersen, Aktie- og anpartsselskabsret (2019), s. 331-332

sket forsvarlig anbringelse af aktiverne (foruden kontrol af aktivernes tilstedeværelse). Ansvar for selskabets kapitaltab bæres dog ligeligt af direktion og bestyrelse, idet begge organer har et ansvar for at føre tilsyn hermed⁵².

De ovenfor nævnte bestemmelser for så vidt angår bestyrelsens pligter danner ramme for en vurdering af de ansvarsregler, som findes i KSL. Reglerne er således en række pligter, som bestyrelsen som minimum må udøve for ikke at ifalde ansvar. Imidlertid siger bestemmelserne dog intet om en effektiv og dygtig ledelse – og i øvrigt hvad god selskabsledelse er⁵³. Det nævnes derfor kort og afslutningsvist i nærværende afsnit, at Komitéen for god Selskabsledelse udsender en række retningslinjer for god ledelse i de selskaber, hvor der er aktier optaget til handel på et reguleret marked. Udgangspunktet er, at disse retningslinjer hjælper til en ansvarlig ledelse samt understøtter den fremadrettede konkurrenceevne – og disse retningslinjer i øvrigt følges af ledelsen⁵⁴.

3.2 Medarbejderrepræsentation

Medarbejdere har krav på repræsentation i det øverste ledelsesorgan i anparts- og aktieselskaber, såfremt betingelserne i KSL § 140, stk. 1 er opfyldt. En medarbejder har valgret, når denne har været ansat før udarbejdelsen af valglisten og stadig er ansat, når valget for medarbejderrepræsentationen skal afholdes. En medarbejder er omvendt valgbar, når denne har været ansat og stadig er ansat, inden for det sidste år før valget i selskabet eller koncernen i øvrigt. Det er hertil en betingelse, at medarbejderen er myndig⁵⁵.

Medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer har akkurat samme pligter og rettidigheder i bestyrelsen som ethvert andet medlem⁵⁶. Dette tæller både tavshedspligt, strafansvar samt erstatningsansvar⁵⁷. Disse repræsentanter kan dog ikke hindre, at der sker uformelle formøder mellem visse parter af det øverste ledelsesorgan, eller der ved enkeltsager iværksættes et udvalg herfor, men repræsentanterne kan kræve realitetsforhandlinger samt sige fra over for ubestemte delegationer af beslutningskompetencen⁵⁸.

⁵² Jf. Lars Bunch og Søren C. Whitt, Selskabsloven med kommentarer (2018), s. 520

⁵³ Jf. Paul K. Andersen, Aktie- og anpartsselskabsret (2019), s. 334-335

⁵⁴ Jf. Anbefalinger for god Selskabsledelse af 23. november 2017

⁵⁵ Jf. Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller, Kapitalselskaber og erhvervsdrivende fonde (2015), s. 348

⁵⁶ Jf. Folketingstidende 1972-73, Tillæg A, Spalte 4481

⁵⁷ Jf. Folketingstidende 1972-73, Tillæg B, Spalte 2272

⁵⁸ Jf. Paul K. Andersen, Aktie- og anpartsselskabsret (2019), s. 366-368

Medarbejderrepræsentanterne har som følge af de samme regler og rettigheder, herunder inhabilitet, retten til oplysninger om selskabet og tegningsretter samt deltagelse i bestyrelsesarbejdet som de menige medlemmer⁵⁹, krav på samme bestyrelseshonorar, jf. U.1997.1475H, hvor højesteret afviste, at der ikke alene kunne gives honorar til de bestyrelsesmedlemmer, der ikke var ansat i selskabet, idet loven bygger på et ligestillingsprincip. Det kan dog accepteres, at bestyrelsesformanden opnår et højere honorar, såfremt arbejdsbyrden tilsvarende er forøget, jf. bemærkningerne til U.1997.1457H.

Imidlertid synes der ikke umiddelbart at forefindes praksis på, at et menigt medlem kan opnå et højere honorar end den resterende bestyrelse. Dette kan på den ene side undre, når et selskab alt andet lige ønsker at tiltrække kvalificeret arbejdskraft, hvor generalforsamlingen ønsker at honorere en særlig arbejdskraft yderligere end resten af bestyrelsen, men på den anden side bør dette omvendt formentlig ses i lyset af, at der næppe ønskes at differentiere yderligere på honoraret, når der samtidig henses til ligestillingsprincippet.

De medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer kan på bestyrelsesniveau deltage i samtlige beslutninger. Imidlertid kan der opstå situationer, hvor medarbejderrepræsentanterne bliver sat overfor interessekonflikter. Dette vil navnlig være i de situationer, hvor der skal træffes svære og tunge beslutninger om medarbejderstaben. Her vil afvejningen af selskabets interesse dog gå forud for medarbejderrepræsentanternes umiddelbare særinteresse, hvilket vil være tilfældet ved lukning af en produktion, som ikke er overskudsgivende, og som dermed vil koste arbejdspladser. Således er hensynet til kreditorerne med udgangspunkt i KSL § 119 vigtigere end repræsentanternes interesse for deres kollegaer⁶⁰.

For så vidt angår retspraksis for erstatningsansvaret, er denne sparsom⁶¹. Der henvises dog til kapitel 6, hvor nyere retspraksis gennemgås. Retspraksis for strafansvar og tavshedspligt er ligeledes sparsomt, men der foreligger dog få domme, der har taget stilling hertil, jf. nedenstående.

⁵⁹ Jf. Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller, *Kapitalselskaber og erhvervsdrivende fonde* (2015), s. 348

⁶⁰ Jf. Paul K. Andersen, *Aktie- og anpartsselskabsret* (2019), s. 375

⁶¹ Jf. Thorbjørn Sofsrud, *Bestyrelsens beslutning og ansvar* (1999), s. 475

I sagen om Nordisk Fjerfabrik Holding Aktieselskab blev de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer idømt et strafansvar i form af bøde, hvorefter Landsretten lempede bøden fra 5.000 kr. til 1.000 kr. med begrundelsen om, at medarbejderrepræsentationen:

*”[...] ikke havde særlige forudsætninger for at arbejde i bestyrelsen.”*⁶²

Strafansvaret blev dømt på baggrund af, at de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer havde undladt ved egen kraft at påse revisionsprotokollaterne, som bestyrelsesformanden selektivt havde læst op, idet visse afsnit blev undladt. Hertil underskrev medarbejderrepræsentationen disse protokollater uden videre.

Det bemærkelsesværdige i sagen er, at Landsretten lempede strafansvaret, når der henses til Folketidende 1972-73, som netop skriver, at der påhviler samme strafansvar for samtlige medlemmer i bestyrelsen. I øvrigt kan det ligeledes undres, at retten skelner bestyrelsesmedlemmerne på deres viden og kompetencer.

Endvidere nævner Erik Werlauff som et kritikpunkt, at de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer ifaldt et strafansvar for en undladelse, hvilket ikke er en aktiv handling. Han påpeger dog omvendt, at dette har betydning for erstatningsansvaret⁶³.

For så vidt angår retspraksis for tavshedspligten hos repræsentanterne blev der i dom U.2009.2142H taget stilling til tolkning af VPHL § 36 vedrørende videregivelse af intern viden. Det er efter Paul K. Andersens opfattelse, at denne dom kan drages til kundskab i selskabsretten, således at et bestyrelsesmedlem ved saglig begrundelse og som et normalt forhold i arbejdets udøvelse kan videregive intern viden⁶⁴.

Bestemmelsen for inhabilitet, jf. KSL § 131, udelukker ikke uden videre medarbejderrepræsentanterne, blot fordi der er tale om beslutninger, som ikke just falder til medarbejdernes fordel. Her kan nævnes afskedigelser, lukninger og sågar beslutninger om repræsentanterne selv. Tidligere har det ellers været udtrykt i forarbejderne til ASL § 58, at der forelå inhabilitet ved kollektive lønftaler, arbejdsretlige konflikter mv., men dette anses

⁶² Jf. Østre Landsrets dom af 14. december 1993, 9. afd., a.s. nr. S-3113-93

⁶³ Jf. Revision & Regnskab nr. 6 (s. 9), 1994: Bestyrelsens tilsynsansvar: med udgangspunkt i to straffedomme om organisation, tilsyn m.v.

⁶⁴ Jf. Paul K. Andersen, Aktier og anpartsselskabsret (2019), s. 379

af flere teoretikere, herunder Bernhard Gomard og Paul K. Andersen, for overdreven, hvorfor inhabilitet som udgangspunkt skal tolkes efter økonomiske og personlige interesser hos en beslutningstager. Det skal her erindres, at medarbejderrepræsentanterne netop er indvalgt til bestyrelsen, således at deres argumenter kan tages i betragtning i en given beslutningsproces⁶⁵.

3.3 Særlige krav til ledelsen i de finansielle virksomheder

Ledelsesmedlemmerne i de finansielle virksomheder er underlagt skærpede krav, således at medlemmernes egnethed og hæderlighed sikres (Fit and Proper). Kravene tæller, jf. FIL § 64, stk. 1:

- a) at erhvervet udføres med tilstrækkelig viden, erfaring og kompetence. I praksis vil der stilles større krav til direktøren end bestyrelsen, hvorfor en direktør, som af Finanstilsynet er erklæret uegnet, kan opnå godkendelse til bestyrelsen. Bestyrelsen har dog fortsat pligt til at vurdere dens samlede kompetencer, jf. FIL § 70, stk. 4
- b) at medlemmer har opnået et godt omdømme og udviser uafhængighed, hæderlig samt integritet. Hermed sikres et højt niveau af faglighed og personlig adfærd, og det gode omdømme vil dermed sikre, at omdømmet i den finansielle sektor i øvrigt ikke alene kommer til skade på baggrund af medlemmets indvalg i bestyrelsen eller direktionen
- c) at medlemmet ikke må være idømt straf. Dette skal primært tolkes ud fra relevant lovgivning, herunder FIL og KML (tidl. VPHL)
- d) at medlemmet ikke må være under gældssanering, konkurs eller rekonstruktion i øvrigt. Perioden herfor påbegynder således enten fra afsigelse af konkursdekret (KL §§ 29-30), den pågældende dag for skifterettens afgørelse (KL § 167) eller indgivelse af begæring om rekonstruktion (KL § 11, stk. 3 og 4)
- e) at der ikke på grund af medlemmets egen økonomiske situation eller gennem et selskab ejet af medlemmet selv at have påført en finansiell virksomhed risiko eller tab. Et medlems nærtstående forhold til en selskabsejer (f.eks. medlemmets gifte samlever)

⁶⁵ Jf. Paul K. Andersen, Aktie- og anpartsselskabsret (2019), s. 379-380

kan også have betydning i denne vurdering

- f) at medlemmets adfærd ikke må udvise en grund til at tro, at hvervet eller stillingen ikke kan varetages på en ordentlig måde. Det ønskes med andre ord sikret, at arbejdet udføres på betryggende vis, hvorfor f.eks. tidligere konkursbegæringer fra medlemmet kan så tvivl om dette⁶⁶.

Ovenstående krav lægger således op til at styrke (eller som minimum bibeholde) tilliden til den finansielle sektor. Derfor må det ligeledes gøres gældende, at medlemmets forståelse for øvrige samfundsmæssige aspekter, herunder terrorfinansiering og hvidvask, må have en betydning i bedømmelsen af medlemmet⁶⁷. Råderummet for ledelsen vurderes således mere smalt end i selskaber, der ikke er underlagt FIL, hvilket ovenstående krav er medvirkende til.

Medlemmerne skal endvidere sikre, at der afsættes den nødvendige tid til at opfylde hvervet eller stillingen, jf. FIL § 64a. Dette må således bero på en konkret vurdering af, hvorvidt medlemmet besidder andre poster, organisationens størrelse og kompleksitet mv. Det understreges af loven, at dette skal ske kontinuerligt.

Medlemmet skal desuden inden for 12 måneder, dog hurtigst muligt, have gennemført et grundkursus, således at medlemmet som minimum har kendskab til de funktioner og forpligtelser, som hvervet indebærer, jf. FIL § 64b, stk. 1. Selvom det i nærværende afhandling tidligere er slået fast, at medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer indgår i bestyrelsen på lige fod med de menige medlemmer, og domspraksis derfor ligger op til, at repræsentanterne må antages at have tilstrækkelige kompetencer til at udføre hvervet, kan det alligevel næppe forventes, at det samme gør sig gældende for medarbejderrepræsentanterne i de finansielle virksomheder. Derfor vil disse som udgangspunkt kun sjældent kunne undtages fra grundkurset, jf. FIL § 64b, stk. 2.

⁶⁶ Ved gennemgang af de seks ovenstående krav (a-f) henvises der samlet til Thomas Brenøe m.fl., Lov om finansiell virksomhed: med kommentarer (2019), s. 372-383

⁶⁷ Jf. Thomas Brenøe m.fl., Lov om finansiell virksomhed: med kommentarer (2019), s. 372

Foruden grundkurset har Rangvid-rapporten fastslået, at:

”Enhver bestyrelse er således forpligtet til at sætte sig grundigt ind i pengeinstituttets aktiviteter og til at forholde sig hertil med henblik på at kunne give direktionen et med- og modspil.”⁶⁸

I afhandlingens afsnit 3.1 blev det øverste ledelsesorgans opgaver og pligter inddelt i fire hovedgrupper for ansvar: a) Kontrol af selskabets økonomi, b) Kontrol af selskabets direktion, c) Loyalitetspligt og d) Kontrol af risikostyring og sikring af en forsvarlig virksomhed i øvrigt. Henset hertil findes det nærliggende på ny at inddele ansvarsområderne ind i disse fire grupper for ledelsen i de finansielle virksomheder, idet en sammenligning herefter bliver mulig:

Litra a) Ledelsen i de finansielle virksomheder er ligesom ledelsen i de ikke-finansielle virksomheder forpligtet til at vurdere kapitalgrundlaget, jf. FIL § 124. Kapitalgrundlaget skal udgøre et passende niveau, der i al væsentlighed svarer til den risiko, der gør sig gældende i virksomheden. De interne procedurer skal ligeledes afhjælpe hermed, og disse bør i forlængelse af FIL § 71a vedrørende en årlig vurdering af en genopretningsplan, hjælpe til vurderingen af kapitalberedskabet, således at ledelsen effektivt kan forebygge et utilstrækkeligt kapitalgrundlag. Det bemærkes hertil, at ledelsen har anmeldelsespligt til Finanstilsynet, såfremt der er forhold om virksomhedens fortsatte drift, jf. FIL § 75.

Endvidere skal ledelsen vurdere og træffe beslutninger om særlige risici, forsikringsforhold, budgetter, likviditet mv., ligesom solvensbehovet skal vurderes årligt, og direktionens lovpligtige rapport om likviditetsposition og -risici skal godkendes, jf. Bekendtgørelse nr. 1026 af 30. juni 2016 om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl. (i det følgende Ledelsesbekendtgørelsen) § 3, stk. 1, nr. 3, 7 og 10.

Litra b) Den af bestyrelsen fastsatte risikoprofil og de dertilhørende politikker i virksomheden skal danne grundlag for de retningslinjer, som bestyrelsen udsteder til direktionen. Disse skal som minimum indeholde 1) hvilke risici og størrelsen heraf direktionen må påføre den finansielle virksomhed, 2) de bagvedliggende principper for risikotyper, 3) hvornår hhv.

⁶⁸ Jf. Jesper Rangvid, Den finansielle krise i Danmark – årsager, konsekvenser og læring (2013), s. 41

bestyrelsen eller direktionen har beføjelse til at godkende en disposition samt 4) retningslinjer for, hvornår og hvordan direktionen har rapporteringspligt overfor den siddende bestyrelse, jf. FIL § 70, stk. 2. Dette udtrykkes ligeledes i Ledelsesbekendtgørelsens §§ 6-7.

Bestyrelsen skal på baggrund heraf kontinuerligt vurdere, om direktionen arbejder efter disse retningslinjer, politikker og risikoprofil, hvortil et brud på disse vil kræve handling fra bestyrelsen, jf. FIL § 70, stk. 5. Denne bestemmelse er ligeledes afspejlet i Ledelsesbekendtgørelsens § 5, stk. 1, nr. 5.

Litra c) Bestyrelsen findes fortsat i overensstemmelse med bestyrelsen i en ikke-finansiell virksomhed at have en loyalitetspligt overfor selskabet, dens aktionærer og dens kreditorer. Henset til ovenstående krav til ledelsen, særligt FIL § 64, vurderes det her, at også en loyalitetspligt overfor samfundet må gøre sig gældende. Det skal jo netop her erindres, at tilliden til den offentlige sektor ønskes bevaret eller styrket.

Litra d) Bestyrelsen skal sikre en forsvarlig organisation og risikostyring. Dette gøres blandt andet ved at udarbejde en risikoprofil, herunder fastsætte hvilke risici og størrelsen heraf, den finansielle virksomhed må påtage sig, ligesom bestyrelsen skal udarbejde politikker for styring af virksomhedens vigtigste aktiviteter, jf. FIL § 70, stk. 1, nr. 2 og 3. Bestyrelsen er også forpligtet til at etablere en effektiv virksomhedsstyring, hvor forståelsen herfor må ses i lyset af de ni punkter, som er opremset i FIL § 71, stk. 1. Disse bestemmelser understøttes af Ledelsesbekendtgørelsens § 3, stk. 1, nr. 2, 3, 4 og 6.

Desuden oplister Ledelsesbekendtgørelsen en række bestemmelser, der er medvirkende til at sikre en forsvarlig organisation og risikostyring, jf. §§ 4, 5, 9-13 og 15-17.

Som det fremgår ovenfor, kan bestyrelsens opgaver og pligter alt andet lige også inddeles i disse fire hovedgrupper. Henset til bestyrelsen i de ikke-finansielle virksomheder synes det at være, at bestyrelsen i de finansielle virksomheder i al væsentlighed har de samme krav, men at disse krav er pålagt skærpede handlinger, en form for øget detaljeringsgrad, ved udførelsen af disse opgaver. Dette harmonerer med de yderligere krav, der gør sig gældende for at komme i betragtning som bestyrelsesmedlem i en finansiell virksomhed, som er udtrykt i FIL § 64.

Ovenstående synes således intuitivt at give et indtryk af, at et skærpet ansvar må gælde. Dette må samtidig henses til den udvikling, som FIL har undergået siden år 2003, jf. afsnit 2.3, hvor sektoren igennem tiden er blevet en af de mest regulerede i Danmark.

Kapitel 4 Erstatningsansvar

4.1 Hvem kan ifalde erstatningsansvar?

Alle personer, der træffer en beslutning, som forsætligt eller uagtsomt påfører selskabet skade, kan ifalde erstatningsansvar. Dette gælder for stiftere og medlemmer af ledelsen, jf. KSL § 361, stk. 1. Som følge af bestemmelsens vigtighed for nærværende afhandling er denne indsat nedenfor:

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

Ledelsen dækker samlet over både et medlem af tilsynsrådet, bestyrelsen og direktionen jf. ovenstående bestemmelse. Bestemmelsen gælder eksempelvis også, hvis en advokat har medvirket ved stiftelsen af et selskab, jf. U.1968.515V, hvor advokaten havde indgivet en urigtig anmeldelse om kapitalens indbetaling⁶⁹. Som nævnt i afsnit 3.1 har et tilsynsråd ikke relevans for de finansielle virksomheder, hvorfor dette ikke behandles yderligere.

Ledelsen har et fælles ansvar for at lede selskabet, men erstatningsansvaret er individuelt. Hvis en person først er kommet ind i ledelsen efter, at en given beslutning er truffet, og hvor den truffet beslutning senere viser sig at være ansvarspådragende, kan personen ikke holdes ansvarlig. Personen kan dog holdes erstatningsansvarlig, hvis vedkommende ikke har stoppet den ulovlige handling på det tidspunkt, hvor personen opdager det eller burde have opdaget det⁷⁰. Desuden har nye medlemmer af ledelsen krav på en vis tid til at sætte sig ind i de nye forhold, før de kan ifalde et erstatningsansvar, jf. U.1961.515H, hvor en direktør blev pålagt ansvar for en vareleverandørs tab ved, at selskabet gik konkurs. Selskabets bestyrelsesmedlemmer gik dog fri, idet medlemmerne var tiltrådt få måneder før købet.

Er flere personer fra ledelsen erstatningspligtige, hæfter de solidarisk for erstatningen jf. KSL § 363, stk. 2. Derudover bør de krav, som erstatningsbedømmelsen stiller til de enkelte, være

⁶⁹ Jf. Paul K. Andersen, *Aktie- og anpartsselskabsret* (2019), s. 497

⁷⁰ Jf. Paul K. Andersen, *Aktie- og anpartsselskabsret* (2019), s. 504

de samme, og bedømmelsen bør ikke blive lempet for ukyndige eller inaktive bestyrelsesmedlemmer. Dette gælder også for medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer.

Hvis ansvaret for medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer skal lempes, bør det kun være på baggrund af, at de ikke har fået mulighed for at udføre deres bestyrelsesfunktion med de forudsætninger, som de indtræder i bestyrelsen med⁷¹. Der henvises til lempelsesreglen i KSL § 363, stk. 1.

En bestyrelse kan ikke ifalde ansvar, hvis en ulovlig handling er blevet holdt skjult for bestyrelsen jf. U.1997.1680H, hvor en medstifter, der ligeledes var bestyrelsesmedlem, ikke blev holdt erstatningsansvarlig for en direktørs dispositioner, idet der ikke var tilstrækkeligt grundlag for at bevise, at han havde haft kendskab til forhold, der burde have givet ham anledning til at undersøge forholdet nærmere. Bestyrelsen kan dog godt ifalde ansvar, hvis den har undladt at sætte sig tilstrækkeligt ind i de dispositioner, som er blevet godkendt af bestyrelsen jf. U.1962.452H, hvor nogle bestyrelsesmedlemmer af et ejendomsaktieselskab var ifaldt et strafansvar, idet de havde overtrådt den dagældende ASL § 47 (nuværende KSL § 115). Medlemmerne havde underskrevet pantebreve og skøder uden at have undersøgt forholdene forinden⁷².

En direktør kan ifalde ansvar, hvis direktøren ikke informerer bestyrelsen korrekt, da en direktør har pligt til at orientere bestyrelsen omkring ekstraordinære situationer jf. KSL § 117 samt afsnit 3.1 omkring direktionens opgaver.

Afslutningsvis skal EAL § 24 nævnes, som er den almindelige lempelsesregel. Hvis erstatningsansvaret virker urimeligt tyngende for den erstatningsansvarlige, eller særlige omstændigheder må foreligge, som taler for en rimelig lempelse af erstatningsansvaret, kan erstatningsansvaret lempes eller helt bortfalde. Denne lempelsesregel anvendes oftest ved, at erstatningsansvaret ikke bortfalder, men blot lempes, så erstatningsansvaret ikke er urimeligt tyngende for den erstatningsansvarlige⁷³. Hertil skal det endvidere nævnes, at denne lempelsesregel ikke finder anvendelse, hvis den erstatningsansvarlige er dækket af en ansvarsforsikring⁷⁴. I forlængelse heraf kan § 25 nævnes, som er den bestemmelse, der

⁷¹ Jf. Paul K. Andersen, *Aktie- og anpartsselskabsret* (2019), s. 505

⁷² Jf. Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller, *Kapitalselskaber og erhvervsdrivende fonde* (2015), s. 621

⁷³ Jf. Noter til Erstatningsansvarslovens § 24 (118)

⁷⁴ Jf. Noter til Erstatningsansvarslovens § 24 (118)

anvendes ved solidarisk hæftelse, og såfremt en eller flere er dækket af en ansvarsforsikring. Hvis en af de erstatningsansvarlige skadevoldere er dækket af en ansvarsforsikring, har den ikke-ansvarsforsikrede medskadevolder fuld regres mod den forsikrede medskadevolder, men dette gælder ikke omvendt, såfremt den forsikrede medskadevolder gennem sin forsikring har betalt den fulde erstatning.

4.2 Culpareglen

Som nævnt i afsnit 2.1 findes der ikke en særlig ansvarsregel, men der henvises i stedet til de almindelige erstatningsregler. Culpa betragtes som den almindelige erstatningsregel, og ansvarsgrundlaget for, om der er tale om et erstatningsansvar, er derfor culpa. Der foreligger hertil en indirekte henvisning til culpa som ansvarsregel i KSL §361 stk. 1, idet der udtrykkes *uagtsomt* og *forsætligt*⁷⁵.

For at blive idømt et erstatningsansvar kræver det, at der er handlet culpøst. Culpareglen består af to komponenter; det objektive og det subjektive element. Der skal forelægge et objektivt uforsvarligt element i form af en retsstridig handling/gerningsindhold. Derudover skal der være en subjektiv tilregnelser af den retsstridige handling/gerning i form af forsætlighed eller uagtsomhed. Er både den objektive og den subjektive betingelse opfyldt, forekommer der culpa⁷⁶. Ansvarsreglen beror desuden på et medlems opgaver og pligter, som ved manglende opfyldelse heraf kan ifalde ansvar, jf. afsnit 3.1 samt 3.3. For de finansielle virksomheder synes der derfor intuitivt at være lagt op til en hævet culpanorm – en slags skærpet ansvar - som følge af FIL's detailregulering. Der er så at sige tale om en anden slags bonus pater.

Den, der har handlet uagtsomt eller forsætligt, er efter culpaansvaret ansvarlig for skaden, men det kan være svært at bedømme, hvornår en person har handlet netop uagtsomt eller forsætligt. Ud fra den klassiske definition af culpa anses en person for at have handlet uagtsomt, hvis personen ikke har udvist samme agtpågivenhed, som en "god familiefader" ville have udvist i en lignende situation. Dette er også kendt som bonus pater familias.

Denne opfattelse har fået en del kritik bl.a. af von Eyben og Isager, da en domstol skal vurdere, hvordan andre personer i almindelighed ville have handlet i den omtalte situation.

⁷⁵ Jf. Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller, *Kapitalselskaber og erhvervsdrivende fonde* (2015), s. 613

⁷⁶ Jf. Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller, *Kapitalselskaber og erhvervsdrivende fonde* (2015), s. 618

De mener bl.a., at det er en svaghed ved bonus pater figuren, at der ikke kan begås fejl for at være en bonus pater. Derudover opstod bonus pater figuren også i en tid, hvor tilværelsen var mere gennemsigtig. I dag er kravene til specialisering samt viden så høje, at det kan være svært at sammenligne med en bonus pater figur.

Von Eyben og Isager mener, at der bør tilsigtes mere i en retning af objektiv culpabedømmelse. Hertil ses det også i domspraksis, at der søges at afgøre, om der er tale om uagtsomhed eller ikke-uagtsomhed ved at tage udgangspunkt i, om handlingen afviger fra et anerkendt adfærdsmønster på det tidspunkt, hvor skaden skete, i stedet for at se på, hvad en fornuftig person ville have gjort i en tilsvarende situation. Var bonus pater figuren anvendt som bedømmelse, havde spørgsmålet til vurderingen været, hvorvidt personen havde handlet uagtsomt eller forsætligt. Med den objektive bedømmelse vil spørgsmålet være anderledes, idet der her spørges til, hvorvidt personens handlemåde var den rette i tid og sted. Von Eyben og Isager mener, at der er stor forskel på disse spørgsmål, da der ved den traditionelle opfattelse er fokus på personen, og ved den objektive bedømmelse er fokus på selve handlingen⁷⁷.

Det er i nærværende afhandling derfor undersøgt, hvorvidt bonus pater i nyere tid skulle være underkendt i retspraksis. Dette må dog besvares afkræftende. Hansen og Krenchel udtrykker ligeledes, at der endnu ikke er fremsat et brugbart alternativ til culpareglens brug af bonus pater til vurdering af den ansvarspådragende adfærd⁷⁸.

Som nævnt i afsnit 4.1 gælder den samme standard for alle bestyrelsesmedlemmer, hvilket både kan være familiemedlemmer og medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer. Udviklingen er i gennem tiden gået mere i retning af en objektiveret bedømmelse, hvor skadevolders subjektive forudsætninger dog stadig betragtes, og dette er på trods af, at ansvarsvurderingen bør være ens uanset hvilket bestyrelsesmedlem, der er tale om. Ud fra denne teori kan det antages, at hvis et bestyrelsesmedlem har bedre forudsætninger end de andre bestyrelsesmedlemmer, vil dette medlem blive bedømt hårdere end de øvrige medlemmer⁷⁹.

⁷⁷ Jf. Bo von Eyben og Helle Isager, Lærebog i erstatningsret (2015), s. 88

⁷⁸ Jf. Søren F. Hansen og Jens V. Krenchel, Dansk selskabsret II (2019), s. 703

⁷⁹ Jf. Janus W. Høj, Bestyrelsens ansvar – med særlig fokus på finansielle virksomheder (2020), s. 70

Der er derfor tale om en anden bonus pater i culpavurderingen, f.eks. skal en bonus pater revisor opdage regnskabsmæssige fejl hurtigere end de andre bestyrelsesmedlemmer. En sådan situation kan derfor medføre, at medlemmer med særlige forudsætninger kan ifalde et ansvar, hvorimod de øvrige medlemmer kan gå fri set ud fra en culpa-betragtning. Derfor kan en særlig fagviden også være til skade, når der tales i erstatningsrettens forstand, fordi der er en individuel bevisbyrde.

Dette er desuden blevet demonstreret i retspraksis, jf. U.2004.2253H, hvor et bankieraktieselskab⁸⁰ gik konkurs. Virksomhedens advokat, som var en del af bestyrelsen, blev idømt en hårdere straf end de andre bestyrelsesmedlemmer, idet han havde særlig god indsigt på området.

Ydermere er det også set i retspraksis, at domstolen er mere lydhør overfor familiemedlemmer, der sidder i bestyrelsen. Efter KSL § 363, stk. 1, kan erstatningsansvaret lempes, såfremt det findes rimeligt under hensyntagen til skyldgraden, skadens størrelse og omstændighederne i øvrigt. Se hertil U.1979.777V, hvor tre børn, som sad i bestyrelsen, hvorigennem deres far, som var selskabets ejer, ulovligt kanaliserede penge ud af selskabet (ulovligt aktionærlån), fik lempet deres ansvar som følge af deres familiemæssige baggrund (børnenes tillid til faren), og en indgriben næppe kunne ændre forholdet. Dette er til trods for, at det ulovlige lån fremgik eksplicit af årsregnskabet.

Modsætningsvist kan dom U.2001.873H nævnes, hvor et familiebestyrelsesmedlem blev erstatningsansvarlig, efter at have forholdt sig passivt, hvilket resulterede i et tab. Domstolen nåede også i denne sag frem til en lempelse, der dog ikke direkte var begrundet i de familiemæssige relationer. Domstolene begrundede årsagen til lempelsen ved, at de professionelle rådgivere ikke havde oplyst bestyrelsesmedlemmerne om de ulovlige handlinger.

For at komme frem til, om domstolen er mere lydhør med at lempe erstatningsansvaret, kan den tidligere nævnte dom U.2011.1290H ligeledes genkaldes, hvor bestyrelsen blev ansvarlig over for kreditorernes tab. Formanden for bestyrelsen var bror til de to ejere og bestyrelsesmedlemmer. Broren, der også var bestyrelsesformand, deltog ikke aktivt i driften

⁸⁰ Et pengeinstitut der føres i personligt regi

og var heller ikke bekendt med de særlige problemstillinger, der var ved en omdannelse af selskabet fra et interessentskab til et aktieselskab. Højesteret fandt frem til, at de tre brødre skulle hæfte solidarisk for tabet og fandt ikke grundlag for lempelse af erstatningsansvaret. Det kan konkluderes ud fra ovenstående retspraksisser samt understøttet af dom U.2011.2815H, at domstolene fra år 2001 ikke udviser samme tilbøjelighed til at give lempelse i erstatningsansvaret på baggrund af familiemæssige relationer, men at domstolene i stedet er mere tilbøjelige til at give et strengere erstatningsansvar ved professionelle bestyrelsesmedlemmer⁸¹.

Udover culpa (ansvarsgrundlag) gælder så fremdeles principperne om kausalitet (årsagssammenhæng), adækvans (påregnelig) og tab for at få tilkendt erstatning. Af disse betingelser skal det bemærkes, at det skal kunne påvises, at der er lidt et økonomisk tab, uagtet om der er tale om en culpøs handling. Hvis ikke dette kan bevises, kan der ikke ifaldes et erstatningsansvar⁸². Hertil gælder ligeledes, at skadevolder bliver frigjort for erstatningsansvar, såfremt der er tale om objektive ansvarsfrihedsgrunde, hvilket er til trods for, at der er tale om en culpøs handling⁸³.

I forbindelse med bestyrelsesansvaret kan det være svært at vurdere, om årsagssammenhængen er opfyldt. Normalt er denne opfyldt, når der er et årsagsforløb, der forbinder en ansvarspådragende adfærd og et økonomisk tab. Ved bestyrelsesarbejde tager medlemmet ofte stilling til flere beslutninger ad gangen, hvorfor en ansvarspådragende adfærd kan strække sig over længere tid⁸⁴. Domstolene skal her vurdere, om der i det tidsmæssige forløb er truffet ansvarspådragende beslutninger, der kan henføres til det økonomiske tab, hvorpå bestyrelsen kan ifalde ansvar. Se hertil U.2015.2075H, hvor bestyrelsesformanden for et aktieselskab blev friholdt for ansvar, da revisorerne for selskabet havde handlet ansvarspådragende i forbindelse med regnskabsaflæggelse, men der var ikke årsagssammenhæng mellem konkursboets tab og de ansvarspådragende fejl. Se tillige U.2001.781H, hvor revisoren blev frifundet, idet der heller ikke her var årsagssammenhæng mellem det økonomiske tab og den ansvarspådragende fejl.

⁸¹ Jf. Paul K. Andersen, *Aktie- og anpartsselskabsret* (2019), s. 508

⁸² Jf. Søren F. Hansen og Jens V. Krenchel, *Dansk selskabsret II* (2019), s. 696

⁸³ Jf. Bo von Eyben og Helle Isager, *Lærebog i erstatningsret* (2015), s. 74

⁸⁴ Jf. Janus W. Høy, *Bestyrelsens ansvar – med særlig fokus på finansielle virksomheder* (2020), s. 80

Selvom det dog kan påvises, at der har været kausalitet mellem skaden og adfærden, skal der også være adækvans, dvs. hvis skaden er opstået som upåregnelig eller på anden vis helt ekstraordinær, kan der ikke godtgøres et erstatningsansvar (inadækvans). Det må således bero på konkrete vurderinger, hvorvidt det i den given situation måtte anses for påregneligt, at den givne adfærd måtte medføre et tab⁸⁵.

Derudover er det også som nævnt ovenfor en nødvendighed, at der skal være lidt et økonomisk tab for, at der kan ifaldes et erstatningsansvar jf. U.1998.1137H, hvor bestyrelsesmedlemmerne af en fodboldklub havde handlet culpøst ved at fortsætte driften af selskabet, selvom den var tabsgivende. Landsretten frifandt bestyrelsesmedlemmerne, da de fandt det umuligt at angive tabets størrelse, hvorimod Højesteret skønnede tabet til at være 1 mio. kr., ved at tage forskellen mellem passivposterne af de udarbejdede underbalancer fra hhv. håbløshedstidspunktet og konkursens indtræden.

Ovenstående dom lægger her vægt på det såkaldte håbløshedstidspunkt, som er det tidspunkt, hvor selskabets drift overgår fra at køre på kapitalejernes regning til kreditorernes regning. Medlemmerne af ledelsen kan derfor ifalde erstatningsansvar, hvis de fortsætter driften af selskabet efter det tidspunkt, hvor de indser eller burde have indset, at forsættelsen af driften vil påføre kreditorerne tab⁸⁶. I den førømtalte U.1998.1137H, hvor et fodboldselskab fortsatte driften, selvom det var økonomisk uforsvarligt, ifaldt ledelsen erstatningsansvar, idet det var håbløst at redde selskabet. Hertil skal det nævnes, at domstolene i al væsentlighed også er hurtigere til at pålægge et ansvar, såfremt ledelsen ikke griber ind eller gør sig overvejelser om et konstateret kapitaltab, dvs. at det må anses som et holdepunkt, hvorvidt selskabets økonomiske situation er kendt af ledelsen, og hvorvidt håbløshedstidspunktet er nået.

Ydermere ses det i U.2002.2263H, hvor et selskab blev erklæret konkurs i juli 1993, men hvor direktøren allerede i april 1992 burde have indset, at det ikke var muligt at forsætte driften uden at påføre selskabets kreditorer tab. Selskabets direktør ifaldt derfor et erstatningskrav svarende til den sagsøgende kreditors tab. Ledelsens pligt til at sikre et forsvarligt kapitalberedskab er derfor en vigtig del i ansvarsbedømmelsen, jf. også afsnit 3.1.

⁸⁵ Jf. Børge Dahl, Erhvervsjura (2017), s. 260

⁸⁶ Jf. Søren F. Hansen og Jens V. Krenchel, Dansk selskabsret II (2019), s. 461

Hvis det antages, at der er et realistisk håb for, at selskabet kan for fortsætte sin drift, er håbløshedspunktet endnu ikke indtrådt, jf. U.1977.274H vedrørende stormagasinet Havemann. Her fik kreditoren ikke medhold i et erstatningskrav mod bestyrelsen for ikke at have stoppet køb på kredit. Begrundelsen for dommens udfald var, at selskabet førte seriøse forhandlinger med et andet selskab omkring et køb af selskabet.

4.3 Business Judgement Rule indtil nu

Ledelsen skal bestræbe sig på at drive selskabet forretningsmæssigt optimalt, jf. KSL § 115. Det vil sige, at ledelsen skal sætte sig ind i selskabets forhold og indhente de nødvendige informationer, der skal udgøre ledelsens beslutningsgrundlag for at træffe de rigtige beslutninger, jf. afsnit 3.1.

Det er ledelsens opgave at drive virksomheden og fortage de relevante skøn, der kræves. Fejlskøn i forbindelse med f.eks. udviklingen i konjunkturer og erhvervsmæssige udviklinger i øvrigt vil ikke medføre, at ledelsen er erstatningsansvarlig jf. princippet om Business Judgement Rule⁸⁷. Med Business Judgement Rule menes der, at en beslutning foretaget af ledelsen i selskabet, som senere viser sig at komme selskabet til skade, men hvor ledelsen var i god tro, og ledelsen endvidere handlede i selskabets interesse, vil ledelsen ikke blive idømt erstatningsansvar. Handler ledelsen derimod ikke i selskabets interesse eller på forsvarligvis, og dette skader selskabet, kan ledelsen på baggrund af deres fejlskøn blive gjort erstatningsansvarlige.

Med Business Judgement Rule skal det være muligt for en bestyrelse at træffe en ”forsvarlig” risikabel beslutning uden at blive gjort erstatningsansvarlig. Hertil skal domstolene være mere lempelig med at vurdere ledelsens beslutninger, når de er truffet på baggrund af et forretningsmæssigt skøn. Baggrunden for Business Judgement Rule er bl.a. udledt af en erkendelse af, at ledelsen er bedre til at foretage forretningsmæssige beslutninger end domstolene⁸⁸.

Business Judgement Rule kommer f.eks. til udtryk ved køb af virksomheder, hvorpå der er forbundet en stor risiko. Der kan udarbejdes en risikoanalyse eller en due diligence til at hjælpe ledelsen med at vurdere købet, men det kan være vanskeligt at måle hvor høj grad af

⁸⁷ Jf. Janus W. Høy, Bestyrelsens ansvar – med særlig fokus på finansielle virksomheder (2020), s. 239

⁸⁸ Jf. Janus W. Høy, Bestyrelsens ansvar – med særlig fokus på finansielle virksomheder (2020), s. 240

risikovillighed, der er forsvarligt. For at vurdere forsvarligheden ved købet benyttes culpa-reglen. Der kigges her på købstidspunktet, hvorfor erfaringer, der er tilkommet senere, altså efter købet, ikke kan anvendes i en retssag om erstatningsansvar. Hvis ledelsen har handlet forsvarligt og i virksomhedens interesse, kan ledelsen ikke blive erstatningsansvarlig for et muligt tabsgivende fejlskøn. Hertil er Business Judgement Rule særligt relevant, da domstolene som nævnt ovenfor ikke bør efterprøve en forretningsmæssig beslutning, der træffes i selskabets bedste henseende og på det rigtige grundlag⁸⁹.

Det kan til tider være svært at fastlægge, hvordan domstolene skal anvende Business Judgement Rule. I amerikansk ret er der fremkommet to forskellige teorier for, hvordan reglen skal anvendes. Ved den ene teori anvender domstolene den som en ansvarsregel i forbindelse med forretningsmæssige beslutninger, hvilket også kaldes *standard of liability*, og med den anden teori afstår domstolene sig fra at efterprøve ledelsens forretningsmæssige beslutninger, medmindre der er opstået særlige forhold. Tidligere har Business Judgement Rule været benyttet som en særlig ansvarsregel, men i nyere teori er dette ikke tilfældet, idet domstolene ikke skal efterprøve ledelsens beslutning, jf. ovenfor.

Hvis domstolene benytter Business Judgement Rule som *standard of liability*, gælder det grundlæggende, at sagsøgeren skal kunne bevise, at ledelsen har handlet uagtsomt eller forsætligt. Hvis sagsøgeren ikke kan bevise dette, ifalder ledelsen ikke ansvar.

Endvidere kræver anvendelsen af reglen, at bestyrelsen har overholdt deres *duty of care*. Dette betyder, at før bestyrelsen træffer deres forretningsmæssige beslutning, skal der være indhentet den nødvendige information, der kræves for et korrekt beslutningsgrundlag, jf. den amerikanske dom af Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858, 3, (1985).

Ydermere er der også et krav om *duty of loyalty*, hvori bestyrelsen ikke, på bekostning af selskabet, må gå efter deres egne interesser. Desuden må der ikke være en interessekonflikt mellem et medlems egeninteresse og medlemmets *duty of loyalty*. Dette synes at harmonere med loyalitetspligten i dansk selskabsret, som er omtalt i afsnit 3.1.

⁸⁹ Jf. Bernhard Gomard og Peer Schaumburg-Müller, *Kapitalselskaber og erhvervsdrivende fonde* (2015), s. 623

Udover, at ledelsesmedlemmerne skal overholde kravene om duty of care og duty of loyalty, har de også pligt til i god tro at handle i selskabets interesse, hvilket omtales som *good faith*. Ifølge dommen af Stone v. Ritter, 911 A.2d 362 (2006), kan det fastslås at være en underbygning af duty of loyalty. Dommen påpeger, at der ikke kan handles loyalt i selskabets interesse, hvis ikke ledelsen har været i god tro.

Anvendes Business Judgement Rule i den forstand, at domstolene ikke skal efterprøve de forretningsmæssige beslutninger, kaldes det for *abstention doctrine*. Denne tilgang er professor Stephen Bainbridge fortaler for. Bainbridge mener, at når domstolen anvender standard of liability som teori, så står dommerne med et for stort skøn over bestyrelsens forretningsmæssige beslutning. Ifølge Bainbridge skal reglen anvendes således, at domstolene afstår bestyrelsens adfærd, medmindre de har formodning om, at bestyrelsen ikke har handlet i god tro og i selskabets interesse. Grundlæggende går Bainbridge's teori ud på, at bestyrelsen altid agerer efter duty of care. Det er kun, hvis der forelægger tegn på, at et bestyrelsesmedlem har brudt deres loyalitet eller ageret uagtsomt, at bestyrelsens beslutning bør efterprøves⁹⁰.

Der er endnu ikke en dansk dom, som har stadfæstet Business Judgement Rule som regel⁹¹, og der er forskellige holdninger til, om princippet bag reglen eksisterer i Danmark. Ifølge Thorbjørn Sofsrud er Business Judgement Rule ikke relevant som et fundament for ansvarsbedømmelsen, idet han mener, at der ikke er grundlag for at undlade vurderingen af en forretningsmæssig beslutning fra en ansvarsmæssig bedømmelse⁹². Modsat har reglen været diskuteret efter Thorbjørn Sofsruds værk af 1999 i forbindelse med sammenlægningen af den nye Selskabslov, hvorpå det blev konkluderet, at der ved forretningsmæssige beslutninger overlades et skøn til bestyrelsen. Det har ligeledes været diskuteret i forbindelse med en rapport om bestyrelsens ansvar og pligter inden for EU⁹³. Her slog rapporten også fast, at Business Judgement Rule eksisterede i Danmark lige så vel, som en række teoretikere ligeledes har konkluderet⁹⁴. Det må derfor vurderes, at Sofsruds teori ikke synes retvisende, og reglen dermed eksisterer i Danmark.

⁹⁰ Jf. Vanderbilt Law Review, 2004, *The business judgement rule as abstention doctrine*, s. 127

⁹¹ Jf. Paul K. Andersen, *Aktie- og anpartsselskabsret* (2019), s. 516

⁹² Jf. Thorbjørn Sofsrud, *Bestyrelsens beslutning og ansvar* (1999), s. 138

⁹³ Jf. Carsten Gerner-Beuerle m.fl., *Study on directors' duties and liability* (2013), s. 109

⁹⁴ Jf. Eksempelvis Bernhard Gomard, U.1993B.145 (Karnov) samt Claus Berg og Lars B. Langsted, U.1994B.183 (Karnov)

Ifølge teorien er den første danske dom, der anvender principperne bag Business Judgement Rule, U.1977.274H (Havemanns stormagasiner). Janus W. Høy mener dog, at introduktionen af Business Judgement Rule i dansk ret var baseret på en tilfældighed. Ifølge Janus W. Høy er den første danske dom, der anvender principperne bag Business Judgement Rule, U.1956.990S. Her vurderede domstolen, om bestyrelsens skøn på baggrund af de informationer, som de havde indhentet, var korrekte. Det vil sige, at domstolen efterprøvede, om bestyrelsens skøn var korrekt, hvilket må bygge på princippet om Business Judgement Rule⁹⁵.

Derudover berører den tidligere omtalte dom U.1981.973H også spørgsmålet om ansvar for det forretningsmæssige skøn. I dommen blev selskabets direktør frifundet, idet det måtte lægges til grund, at prisnedsættelserne var foretaget ud fra et loyalt forretningsmæssigt skøn. Direktøren havde desuden også nævnt de midlertidige prisnedsættelser over for bestyrelsen.

Ud fra dansk retspraksis kan det konkluderes, at de danske domstoles skøn tager udgangspunkt i den amerikanske teori om standard of liability. Jævnfør ovenstående domme vurderer domstolene, om bestyrelsen har truffet deres beslutning i god tro, og om den var truffet på et forsvarligt grundlag. Hvis dette er tilfældet, ifalder bestyrelsen ikke et erstatningsansvar, selvom det viser sig, at skønnet har været tabsgivende⁹⁶. På baggrund heraf vurderes rækkevidden af Business Judgement Rule at være, at domstolene tillægger princippet værdi, og der i takt med princippet udvikling i retspraksis synes at være tale om en omtrentlig retsgrundsætning for kapitalsekskaberne, hvilket vurderes også at være gældende for de finansielle virksomheder.

4.4 Søgsmålskompetence

Hvis det konstateres, at ledelsen er erstatningsansvarlig jf. KSL § 361, stk. 1, er det alene generalforsamlingen, der har søgsmålskompetence på vegne af selskabet i en sag om ledelsesansvar, jf. KSL § 364, stk. 1. Hvis der er tale om, at der er blevet meddelt decharge (ansvarsfrihed) til medlemmerne af ledelsen, er det ikke bindende ved en senere generalforsamling, såfremt der ved meddelelsen af ansvarsfrihed er givet ufuldstændige eller urigtige oplysninger, således at generalforsamlingen ikke har kunne træffe en korrekt beslutning i medfør heraf, jf. KSL § 364, stk. 2, samt U.1962.151H, hvor en formand fra et

⁹⁵ Jf. Janus W. Høy, Bestyrelsens ansvar – med særlig fokus på finansielle virksomheder (2020), s. 255-256

⁹⁶ Jf. Janus W. Høy, Bestyrelsens ansvar – med særlig fokus på finansielle virksomheder (2020), s. 253ff

andelsmejeri var fundet ansvarlig grundet besvigelser ved et opstået underskud, og dette var uanset, at generalforsamlingen havde besluttet ansvarsfritagelse.

KSL § 364, stk. 3 giver mindretalsaktionærer mulighed for at frasige sig en afsagt decharge mhp. minoritetsbeskyttelse, såfremt mindst en tiendedel af selskabskapitalen modsiger sig dette. Opnås denne tiendedel, kan en hver kapitalejer i første omgang for egen regning gøre et krav gældende mod ledelsen.

I tilfælde af konkurs overgår søgsmålskompetencen imidlertid til konkursboet, jf. KSL § 364, stk. 4. Sagen skal dog anlægges enten senest tre eller seks måneder efter, at generalforsamlingen har besluttet decharge efter KSL § 364, stk. 3 og 4, jf. KSL § 365, stk. 1 og 2.

Herefter kan kurator på vegne af selskabet anlægge sag om søgsmål, jf. KL § 110 samt U.1993.165H, hvor kuratoren til selskabet Nordisk Fjerfabrik Holding Aktieselskab valgte at stævne den samlede bestyrelsen efter, at selskabet gik konkurs. Såfremt der ikke indgås et forlig ved opgivelse af erstatningskravet, kan der på selskabets vegne af en hver aktionær anlægges sag jf. KL § 137, stk. 1⁹⁷.

En kapitalejer kan kun gøre et erstatningskrav gældende mod selskabets ledelsesmedlemmer, såfremt der er lidt et individuelt tab, jf. U.2006.870H, hvor en kommanditist forsøgte at gøre et erstatningskrav gældende mod en erstatningspligtig bank. Ligeledes kan en kreditor gøre et krav gældende, såfremt denne måtte have lidt et tab, jf. U.2000.1013H, hvor bestyrelsesmedlemmerne blev personligt erstatningsansvarlige for kreditorens tab ved overdragelse af et selskabs aktiver til et andet selskab. Omvendt kan en kapitalejer ikke gøre et erstatningskrav gældende mod ledelsen, hvis skaden har ramt selskabet, idet det også rammer kapitalejeren selv, jf. U.1982.595H, hvor en revisor og en hovedaktionær, som i øvrigt også var direktør, blev solidarisk ansvarlig for en kreditors tab grundet fortielser og et misledende regnskab.

⁹⁷ Jf. Søren F. Hansen og Jens V. Krenchel, Dansk selskabsret II (2019), s. 732

Del III - Bestyrelsesansvar i pengeinstitutter

Kapitel 5 Domspraksis for de finansielle virksomheder

5.1 Capinordic Bank A/S (U.2019.1907H)

5.1.1 Indledning og generelle forhold

Den såkaldte rigmandsbank, Capinordic Bank A/S, kom til verden i år 2006, efter bankmanden Lasse Lindblad og iværksætter Peter Forchhammer havde arbejdet med en fælles idé om at etablere en ny børsnoteret aktør på det finansielle marked. Sammen med en række øvrige velhavere, herunder den forhenværende it-milliardær Erik Damgaard og finansmanden Aldo Petersen, skabte de finanskoncernen Capinordic A/S, hvorigennem de erhvervede GP Børsmæglerselskab A/S, som allerede dengang havde den nødvendige licens til at drive børsmæglervirksomhed⁹⁸. Det opkøbte selskab var essentielt for den bank, som stifterne ønskede at etablere, idet deres fokusområder talte private- og investment banking samt værdipapirhandel og kapitalforvaltning. Det var således idéen om en specialbank, der var driveren for stiftelsen, og særligt bankens fokus på private banking kunne ske gennem dette opkøb.

Den 4. oktober 2006 opnåede GP Børsmæglerselskab A/S den fulde licens til at drive bankvirksomhed, hvorefter navnet blev ændret til Capinordic Bank A/S, og grundstenen var dermed lagt til det, der senere skulle vise sig at blive et højesteretsopgør mellem den daværende ledelse og Finansiell Stabilitet i kølvandet på bankens konkurs⁹⁹.

Allerede i bankens første leveår var der mærkbar omsætningsaktivitet, hvilket skyldtes bankens blot 40 velhaverkunder (deraf navnet "Rigmandsbanken"), som drev betydelige forretningsaktiviteter, hvilket blev reflekteret i bankens markedsværdi, der alene efter dens første år kunne notere sig en værdi på over fire milliarder kroner¹⁰⁰.

I de følgende år kom bankens primære indtægter fra investment banking, der i øvrigt kunne henføres til de ejere, der stod bag moderselskabet til banken, samt dens udlånsvirksomhed. Sidstnævnte aktivitet var ikke en del af bankens ovenfor oplistede fokusområder, men dette

⁹⁸ Jf. Berlingske, 15. januar 2019, *Højesteret har talt: Ledelse i krakket rigmandsbank skal betale millionerstatning*

⁹⁹ Jf. Janus W. Høy, *Bestyrelsens ansvar – med særlig fokus på finansielle virksomheder* (2020), s. 421

¹⁰⁰ Jf. Berlingske, 15. januar 2019, *Højesteret har talt: Ledelse i krakket rigmandsbank skal betale millionerstatning*

var et udtryk for, at det var en nødvendighed for banken at udstede disse lån til dens kunder for på den måde at fremme den oprindelige forretningsmodel om investment banking¹⁰¹.

Finansiell Stabilitet har senere hen påpeget, at denne udlånsaktivitet ikke skete efter en forsvarlig kreditororganisation, og der i øvrigt var tale om kompromisprægede engagementer set i forhold til bankens risikoprofil. Således slog Finansiell Stabilitet sig på, at der var sket uforsvarlig långivning, og disse lån aldrig under normale omstændigheder ville være udstedt, såfremt der var etablerede effektive interne kontroller for kreditbevillingen¹⁰². Dette blev af Finansiell Stabilitet anført i retten, hvilket omtales senere.

Selvom banken gennem kapitalforhøjelser og gældskonvertering i årene 2005-2007 havde fået tilført likvide midler for mere end to mia. kr.¹⁰³, ramte effekten af finanskrisen for alvor banken i år 2009. Således måtte banken droppe dens planer om både cykelhold og sportsarena, og efter et underskud i omegn af en halv mia. kr. i år 2009 samt yderligere nedskrivninger i år 2010, måtte banken den 11. februar begære sig konkurs¹⁰⁴. Bankens alene i årene 2006-2009 foretaget nedskrivninger og realiseret tab for godt 70% på dens 40 største udlån¹⁰⁵, og flere eksperter peger på, at det netop var udlånsvirksomheden, som Finansiell Stabilitet påpegede som værende uforsvarlig, der var den primære grund til bankens konkurs¹⁰⁶.

Finansiell Stabilitet overtog herefter hele aktieposten i den krakkede bank, hvorefter en gennemgang af bankens finansielle situation påviste et samlet konstateret tab på 1,3 mia. kr.¹⁰⁷, hvor især udlånsporteføljens sammensætning var udslagsgivende, idet denne hverken var diversificeret tilstrækkeligt på forskellige brancher og kunder eller, at der var tilstrækkelig sikkerhedsstillelse herfor, hvilket var medvirkende til at klassificere lånene som risikobetonet¹⁰⁸.

¹⁰¹ Jf. Janus W. Høy, Bestyrelsens ansvar – med særlig fokus på finansielle virksomheder (2020), s. 422

¹⁰² Jf. Janus W. Høy, Bestyrelsens ansvar – med særlig fokus på finansielle virksomheder (2020), s. 423

¹⁰³ Jf. Janus W. Høy, Bestyrelsens ansvar – med særlig fokus på finansielle virksomheder (2020), s. 420

¹⁰⁴ Jf. Rebecca Söderström, Skadestandsanspraak mot ledande befattningshavare i banker, s. 346

¹⁰⁵ Jf. Janus W. Høy, Bestyrelsens ansvar – med særlig fokus på finansielle virksomheder (2020), s. 424, samt Erik Werlauff, RR.2015.12.0044 (Karnov), s. 1

¹⁰⁶ Jf. Danmarks Radio, 15. januar 2019, *Krakket 'rigmandsbank' får Højesteretsdom: Ledelsen skal betale 89 millioner i erstatning*

¹⁰⁷ Jf. Danmarks Radio, 15. januar 2019, *Krakket 'rigmandsbank' får Højesteretsdom: Ledelsen skal betale 89 millioner i erstatning*

¹⁰⁸ Jf. Børsen, 15. januar 2019, *Højesteret stadfæster dom i sag om krakket Capinordic-bank: Ledelse skal betale 89 millioner i erstatning for uforsvarlige lån*

Året efter krakket udtog Finansiell Stabilitet stævning mod Claus Ørskov (tidligere bestyrelsesformand), Lasse Lindblad (bestyrelsesmedlem) samt Henrik Juul (tidligere administrerende direktør) med et krav om erstatning på 400 millioner kroner samt procesrenter for sagens anlæg for at have ydet uforsvarlige lån (sagen blev anlagt d. 20. december 2010)¹⁰⁹. Sideløbende hermed var Lasse Lindblad også tiltalt i en strafferetlig sag om skyldner- og mandatsvig, som dog ikke omtales yderligere her, idet det dog skal bemærkes, at Landsretten frifandt ham for den fængselsstraf, som byretten havde idømt ham¹¹⁰.

Som følge af bankens korte levetid nåede denne aldrig at få medarbejderrepræsentation i bestyrelsen, hvorfor nærværende sag ikke i overensstemmelse med problemformuleringen forholder sig hertil. Imidlertid vurderes højesteretsafgørelsen at have særlig betydning for problemformuleringens øvrige område om erstatningsansvar, herunder Business Judgement Rule, hvorfor sagen alligevel har relevans, når der samtidig henses til, at der er tale om en nyere dom, som i øvrigt er den første i rækken af afsagte højesteretsdomme efter finanskrisen.

Sagen om Capinordic Bank gik som følge af RPL § 226 direkte i Landsretten, idet denne var principiel. Her fandt Landsretten tilbage i år 2015 frem til, at de tre ovenfornævnte sagsøgte personer (herefter omtalt ledelsen) var erstatningspligtige for 90,5 mio. kr. for ni konkrete udlån. Begge parter ankede dommen. Højesteret var herefter i al væsentlighed enig med Landsretten, idet erstatningsbeløbet dog blev justeret til ca. 89 mio. kr. som følge af mindre beregningskorrektioner¹¹¹. Det bør i forlængelse heraf nævnes, at foruden et reduceret erstatningsbeløb valgte Finansiell Stabilitet ligeledes at sænke antallet af kritiserede engagementer fra 43 til 11, da sagen skulle føres i Højesteret¹¹².

Finansiell Stabilitet gjorde for Landsretten gældende, at ledelsen nødvendigvis måtte være ansvarlig for hele bankens konkurs som følge af både undladelser og ansvarspådragende handlinger. Helt konkret mente Finansiell Stabilitet, at følgende tre synspunkter måtte gøre sig gældende for erstatning¹¹³:

¹⁰⁹ Jf. Børsen, 15. januar 2019, *Højesteret stadfæster dom i sag om krakket Capinordic-bank: Ledelse skal betale 89 millioner i erstatning for uforsvarlige lån*

¹¹⁰ Jf. Rebecca Söderström, Skadestandsanspråk mot ledande befattningshavare i banker, s. 347

¹¹¹ Jf. Danmarks Radio, 15. januar 2019, *Krakket 'rigmandsbank' får Højesteretsdom: Ledelsen skal betale 89 millioner i erstatning*

¹¹² Jf. Janus W. Høy, Bestyrelsens ansvar – med særlig fokus på finansielle virksomheder (2020), s. 438

¹¹³ Jf. Erik Werlauff, RR.2015.12.0044 (Karnov), s. 1

- 1) Den valgte forretningsmodel; dette skal ses i sammenhæng med ovenstående, hvorpå Finansiell Stabilitet mente, at udlånsaktiviteten var uforsvarlig. Der blev anført en række påstande herfor, herunder at de bevilligede lån skete til en for lille personkreds (det bemærkes i den forbindelse, at 20 ud af de omtrent 40 kunder i banken gik konkurs¹¹⁴), hvilket nødvendigvis må stille skærpede krav til kreditsagsbehandlingen og bevillingsgrundlaget på disse engagementer, hvilket også skal ske i medfør af FIL § 78¹¹⁵
- 2) Bankens organiseringsform; Finansiell Stabilitet anførte, at der i strid med FIL § 71 ikke fandtes en klar organisationsstruktur, hvorpå bl.a. ansvarsfordeling og procedurer fremgik (virksomhedsstyring). Det blev desuden anført, at et bestyrelsesmedlem også deltog i den daglige drift, hvilket ikke var i overensstemmelse med bestemmelsen i FIL § 73, idet bestyrelsesmedlemmet objektivt set handlede som direktør¹¹⁶
- 3) Generelt ansvar for de tabsgivende engagementer; idet der tidligere er anført, at disse engagementer var den primære grund til bankens konkurs, skal dette forhold derfor anses som, at ledelsen er ansvarlig for hele konkursen.

Finansiell Stabilitet fik ikke medhold i et eneste forhold ovenfor, og dermed kunne det ikke lægges til grund, at ledelsen som følge af deres 9 (ud af 11) idømte erstatningsansvarlige dispositioner havde ført banken i konkurs, da der alene var tale om en mindre del af bankens samlede engagementer, idet Landsretten udtrykte:

”Landsretten finder det således ikke godtgjort, at årsagen til Bankens konkurs var ansvarspådragende handlinger eller undladelser fra de sagsøgte side, og tager som følge heraf ikke sagsøgerens principale påstand til følge.”¹¹⁷

Det skal i den forbindelse bemærkes, at ansvaret for Capinordic Bank's sammenbrud ikke blev anket til Højesteret af Finansiell Stabilitet.

¹¹⁴ Jf. Danmarks Radio, 15. januar 2019, *Krakket 'rigmandsbank' får Højesteretsdom: Ledelsen skal betale 89 millioner i erstatning*

¹¹⁵ Jf. Janus W. Høy, Bestyrelsens ansvar – med særlig fokus på finansielle virksomheder (2020), s. 445

¹¹⁶ Jf. Janus W. Høy, Bestyrelsens ansvar – med særlig fokus på finansielle virksomheder (2020), s. 445

¹¹⁷ Jf. Østre Landsrets dom af 9. oktober 2015, 13. afd. nr. B-876-11 og B-877-11, s. 1327

Højesterets endegyldige punktum for sagen om Capinordic Bank har dog sat en række generelle principper op, der formentlig vil have betydning for de øvrige bankdomme, som er anket. Principperne drøftes i det følgende.

5.1.2 Ansvarsnorm

I Højesterets begrundelse og resultat anføres det efter, at det er fastslået, at Finansiell Stabilitet har søgsmålskompetence, at:

”Af den dagældende aktieselskabslovs § 140, 1. pkt., fremgår, at bestyrelsesmedlemmer og direktører, som under udførelsen af deres hverv forsætligt eller uagtsomt har tilføjet selskabet skade, er pligtige at erstatte denne. Bestemmelsen, der med mindre sproglige justeringer er videreført i selskabslovens § 361, stk. 1, 1. pkt., fastsætter et almindeligt culpaansvar. Der er ikke i lovgivningen i øvrigt eller efter retspraksis grundlag for at fastslå, at der gælder en skærpet ansvarsnorm for ledelsesmedlemmer i en bank.”¹¹⁸

Med denne præmis er det nu endegyldigt slået fast, at der ikke findes et skærpet ansvar for ledelsesmedlemmerne i en bank. Der er således alene tale om et almindeligt culpaansvar, herunder de individuelle undskyldningsgrunde som kan påberåbes. Det kan dog godt vække en smule undren, at Højesteret når frem til dette, når det samtidig henses til, at hvervet som bestyrelsesmedlem i en finansiell virksomhed formentlig er det mest reguleret, som vi har i Danmark¹¹⁹. Ikke desto mindre må det forventes, at Finansiell Stabilitet nu endegyldigt lader dette syn frafalde i de øvrige bankdomme.

5.1.3 Det forretningsmæssige skøn foretaget af ledelsen

Principperne for den såkaldte Business Judgement Rule bliver af Højesteret slået fast, jf.

”En beslutning om at yde et lån beror i vidt omfang på et forretningsmæssigt skøn navnlig på grundlag af en kreditvurdering af låntager. Skønnet skal foretages på et forsvarligt grundlag. I kreditvurderingen må bl.a. indgå formålet med lånet, låntagers økonomiske forhold, den stillede sikkerhed og kundens evne

¹¹⁸ Jf. U. 2019.1907H, s. 104-105

¹¹⁹ Jf. Din Jura, juli 2019(3), *Bankledelsens erstatningsansvar: Læren af Højesterets dom fra 2019 om Capinordic Bank*, s. 13

til at drive sin virksomhed, herunder i lyset af den almindelige økonomiske konjunktur. Hvilke krav, der skal stilles, for at en bevilling kan anses for at være forsvarlig, vil bero på en samlet vurdering i det enkelte tilfælde. Højesteret finder, at der bør udvises forsigtighed med at tilsidesætte det forretningsmæssige skøn, der er udøvet af bankens bestyrelse og direktion ved bevillingen af et lån.”¹²⁰

Det kan næppe komme som en stor overraskelse, at Højesteret gør brug af princippet. Som nævnt i afhandlingens afsnit 4.3 har princippet som minimum fundet anvendelse for ikke-finansielle virksomheder siden 1970'erne i Havemann-sagen, men Højesteret slår nu endelig fast, at dette princip også kan anvendes for de finansielle virksomheder. Forsvarligheden af et givent lån skal derfor nu som minimum vurderes på de fire nævnte kriterier ovenfor.

Yderligere omtale følger.

Imidlertid laver Højesteret dog en væsentlig begrænsning af Business Judgement Rule, idet der tilføjes:

”Samme forsigtighed skal ikke udvises, hvis det må antages, at en bevilling af et lån eller en anden disposition knyttet hertil ikke alene er foretaget ud fra forretningsmæssige hensyn til banken, men også ud fra andre – og banken uvedkommende – hensyn. Højesteret finder, at der i en sådan situation må stilles skærpede krav til, at det er blevet sikret, at bankens interesser ikke er tilsidesat. Det bemærkes i den forbindelse, at der i lov om finansiel virksomhed § 78 er fastsat regler, der har til formål at forhindre interessekonflikter i forhold til bestyrelsesmedlemmer og direktører.”¹²¹

Der må således foretages en sondring mellem engagementer, der er foretaget til nærtstående parter, og engagementer der er foretaget til ikke-nærtstående parter¹²². Såfremt engagementerne er foretaget til nærtstående parter, må det således tolkes, at den ellers ligefremme bevisbyrde i erstatningsretten omdannes til en omvendt bevisbyrde, hvorved ledelsen af egen kraft må godtgøre, at bankens interesser ikke er fraveget som følge af

¹²⁰ Jf. U.2019.1907H, s. 105

¹²¹ Jf. U.2019.1907H, s. 105

¹²² Jf. Erik Werlauff, RR.2015.12.0044 (Karnov), s. 2

ledelsens inhabilitet¹²³. Sagt med andre ord gælder Business Judgement Rule ikke ved såkaldte interessekonflikter. Hverken Landsretten eller Højesteretten præciserer dog, hvorvidt øvrige ledelsesmedlemmer kan gøre brug af Business Judgement Rule, når de inhabile ledelsesmedlemmer helt holder sig ude af beslutningen¹²⁴.

I dommen nævnes blandt andet engagementet til Alpen Holidays Ferienhäuser GmbH at være omfattet af ovenstående interessekonflikt. Således blev cirka halvdelen af lånet anvendt til at indfri gæld i øvrige grene af Capinordic-koncernen, hvortil Landsretten konkluderede, at det ikke var tilstrækkelig godtgjort af ledelsen, at denne disponering alene var i bankens interesse¹²⁵. Højesteret var enig heri¹²⁶, hvorfor ledelsen blev gjort erstatningsansvarlig for denne disposition.

Henset til rettens vurdering af forsvarlighed ved et givent lån, hvor Højesteret fastslog, at der som minimum ved et lån må vurderes a) formålet med lånet, b) låntagers økonomiske forhold, c) den stillede sikkerhed samt d) kundens evne til at drive sin virksomhed, er det nærliggende at spørge, hvilket tidspunkt der for forsvarligheden er afgørende, og om ledelsen om nødvendighed har pligt til at fremskaffe yderligere informationer. Til dette udtrykker Højesteret sig således:

*”Vurderingen af, om en lånebevilling, som en direktion eller bestyrelse i en bank har besluttet, har været forsvarlig, må foretages på baggrund af de oplysninger, som forelå på bevillingstidspunktet. Der må lægges vægt på den viden, som det enkelte ledelsesmedlem på dette tidspunkt havde eller havde adgang til. Det må endvidere tillægges betydning, om direktionen eller bestyrelsen – hvis der har været anledning hertil – har sørget for, at nødvendige yderligere oplysninger blev tilvejebragt, før lånet blev bevilget.”*¹²⁷

Som det fremgår heraf, finder bagklogskaben ikke anvendelse, dvs. at ledelsen ikke umiddelbart må stilles til ansvar for, at deres tidligere foretagne kalkuler og budgetter blev presset kraftigt af finanskrisen, hvilket er i overensstemmelse med afsnit 4.3. Det er med

¹²³ Jf. Din Jura, juli 2019(3), *Bankledelsens erstatningsansvar: Læren af Højesterets dom fra 2019 om Capinordic Bank*, s. 14

¹²⁴ Jf. Karsten E. Sørensen, U.2019B.299 (Karnov), s. 308

¹²⁵ Jf. Karsten E. Sørensen, U.2019B.299 (Karnov), s. 305 samt Dagbladet Ringkøbing Skjern, 15. januar 2019, *Højesteret er enig med landsretten på stort set alle punkter i sag om en banks erstatningsansvar*.

¹²⁶ Jf. U.2019.1907H, s. 120

¹²⁷ Jf. U.2019.1907H, s. 105

andre ord de(n) forudsætning(er), der lå til grund på beslutningstidspunktet, som skal vurderes. Hvis et bonus pater ledelsesmedlem imidlertid vurderer, at der mangler essentielle informationer til at træffe en given beslutning, skal denne viden fremskaffes, før beslutningen endegyldigt må træffes¹²⁸. Dette må være en direkte henvisning til duty of care, jf. ligeledes afhandlingens afsnit 4.3.

Højesterets anvendelse af Business Judgement Rule synes på sin vis at være positiv, da dette bevirker en fastholdelse og en fortsat interesse i at være en del af en finansiell ledelse. Sagt med andre ord vil en tilsidesættelse heraf give manglende mod til at træffe en beslutning og formentlig en tynd besat ledelse, idet få vil turde at påtage sig disse poster. Omvendt kan det give anledning til diskussion og yderligere perspektivering, hvorvidt det er sundt for samfundet, at ledelsens adfærd ikke udfordres yderligere, når blot der er handlet i bankens interesse. Dette må i et givent omfang anses som en begrænsning i muligheden for at kræve erstatningsansvar. Det skal netop her genkaldes fra afhandlingens afsnit 3.3, at denne branche i vid udstrækning er reguleret fra ende til anden, fordi der ønskes en stabil tillid til branchen¹²⁹.

I afhandlingens afsnit 4.3 blev der gjort rede for Stephen Bainbridge's teori og præference, og det erindres her, at Bainbridge er fortalende for abstention doctrine, således at det forretningsmæssige grundlag ikke skal testes af domstolen. Højesteret synes i Capinordic Bank-sagen ikke at være fuldstændig klar om dette forhold, men der optræder alligevel låneengagementer, hvor det underliggende problem ikke er manglende informationer, men snarere at der er handlet direkte uforsvarligt¹³⁰. Således fandt Højesteret frem til, at en ændret sikkerhedsstruktur i låneengagementet til Oskar Jensen Holding ApS, hvorpå sikkerhedsstillelsen (pant i fast ejendom) frafaldt, var så uforsvarligt, at dette skulle udløse erstatningsansvar¹³¹. Denne vurdering fra Højesteret vækker særlig forundring, idet retten indikerer, at der trods alt må være en grænse for, hvor stort et fejlskøn må være¹³². Højesteret præciserer sig ikke yderligere i denne sammenhæng, men det må umiddelbart ligge til grund, at der skal være tale om et nok så alvorligt fejlskøn for, at retten vil pålægge ansvar.

¹²⁸ Jf. Din Jura, juli 2019(3), *Bankledelsens erstatningsansvar: Læren af Højesterets dom fra 2019 om Capinordic Bank*, s. 14-15

¹²⁹ Jf. Rebecca Söderström, Skadestandsanspråk mot ledande befattningshavare i banker, s. 352

¹³⁰ Jf. Karsten E. Sørensen, U.2019B.299 (Karnov), s. 305

¹³¹ Jf. U.2019.1907H, s. 113-114

¹³² Jf. Dahl Advokatfirma, 6. februar 2019, *Højesteretsdom slår en række principper for bestyrelsesansvar fast*

5.1.4 Finanstilsynets advarsler og undersøgelser

I Capinordic Bank's relative beskedne levetid nåede Finanstilsynet af flere omgang at være i kontakt med ledelsen, herunder vedrørende undersøgelser og konkrete tilsyn af underliggende forhold. Landsretten lagde i den forbindelse vægt på, at det måtte være af betydning, om bevilling af et givent lån dels var sket inden eller efter finanskrisen, og dels om bevillingen var sket før eller efter en advarsel fra Finanstilsynet.

I landsretsdommen fremgår bl.a. en advarsel fra Finanstilsynet dateret 25. december 2008 samt en henvendelse fra selvsamme til banken den 19. december 2008. Landsretten nævner ikke disse breve i kronologisk rækkefølge, hvilket må tolkes som om, at advarslen alt andet lige går forud for den generelle henvendelse til banken, hvilket igen skal ses i lyset af den vurdering, der skal ligge til grund for forsvarligheden af en given bevilling¹³³.

Højesteret slog ligeledes fast, at sådanne advarsler fra Finanstilsynet kan have betydning lige så vel, at det kan have betydning, hvorvidt finanskrisen var indtrådt på den dag, hvor et givent lån var bevilliget, jf.:

*"Højesteret finder, at der ved vurderingen af, om der er handlet ansvarspådragende, tillige må tages hensyn til eventuelle advarsler mv. fra Finanstilsynet. I den foreliggende sag må det indgå, at en række lånebevillinger er givet efter finanskrisens indtræden, og efter at Finanstilsynet i sommeren 2008 advarede banken om at udvise forsigtighed med, hvem banken lånte penge ud til, herunder især inden for ejendomssektoren. Igen i september 2008 advarede Finanstilsynet banken mod omfattende ejendomseksponering, og i december 2008 advarede tilsynet om manglende nedbringelse af udlån trods yderligere forværring af boniteten af bankens engagementer."*¹³⁴

Foruden Højesterets stillingtagen til Finanstilsynets advarsler, tillagde retten også vægt, at tilsynets undersøgelser *efter omstændighederne* kan danne grundlag for en vurdering, jf.:

"Finanstilsynet foretager som led i sit tilsyn en gennemgang af udvalgte låneengagementer. Tilsynet vurderer i den forbindelse det enkelte låns bonitet

¹³³ Jf. Erik Werlauff, RR.2015.12.0044 (Karnov), s. 2

¹³⁴ Jf. U.2019.1907H, s. 105-106

med henblik på opgørelse af bankens solvensbehov. Der er ikke tale om, at Finanstilsynet vurderer, om det var forsvarligt at bevilge lånet. Højesteret finder imidlertid, at det ved vurderingen af, om en bankledelse har pådraget sig erstatningsansvar, efter omstændighederne kan indgå, at Finanstilsynet har foretaget en bedømmelse af lånets bonitet. Der må i den forbindelse lægges vægt på, hvilket oplysningsgrundlag Finanstilsynet havde, og hvor tæt bedømmelsen tidsmæssigt er foretaget på lånets bevilling.”¹³⁵

Hertil supplerede Højesteret, at også revisors evaluering af et nedskrivningsbehov og dennes generelle vurdering af et givent udlånsengagement *kan* indgå i rettens bedømmelse af forsvarligheden¹³⁶.

5.1.5 Ledelsens tilsidesættelse af lovgivning (FIL)

Finansiell Stabilitet gjorde gældende, at ledelsen havde overtrådt interne forskrifter og lovgivning i øvrigt henset til bankens indretning og drift (FIL §§ 70 og 71). Højesteret udtalte i forlængelse af bankens overtrædelse af gældende lovgivning følgende:

”Banker er undergivet en omfattende regulering efter lov om finansiell virksomhed. Loven indeholder dog kun i begrænset omfang krav til bankers långivning og kreditvurdering. Det er i lovens § 70 fastsat, at bestyrelsen for så vidt angår bankens væsentligste aktivitetsområder skal udfærdige skriftlige retningslinjer, hvori arbejdsdelingen mellem bestyrelse og direktion fastlægges. I § 71 er fastsat krav til bestyrelsens overordnede og strategiske funktioner samt krav til effektive former for virksomhedsstyring. Efter § 71 må der for hver enkelt finansiell virksomhed tages stilling til, hvilke foranstaltninger der skal træffes, for at reglerne er opfyldt. Finanstilsynet har i en vejledning beskrevet sin praksis vedrørende § 71.

Bestemmelserne i § 70 og § 71 i lov om finansiell virksomhed opstiller krav til indretning og drift af en bank. Højesteret finder, at bestemmelserne ikke har en sådan karakter, at en tilsidesættelse i sig selv vil være tilstrækkelig til at anse et ledelsesmedlem i en bank for erstatningsansvarlig. For så vidt angår andre

¹³⁵ Jf. U.2019.1907H, s. 107

¹³⁶ Jf. U.2019.1907H, s. 107

bestemmelser i den finansielle lovgivning må det bero på de hensyn, der ligger bag den enkelte bestemmelse, om en overtrædelse vil kunne indebære erstatningsansvar for et ledelsesmedlem i en bank.”¹³⁷

Højesteret konkluderer derfor, at der ved overtrædelse af disse bestemmelser ikke i sig selv er tale om et culpaansvar, men at overtrædelsen eventuelt kan indgå i vurderingen af den udviste forsvarlighed, hvorfor det afgørende altså fortsat må være, hvorvidt den underliggende bevilling af et givent udlån var forsvarligt eller ej¹³⁸. Højesteret lægger dermed op til, at der skal ske en konkret vurdering af, hvorvidt der er erstatningsansvar eller ej ved disse overtrædelser, hvilket Landsretten ekspliciterede yderligere ved at skrive, at disse overtrædelser skal være direkte henførbare til bankens tab¹³⁹. Sagt med andre ord må det derfor nu fastslås, at ledelsen som udgangspunkt ikke er bundet til en bestemt intern politik, hvis andre handlemuligheder, som afviger fra politikken, er i bankens interesse¹⁴⁰.

Videre udtalte Højesteret sig om overtrædelse af bankens interne retningslinjer, at:

”Bevillingsbeføjelserne i en bank tilkommer bestyrelsen, som helt eller delvist inden for nærmere angivne rammer kan delegere sin bevillingsret til direktionen, jf. lov om finansiel virksomhed § 70. Bestyrelsen fastlægger de nærmere retningslinjer for denne delegation i kreditinstruksen og fastsætter i kreditpolitikken retningslinjer for bankens ansattes kreditgivning. Hvis bankens direktion handler i strid med kreditinstruksen eller kreditpolitikken, står det enkelte direktionsmedlem til ansvar over for bestyrelsen. Bestyrelsen kan fravige eller tillade fravigelse af sine egne retningslinjer, i det omfang en sådan fravigelse ikke er i strid med lovgivningen eller i øvrigt må anses for uforsvarlig. Højesteret finder, at den omstændighed, at bestyrelsen fraviger egne retningslinjer eller accepterer, at bankens direktion fraviger disse, ikke i sig selv kan anses for ansvarspådragende. Et ansvar må forudsætte, at det efter en konkret vurdering i det enkelte tilfælde har været uforsvarligt at fravige egne retningslinjer eller acceptere en sådan fravigelse.”¹⁴¹

¹³⁷ Jf. U.2019.1907H, s. 106

¹³⁸ Jf. Din Jura, juli 2019(3), *Bankledelsens erstatningsansvar: Læren af Højesterets dom fra 2019 om Capinordic Bank*, s. 15

¹³⁹ Jf. Karsten E. Sørensen, U.2019B.299 (Karnov), s. 303

¹⁴⁰ Jf. Dahl Advokatfirma, 6. februar 2019, *Højesteretsdom slår en række principper for bestyrelsesansvar fast*

¹⁴¹ Jf. U.2019.1907H, s. 106-107

Højesteret lagde atter vægt på en forsvarlighedsbedømmelse, og således var det næppe de mange formaliteter, som havde interesse, idet ovenstående må tolkes således, at det er substansen i sagen, der er i fokus¹⁴². Det synes derfor spændende at se i fremtiden, såfremt de øvrige banksager kommer til Højesteret med samme anbringende, hvor vigtig retten finder nødvendigheden af en detaljeret plan med regler for ledelsen, når fokus snarere er på hensynet bag FIL's bestemmelser til vurdering af, hvorvidt der er erstatningsansvar.

Det understreges i øvrigt med sammenhæng til ovenstående, at en direktør ikke kan friholdes for ansvar blot, fordi bestyrelsen har godkendt en garanti eller et lån, hvilket Højesteret udtrykker således:

*"I tilfælde, hvor Henrik Juul har indstillet til bestyrelsen at bevilge et lån, og kreditindstillingen er uforsvarlig, fritager det ham ikke for erstatningsansvar, at bestyrelsen har bevilget lånet."*¹⁴³

Det klassiske udtryk om, at "bordet fanger" gælder således ikke her, blot fordi bestyrelsen har givet sin godkendelse. Hvorvidt det enkelte bestyrelsesmedlem herefter kan ifalde ansvar for at godkende en af direktionen udstedt uforsvarlig garanti (eller lån) må bero på en konkret vurdering¹⁴⁴.

I relation til den videre perspektivering under gennemgangen af Højesterets brug af principperne bag Business Judgement Rule, hvor der ovenfor blev sat spørgsmålstejn ved, hvorvidt det ud fra et samfundsmæssigt perspektiv er godt, at ledelsens adfærd ikke udfordres yderligere, når blot der er handlet i bankens interesse, synes en tilsvarende vurdering at opstå som følge af, at Højesteret konkluderede, at den blotte overtrædelse af FIL §§ 70 og 71 ikke i sig selv danner grundlag for erstatningsansvar.

Det vækker forbavselse, at den lov (FIL), som er med til at danne et pejlemærke for, hvordan tillid til den finansielle sektor opretholdes, uden videre kan tilsidesættes på visse bestemmelser, når blot der foreligger en positiv forsvarlighedsvurdering (culpavurdering).

¹⁴² Jf. Din Jura, juli 2019(3), *Bankledelsens erstatningsansvar: Læren af Højesterets dom fra 2019 om Capinordic Bank*, s. 16

¹⁴³ Jf. U. 2019.1907H, s. 107

¹⁴⁴ Jf. Din Jura, juli 2019(3), *Bankledelsens erstatningsansvar: Læren af Højesterets dom fra 2019 om Capinordic Bank*, s. 16

Højesteret har således skelnet mellem konkret uforsvarlighed (bevilling af låneengagementer), hvor der *kan* være erstatning, og generel uansvarlig bankdrift (drift og organisation), hvor der ikke er erstatning. Højesteret synes med andre ord at leve med en risikofyldt bankdrift, hvilket virker inkonsistent med det faktum, at lovgiver netop ønsker det modsatte. Loven skal jo netop agere rettesnor for, hvornår ledelsen handler legitimt eller ej, men dette synes Højesteret at mane i jorden i nærværende sag¹⁴⁵.

Ovenstående skal selvfølgelig også holdes i relation til bankens investorer, da eventuelle bøder fra en politianmeldelse foretaget af Finanstilsynet ikke vil tilfalde dem. Investorernes eneste mulighed for at gøre krav på erstatning er derfor alene ved et privat søgsmål, men her hjælper som bekendt hverken Finanstilsynet eller Finansiell Stabilitet.

Professor Rebecca Söderström fra Uppsala Universitet (Sverige) har i denne sammenhæng udtalt:

*”Min uppfattning är att det hade stämt bättre överens med banklagstiftningens syften om Højesteret hade prövat bankens generella strukturer kring låneverksamheten i Capinordic bank och ansvaret för dessa.”*¹⁴⁶

Højesterets afsagte dom har dermed også skabt en vis undren fra Danmarks naboland, idet der her også sættes spørgsmålstegn ved den manglende iagttagelse af bankens organisering set i forhold til låneengagementerne samt den manglende sammenhæng mellem den lovgivende og den dømmende magt for så vidt angår FIL og en håndhævelse heraf.

Noget kan samtidig tyde på, at den lovgivende magt ligeledes har forholdt sig hertil, idet der den 27. marts 2019 blev indgået en bred aftale partierne imellem om ”Styrkelse af indsatsen mod finansiel kriminalitet”.

Således nævnes det i aftalens 10. punkt ud af 16 konkrete initiativer, at:

¹⁴⁵ Jf. Information, 16. januar 2019, *Juraekspert: Med Capinordic-dom står Folketinget og Finanstilsynet magtesløse tilbage*

¹⁴⁶ Jf. Rebecca Söderström, Skadeståndsanspråk mot ledande befattningshavare i banker, s. 353

”En arbejdsgruppe skal klarlægge, hvordan det i højere grad kan sikres, at ledelsen i en finansiel virksomhed kan holdes erstatnings- og strafferetligt ansvarlig for overtrædelse af den finansielle lovgivning.”¹⁴⁷

Det bemærkes i forlængelse heraf, at baggrunden for ovenstående arbejdsgruppe må begrundes i Højesterets afgørelse om Capinordic Bank, hvor det findes utilstrækkeligt for den danske retstilstand, at der ikke kan gøres et udvidet erstatningsansvar gældende for de personer, der påtager sig ledelseshvervet i de finansielle virksomheder¹⁴⁸, hvilket understøtter den nævnte betragtning under gennemgangen af ansvarsnormen ovenfor, hvor en manglende sammenhæng mellem et almindeligt culpaansvar og FIL's omfattende bestemmelser blev påpeget.

5.1.6 Vurdering af låneengagementer

Ledelsen i Capinordic Bank var under dens virke flittige til at foretage såkaldte efterbevillinger til eksisterende udlånsengagementer. Deres ageren overfor de menige ansatte er bl.a. i dommen beskrevet som om, at der har været indtryk af, at de ansatte har fået en ordre fra ledelsen, når en efterbevilling skulle oprettes. Dette blev også udfordret i retten, hvortil Højesteret udtalte:

”Det forhold, at en beslutning om at bevilge et lån reelt må anses for truffet af Lasse Lindblad, eller det forhold, at han på anden måde har påvirket beslutningsprocessen, kan imidlertid som anført af landsretten ikke anses for i sig selv at være ansvarspådragende. Det afgørende er, om det på grundlag af de oplysninger, der forelå på tidspunktet for bevillingen, var forsvarligt at bevilge lånet.”¹⁴⁹

Efterbevillingerne var derfor ikke i sig selv uforsvarlige, og bestyrelsens adfærd udløser heller ikke per definition et ansvar, hvorfor det alene er de informationer, som bestyrelsen havde til rådighed ved deres vurdering af en given efterbevilling, som skal danne grundlag for forsvarligheden¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Jf. Aftale om ”Styrkelse af indsatsen mod finansiell kriminalitet” af 27. marts 2019, s. 7

¹⁴⁸ Jf. Aftale om ”Styrkelse af indsatsen mod finansiell kriminalitet” af 27. marts 2019, s. 8

¹⁴⁹ Jf. U.2019.1907H, s. 109

¹⁵⁰ Jf. Janus W. Høy, Bestyrelsens ansvar – med særlig fokus på finansielle virksomheder (2020), s. 455-456

Hertil har Højesteret desuden slået fast, at de kritisable låneengagementer skal vurderes enkeltvis baseret på en konkret vurdering¹⁵¹, hvorfor der må foreligge klare beviser for hvert enkelt engagement, såfremt ledelsen skal gøres erstatningsansvarlige herfor. Sagt med andre ord har retten slået fast, at der kan gøres et ansvar for erstatning gældende for tal på konkrete engagementer¹⁵².

5.1.7 Øvrige præmisser

Foruden de fem ovenstående principper synes det i relation til afhandlingens afsnit 4.1. relevant at nævne, at daværende administrerende direktør Henrik Juul anførte lempelse af erstatningsansvaret efter KSL § 363, stk. 1 og EAL § 24. Hertil udtalte Højesteret:

*”Appellanternes ansvarspådragende handlinger er foretaget som led i udførelsen af deres hverv i banken. Henset hertil og til graden af den udviste uagtsomhed finder Højesteret ikke grundlag for at lempe erstatningsansvaret for nogen af dem.”*¹⁵³

Det kan samtidigt tænkes, at ovenstående også bundes i den tegnede forsikring med en dækning på 25 mio. kr., når der henses til noterne i EAL § 25 samt afsnit 4.1 i øvrigt.

Det er således i overensstemmelse med den i afhandlingen tidligere gennemgået retspraksis, herunder U.2011.2815H og U.2011.1290H, at retten ikke bruger kræfter på eventuelle lempelser med mindre, at de økonomiske omstændigheder hos sagsøgte er fuldstændig blotlagte. Hvorvidt der på baggrund heraf varsomt kan konkluderes, at dette er et udtryk for den nuværende retstilstand, må fortsat stå åben, fordi det synes at have imod sig, at de tre dømte ledelsesmedlemmer i Capinordic Bank hverken enkeltvis eller sammen kan betale det af Højesteret fastsatte erstatningskrav på 89 mio. kr. plus procesrenter. Desuden må der i relation til ovenstående også sættes spørgsmålstegn ved den af ledelsen tegnede forsikring, om vurderingen af en eventuel lempelse vil være håndteret anderledes af Højesteret, såfremt der ikke på forhånd var udvist fornuft ved at tegne denne¹⁵⁴.

¹⁵¹ Jf. U.2019.1907H, s. 108

¹⁵² Jf. Børsen, 15. januar 2019, *Analyse: Dagens dom tyder ikke godt for de øvrige ankesager, som statens bankopryddere har på programmet*

¹⁵³ Jf. U.2019.1907H, s. 122

¹⁵⁴ Jf. Erik Werlauff, RR.2015.12.0044 (Karnov), s. 4

Det kan derfor umiddelbart skabe undren, at staten via Finansiell Stabilitet ønsker at bruge ressourcer på disse søgsmål, selvom der kun i ganske få tilfælde tilfalder dem økonomisk udbytte, men dette må ses i lyset af, at der i retfærdighedens øjemed må placeres et ansvar, hvilket er på linje med konkursbehandlingens almindelige regler, hvorpå de underliggende årsager til en konkurs skal findes af kuratorerne¹⁵⁵. Det er dog snarere undtagelsen end reglen, at ledelsesforsømmelse vurderes som den primære årsag til en konkurs.

Foruden ovenstående omtale af Højesterets betragtning af en eventuel lempelse, slog Højesteret også fast, at decharge, der på generalforsamlingen var meddelt i årene 2006-2008, ikke kunne føre til ansvarsfrihed¹⁵⁶. Baggrunden herfor var de af Landsretten anførte grunde, som dog ikke vurderes relevant at omtale yderligere her.

5.1.8 Afrunding

Baseret på Højesterets afsagte dom og ovenstående analyse heraf må det konkluderes, at der ikke foreligger en indholdsmæssig ændring af de ulovfæstet principper for ledelsesansvar i de finansielle virksomheder. Således gælder der fortsat samme ansvarsnorm (culpaansvar, herunder KSL § 361) som for de ikke-finansielle virksomheder.

Dette har dog efterfølgende skabt grundlag for den lovgivende magt til at nedsætte en arbejdsgruppe, der skal sikre, at de finansielle ledelser i højere grad kan ifalde erstatningsansvar, f.eks. ved overtrædelse af FIL. Det er derfor uvist, hvorvidt den lovgivende magt i fremtiden vil justere på den gældende lov, således at der gælder et udvidet erstatningsansvar for de finansielle ledelser.

Henset til afhandlingens afsnit 4.3 har Højesteret ligeledes fastslået rækkevidden af Business Judgement Rule, idet principperne herfor også gælder for de finansielle virksomheder.

Dommen er i øvrigt afsagt uden dissens.

¹⁵⁵ Jf. Børsen Ledelse, 2008 (opdateret i 2013), *Bestyrelsens ansvar*

¹⁵⁶ Jf. U.2019.1907H, s. 122

5.2 Amagerbanken A/S (Østre Landsrets dom af 26. juni 2019, 22. afd. nr. B-1390-17 og B-1831-17)

5.2.1 Indledning og generelle forhold

Amagerbanken blev grundlagt som en lokalbank – som navnet antyder - på Amager i år 1903, hvorefter banken voksede markant. I år 1980 blev banken udvidet til en regionalbank og var herefter blandt nogle af de større aktører i Danmark. Amagerbanken nåede herefter i sin levetid at åbne 13 filialer på Amager, 11 i det øvrige hovedstadsområde, en i Odense samt to i Aarhus¹⁵⁷.

Før finanskrisen opstod, havde Amagerbanken opnået gode økonomiske resultater. I år 2006 og 2007 viste årsrapporterne, at banken havde opnået et resultat efter skat på henholdsvis 502,9 mio. kr. samt 393 mio. kr. Da finanskrisen i år 2008 indtraf, gik det derimod hurtigt ned ad bakke for Amagerbanken, hvorpå årsrapporten viste et negativt resultat efter skat på 582,9 mio. kr. Den økonomiske krise i Amagerbanken fortsatte ind i år 2009, og som følge heraf foretog banken en kapitalforhøjelse på 710 mio. kr. og blev dermed sikret regeringens Bankpakke II, jf. ledelsesberetningen af 2009 (uddrag)¹⁵⁸:

"[...] I overensstemmelse med den i årsrapporten for 2008 udmeldte strategi om at styrke bankens kapitalgrundlag samt for at opfylde kravene til det individuelle solvensbehov har banken i december 2009 gennemført en aktiekapitaludvidelse samt optaget supplerende kapital. Herved opfyldte banken det af Finanstilsynet fastsatte individuelle solvensbehov samtidig med, at banken opfyldte betingelserne for at modtage Bankpakke II. [...]"

Den 18. december 2009 opnåede banken et lån under Bankpakke II i form af hybrid kernekapital på 1,1 mia.kr., hvorefter bankens solvensprocent udgør 17,2 %, og kernekapitalprocenten udgør 12,0 %.

*Banken har således gennem 2009 afklaret en række forhold af betydning for bankens fremtid i god og professionel dialog med myndighederne, herunder Finanstilsynet."*¹⁵⁹

¹⁵⁷ Jf. Retten i Lyngby af 12. juni 2017, nr. BS 159-509/2013, s. 21

¹⁵⁸ Jf. Retten i Lyngby af 12. juni 2017, nr. BS 159-509/2013, s. 21-23

¹⁵⁹ Jf. Retten i Lyngby af 12. juni 2017, nr. BS 159-509/2013, s. 24

Ud fra dette uddrag af ledelsesberetningen ses det, at strategien var at styrke bankens kapitalgrundlag. Med denne strategi ville der forventes, at den økonomiske situation ville vende sig i banken, men i slutningen af år 2009 blev det nødvendigt at søge om en statsgaranti på 13,5 mia. kr., som følge af, at banken igen manglede kapital, hvilket skyldtes de forsættende effekter fra finanskrisen. Statsgarantien på 13,5 mia. blev tildelt til Amagerbanken i juni 2010¹⁶⁰. Forud for denne statsgaranti havde Finansiell Stabilitet vurderet bankens økonomiske forhold ved at gennemgå 35 af bankens største engagementer. Finansiell Stabilitet vurderede, at deres forretningsmetoder var risikable, og at de var usikre på, hvorvidt banken opfyldte FIL's solvenskrav. Efter en undersøgelse fandt Finanstilsynet dog ud af, at banken opfyldte lovens solvenskrav¹⁶¹. Dette er ydermere relevant i forbindelse med ansvarsgrundlagsvurderingen, som vil blive gennemgået senere.

Udover, at Finansiell Stabilitet havde undersøgt flere af bankens engagementer, havde Finansiell Stabilitet yderligere opstillet en række betingelser, som skulle være opfyldt for, at banken kunne modtage statsgarantien. En af betingelserne var bl.a., at der skulle foretages en kapitalforhøjelse på 750 mio. kr. Dette krav var opfyldt i og med, at der i delårsrapporten for 1.-3. kvartal af 2010 fremgik en kapitaltilførsel på 878 mio. kr.¹⁶². En anden betingelse var, at Finansiell Stabilitet skulle udvælge to personer, som skulle indgå i bestyrelsen. Dette krav blev ligeledes opfyldt¹⁶³.

Kort efter, at banken fik tildelt statsgarantien, skete der et ledelsesskifte, idet det var et ønske fra bankens storaktionærer, hvorefter bestyrelsesformanden, næstformanden samt en række yderligere bestyrelsesmedlemmer valgte at træde ud af bestyrelsen¹⁶⁴. Yderligere valgte den administrerende direktør Jørgen Brændstrup også at trække sig. Alt dette skete den 10. november 2010 på en ekstraordinær generalforsamling.

Den nye ledelse måtte dog hurtigt erkende, at bankens økonomiske forhold var meget dårlige, og der i øvrigt var behov for nedskrivninger på 3 mia. kr.¹⁶⁵. I den efterfølgende tid viste det sig, at banken havde behov for mere kapital, og den nye ledelse forsøgte at skaffe yderligere likviditet igennem andre banker. Dette viste sig dog at være en umulig opgave, da

¹⁶⁰ Jf. Janus W. Høj, Bestyrelsens ansvar – med særlig fokus på finansielle virksomheder (2020), s. 494-495

¹⁶¹ Jf. Rigsrevisionen, Beretning til Statsrevisorerne om tildelingen af individuel statsgaranti til Amagerbanken A/S (2011), s. 3

¹⁶² Jf. Østre Landsrets dom af 26. juni 2019, 22. afd. nr. B-1390-17 og B-1831-17, s. 312

¹⁶³ Jf. Retten i Lyngby af 12. juni 2017, nr. BS 159-509/2013, s. 24-25

¹⁶⁴ Finansiell Stabilitets to udvalgte bestyrelsesmedlemmer blev siddende i ledelsen efter rokeringen, men det ene medlem blev efter aftale indsat som administrerende direktør i banken, hvorefter Finansiell Stabilitet nu kun var repræsenteret med et medlem i bestyrelsen

¹⁶⁵ Jf. Berlingske, 14. august 2014, *Amagerbanken frikendt for erstatningsansvar*

nedskrivningerne var så store, at der ikke var nogle, der troede på bankens fremtidige overlevelse¹⁶⁶.

Da Amagerbanken ikke længere kunne leve op til FIL's solvenskrav, overdrog banken alle aktiver og passiver til Finansiell Stabilitet den 6. februar 2011 og blev herefter erklæret konkurs¹⁶⁷. Finansiell Stabilitet sagsøgte herefter ledelsesmedlemmer for mellem 300 mio. kr. og 900 mio. kr.¹⁶⁸.

Sagen om Amagerbanken blev først afsagt i Byretten, som afsagde dom mod den tidligere ledelse den 12. juni 2017. Retssagen gik modsat Capinordic Bank, som vedrørte et generelt ansvar for hele konkursen (subsidiært for 11 kritisable engagementer, jf. generelt afsnit 5.1), på, om bankens ledelse havde handlet ansvarspådragende ved fire udvalgte låneengagementer; Østerfælled, Main Road, P40C samt Mols-Linien. I alt var 11 personer fra den tidligere ledelse sagsøgt.

Byretten frifandt ledelsen, hvorefter sagen blev anket til Landsretten, som afsagde dom den 26. juni 2019. Landsretten tog som følge af ankelsen alene udgangspunkt i ét af låneengagementerne (kombineret med de fire nedenstående anbringender). Der var tale om Østerfælled- ejendommen, som var et ejendomsprojekt på Østerbro i København¹⁶⁹. Ligeledes blev erstatningskravet nedsat fra 900 mio. kr.¹⁷⁰ til 375 mio. kr.¹⁷¹.

Finansiell Stabilitet havde flere anbringender til de generelle forhold i banken, hvortil de fire mest centrale er omtalt nedenfor.

- 1) Bankens organisation; Finansiell Stabilitet anførte en række påstande overfor bestyrelsen, herunder mente Finansiell Stabilitet, at bankens bestyrelsesformand (N.E. Nielsen) samt den administrerende direktør (Jørgen Brændstrup, som ligeledes var erhvervschef) havde et meget tæt og stærkt sammenspil, hvilket medførte, at de ikke fik noget modspil fra den resterende bestyrelse. Derudover blev det påvist, at de erhvervsengagementer, der blev fremlagt af erhvervschefen (Jørgen Brændstrup), ikke

¹⁶⁶ Jf. Janus W. Høy, Bestyrelsens ansvar – med særlig fokus på finansielle virksomheder (2020), s. 496-497

¹⁶⁷ Jf. Retten i Lyngby af 12. juni 2017, nr. BS 159-509/2013, s. 6

¹⁶⁸ Jf. Retten i Lyngby af 12. juni 2017, nr. BS 159-509/2013, s. 1092

¹⁶⁹ Jf. Janus W. Høy, Bestyrelsens ansvar – med særlig fokus på finansielle virksomheder (2020), s. 590-591

¹⁷⁰ Jf. Retten i Lyngby af 12. juni 2017, nr. BS 159-509/2013, s. 1092

¹⁷¹ Jf. Østre Landsrets dom af 26. juni 2019, 22. afd. nr. B-1390-17 og B-1831-17, s. 191-192

havde været igennem et tilsyn i kreditkontoret/kreditkomitéen, og desuden blev der heller ikke foretaget en kritisk gennemgang i bestyrelsen, hvilket yderligere kan bekræftes i bestyrelsesprotokollen fra starten af år 2006 til 10. november 2010, hvor alle bevillinger var blevet godkendt.

Derudover mente Finansiell Stabilitet, at der var en uforsvarlig forretningsgang, idet 45% af bestyrelsens bevillinger fra år 2006 til år 2010 var foretaget på et skriftligt grundlag, hvilket var i strid med bestyrelsens forretningsorden § 4, som kun tillod skriftlige bevillinger ved hastesager. Endvidere var der manglende funktionsadskillelse mellem kreditchefen og erhvervschefen. Dette skyldtes, at Jørgen Brændstrup både var erhvervschef samt administrerende direktør, hvilket gjorde ham til kreditchefens overordnede¹⁷². Hertil gjorde Finansiell Stabilitet gældende over for Landsretten, at bestyrelsen havde overtrådt de administrative retningslinjer i FIL § 71¹⁷³

- 2) Bankens risikoprofil; Ifølge Finansiell Stabilitet havde Amagerbanken ført en risikobaseret strategi ved ikke at sikre sig, at de havde den nødvendige kapital til at beskytte sig imod konjunkturmæssige svingninger. Derudover skal ovenstående om bankens organisation også ses som en risiko for banken¹⁷⁴
- 3) Den finansielle krise; Bankens ledelse var forpligtet til at beskytte banken imod økonomiske kriser. Ovenstående punkter om en mangelfuld organisation samt en risikobetonet profil bidrager til en forståelse af, at banken ikke ville kunne modstå en potentiel finansiell krise og dermed lide tab. Hvis ledelsen havde handlet forsvarligt i forhold til ovenstående punkter, måtte det antages, at de uforsvarlige bevilligede lån ikke ville være sket på de uforsvarlige vilkår, og dermed kunne ledelsen ikke gøre finanskrisen gældende som årsag til konkursen¹⁷⁵

¹⁷² Jf. Retten i Lyngby af 12. juni 2017, nr. BS 159-509/2013, s. 592-594

¹⁷³ Jf. Retten i Lyngby af 12. juni 2017, nr. BS 159-509/2013, s. 598-599

¹⁷⁴ Jf. Retten i Lyngby af 12. juni 2017, nr. BS 159-509/2013, s. 603

¹⁷⁵ Jf. Retten i Lyngby af 12. juni 2017, nr. BS 159-509/2013, s. 603

- 4) Ansvarsnormen: Finansiell Stabilitet anførte, at der var sammenhæng mellem ovenstående uforsvarlige anliggender og de tab, der var lidt ved de fire udvalgte låneengagementer¹⁷⁶.

Finansiell Stabilitet mente, at der ved bedømmelsen af, om ledelsen havde handlet uforsvarligt ved henholdsvis de fire udvalgte låneengagementer i Byretten samt Østerfælled-egendommen i Landsretten, skulle lægges vægt på ovenstående fire anbringender¹⁷⁷. Landsretten fastslog dog, at ovenstående anbringender ikke havde betydning i sagen. Hertil udtalte Landsretten sig således:

“[...] FS Finans har dog også for landsretten fremført anbringender om en uforsvarlig kreditororganisation og kreditsagsbehandling og høj risikoprofil, som ikke har haft betydning for landsrettens bedømmelse.”¹⁷⁸

Ovenstående anbringender har dog en betydning for forståelsen af bankens forhold samt for at få et bedre indblik i sagen, hvorfor de er blevet behandlet inden det konkrete låneengagement om Østerfælled-egendommen, som omtales i afsnit 5.2.5.

5.2.2 Finanstilsynets advarsler og undersøgelser

Ved bedømmelsen af, om ledelsen har handlet uforsvarligt, tillægges det ligeledes vægt, at Finanstilsynet fra år 2006 og frem til bankens konkurs har givet banken flere advarsler, som ledelsen ikke har efterkommet. Finanstilsynet blev ved en undersøgelse i år 2006 gjort opmærksom på, at banken havde en betragtelig udlånsvækst, og af Finanstilsynets udkast fremgår følgende:

“Finanstilsynet har i årene 2006, 2007 og 2008 skrevet til banken om særlig stor udlånsvækst og om et betydeligt indlånsunderskud. På grund af bankens betydelige ejendomsseksponeringer fik banken endvidere et brev i foråret 2008 i forbindelse med tilsynets undersøgelse om ejendomsbaseret udlån i pengeinstitutter.

¹⁷⁶ Jf. Retten i Lyngby af 12. juni 2017, nr. BS 159-509/2013, s. 604

¹⁷⁷ Jf. Janus W. Høy, Bestyrelsens ansvar – med særlig fokus på finansielle virksomheder (2020), s. 520-525

¹⁷⁸ Jf. Østre Landsrets dom af 26. juni 2019, 22. afd. nr. B-1390-17 og B-1831-17, s. 328

På trods af disse advarsler må det konstateres, at udlånsporteføljen fortsat består af mange store og nu nødlidende engagementer inden for ejendomsbranchen.

Det må derfor konkluderes, at banken ikke har reageret rettidigt på problemerne i ejendomssektoren, som har været alment kendt i en årrække, og som Finanstilsynet har advaret om ad flere omgange.”¹⁷⁹

I år 2008 foretog Finanstilsynet yderligere undersøgelser, som viste, at flere af deres engagementer var forbundet med høj kreditrisiko. De oplyste ledelsen, at det var nødvendigt at tage højde for dette, når solvensbehovet skulle opgøres. Yderligere var det også bemærket, at banken havde en betydelig udlånskoncentration til den samme interessegruppe, som var forbundet med store skrøbelige engagementer.

I år 2009 foretog Finanstilsynet en undersøgelse af solvensbehovet og konstaterede, at det opgjorte solvensbehov ikke reflekterede de risikoforhold, der var i banken. Amagerbanken havde i samarbejde med Deloitte (revisor) fået opgjort deres solvensbehov til 9,48%, men Finanstilsynet opgjorde solvensbehovet til 13,6%. Ledelsen ankede dette til Erhvervsankenævnet, som tilsluttede sig Finanstilsynets opgørelse.

En yderligere undersøgelse i år 2010 viste, at der ikke var sket forbedringer af de tidligere konstaterede sager. Derudover konstaterede Finanstilsynet, som nævnt i Finansiell Stabilitets anbringender om generelle forhold, at den administrerende direktør også fungerede som leder i erhvervsafdelingen, hvilket medførte, at banken ikke var uafhængig ved behandling af kreditsager, samt at organisationen dermed var udsat for en vis sårbarhed.

Ovenstående viser, at banken var blevet advaret adskillige gange, inden konkursen indtraf.

På trods af ovenstående havde Finanstilsynet vurderet, at banken opfyldte FIL's solvenskrav på det tidspunkt, hvor de modtog statsgarantien på 13,5 mia. i år 2010.

¹⁷⁹ Jf. Østre Landsrets dom af 26. juni 2019, 22. afd. nr. B-1390-17 og B-1831-17, s. 105-106

Det må således konkluderes, at det opfyldte solvenskrav i år 2010 efter modtagelse af statsgarantien, er den primære årsag til, at ledelsen ikke blev holdt ansvarlig for hele bankens sammenbrud, hvorfor det alene var prøvelsen af de fire udvalgte engagementer, som blev fremstillet i Byretten¹⁸⁰.

5.2.3 Ansvarsnorm

I Byrettens begrundelse blev det anført, at:

"Ansvarsnormen for ledelsesansvar tager udgangspunkt i den almindelige culpanorm, jf. ASL § 140, stk. 1, og SL § 361, stk. 1. Det afgørende er derfor, hvorvidt de sagsøgte i deres adfærd som bestyrelses- og direktionsmedlemmer har udvist den omhu og den faglige dygtighed, som man med rimelighed kan forlange af ledelsesmedlemmer i en dansk bank, henset til de særlige krav, der stilles til medlemmernes egnethed, erfaring og kyndighed.

*Ansvarsvurderingen og målestokken for culpa skal bl.a. inddrage det forhold, at der knytter sig en betydelig samfundsmæssig interesse i at sikre og opretholde en finansiell stabilitet i Danmark. Der gælder således en skærpet ansvarsnorm for ledelsen i et pengeinstitut i forhold til ansvarsnormen for ledelsen i andre typer virksomheder, som følge af de særlige forpligtelser, der påhviler en bankledelse, og de særlige krav, der gælder for et medlem af ledelsen i en bank [...]."*¹⁸¹

Ud fra ovenstående gælder der altså i Byretsdommen en skærpet ansvarsnorm for ledelser i pengeinstitutter i forhold til de almindelige kapitalelskaber.

En skærpet ansvarsnorm blev dog ikke fastslået i Landsretsdommen, hvilket skyldtes, at denne skærpelse i bankinstitutter i mellemtiden blev afvist i Højesteretsdommen om Capinordic Bank, jf. afsnit 5.1.2. Her henviste Landsretten alene til det almindelige culpaansvar jf. den dagældende regel i ASL § 140, 1. pkt. samt KSL § 361, stk. 1, 1. pkt.¹⁸².

¹⁸⁰ Jf. Janus W. Høy, Bestyrelsens ansvar – med særlig fokus på finansielle virksomheder (2020), s. 501-508

¹⁸¹ Jf. Retten i Lyngby af 12. juni 2017, nr. BS 159-509/2013, s. 604

¹⁸² Jf. Østre Landsrets dom af 26. juni 2019, 22. afd. nr. B-1390-17 og B-1831-17, s. 276-277

5.2.4 Det forretningsmæssige skøn foretaget af ledelsen

I Landsretten er der ligesom ved ansvarsnormen procederet på den førnævnte Højesteretsdom af Capinordic Bank, idet der henvises til prøvelsen af det ledelsesmæssige skøn ved udarbejdelse af kreditbevillinger i Capinordic Bank-dommen. Ved ydelse af et lån i en bank opstår der et forretningsmæssigt skøn, idet lånet beror på en kreditvurdering af låntageren. Der blev i retssagen anført, at:

”Der bør udvises forsigtighed med at tilsidesætte det forretningsmæssige skøn, der er udøvet af Bankens bestyrelse og direktion ved bevillingen af et lån.”¹⁸³

Med ovenstående udtalelse ses det ligeledes, at der er harmoni med afsnit 4.3, hvor der er redegjort for, at når en beslutning er truffet på baggrund af Business Judgement Rule, bør domstolene være mere lempelig med at vurdere ledelsens forretningsmæssige beslutninger.

Som nævnt i afsnit 5.1 om Capinordic Bank gælder der et krav om duty of loyalty (se yderligere herom i afsnit 4.3), hvilket betyder, at Business Judgement Rule ikke gælder, hvis der er tilknyttet eksterne interesser i banken ved foretagelse af det forretningsmæssige skøn. Imidlertid var der ikke gjort indsigelse mod dette, og der var i øvrigt heller ikke grund til at antage det, hvorfor Landsretten ikke fandt belæg for at afvige fra forsigtighedsvurderingen, jf. nedenstående præmis:

”Der er derfor ikke grundlag for at fravige det nævnte udgangspunkt om at udvise forsigtighed med at tilsidesætte bankledelsens forretningsmæssige skøn ved bevillingen af et lån.”¹⁸⁴

Ud fra ovenstående kan det derfor slås fast, at Business Judgement Rule blev anerkendt som en retlig norm i nærværende dom.

Med Business Judgement Rule kigges der, som nævnt i afsnit 4.3, på det tidspunkt, hvor handlingen er indtruffet, og erfaring, der er tilkommet senere, kan ikke anvendes i en retssag. Til denne regel udtrykte Landsretten sig således:

¹⁸³ Jf. Østre Landsrets dom af 26. juni 2019, 22. afd. nr. B-1390-17 og B-1831-17, s. 277

¹⁸⁴ Jf. Østre Landsrets dom af 26. juni 2019, 22. afd. nr. B-1390-17 og B-1831-17, s. 277

*"Vurderingen af, om bevillingen af et lån har været forsvarlig, må foretages på baggrund af de oplysninger, som forelå på bevillingstidspunktet. Der må lægges vægt på den viden, som det enkelte ledelsesmedlem på dette tidspunkt havde eller havde adgang til."*¹⁸⁵

Som det fremgår heraf, fandt bagklogskaben ikke anvendelse, hvilket er i overensstemmelse med det tidligere erfaret.

5.2.5 Østerfælled-ejendommen

Det ankede låneengagement, som også var bankens største engagement målt på værdi, vedrørte Østerfælled-ejendommen. I år 2008 overtog de tre ejere Hans Henrik Palm, Olav Damkiær-Classen og Henrik Ørbekkers Østerfælled-ejendommen via et ejendomsswap¹⁸⁶, og i maj 2008 godkendte bankens bestyrelse ejernes låneansøgning til Østerfælled-ejendommen. Ved bevillingen blev der udstedt en driftskredit på 75 mio. kr. samt en valutaramme. I forlængelse heraf gjorde Finansiell Stabilitet fem punkter gældende i Landsretten: 1) Amagerbanken påtog sig en forøget risiko ved bevillingen i år 2008, 2) Ejendomsswappet blev foretaget til opskruede priser, hvilket bankens ledelse tillod, 3) Bankens risiko blev forøget, da ejerne af Østerfælled-ejendommen ikke påtog sig den samme forpligtelse som den tidligere ejer (Schaumann Holding A/S), 4) Det var ansvarspådragende, at ledelsen ikke var klar over, at engagementet skulle konsolideres mellem de tre ejere og selvskyldnerkautionisternes engagementer jf. dagældende FIL § 145¹⁸⁷ og 5) Selvskyldnerkautionerne havde kun begrænset værdi.

Landsretten fandt dog ikke grundlag for, at Finansiell Stabilitets anbringender var uforsvarlige og tillagde dem derfor ikke betydning. Ligeledes fandt Landsretten ikke grundlag for, at bevillingen i år 2008 samt den bevilligede valutaramme var uforsvarlig, idet de lagde til grund, at ejerne af Østerfælled-ejendommen havde påtaget sig selvskyldnerkautioner for hele engagementet samt valutarammen, hvorfor den risiko, som banken havde påtaget sig ved bevillingen, var dækket af disse sikkerheder¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Jf. Østre Landsrets dom af 26. juni 2019, 22. afd. nr. B-1390-17 og B-1831-17, s. 277

¹⁸⁶ Et ejendomsswap er en overdragelse af fast ejendom – her i bytte for Dalgas Have 15, 2000 Frederiksberg (Handelsøjskolen)

¹⁸⁷ Bestemmelsen blev ophævet ved L 2014 268, hvorfor der i dag ikke længere er pligt til at indberette store eksponeringer (>10%)

¹⁸⁸ Jf. Østre Landsrets dom af 26. juni 2019, 22. afd. nr. B-1390-17 og B-1831-17, s. 281-293

I år 2009 foretog banken en forlængelse af driftskrediten samt udvidede valutarammen med en klausul, hvilket betød, at såfremt tabet på valutarammen steg til en fastsat grænse på 100 mio. kr., ville banken kunne kræve, at overskridelsesbeløbet blev indbetalt. Derudover finansierede banken betalinger til Nykredit Bank A/S på baggrund af renteswap-lånet. I år 2010 ramte tabet på valutarammen de 100 mio. kr., men ingen af kreditorerne var i stand til at betale. Banken lukkede derfor valutarammen i juni 2010, hvor valutatabet var steget til 340 mio. kr. Hertil gjorde Finansiell Stabilitet ligeledes et erstatningsansvar gældende.

I forlængelse heraf lagde Landsretten til grund, at genbevillingen af driftskrediten medførte en forøget risiko, men dette blev ikke dog ikke anset for at være ansvarspådragende. Ligeledes fandt Landsretten heller ikke bankens finansiering af rente- og afdragsbetalinger til Nykredit Bank A/S for ansvarspådragende.

Selvom Landsretten ikke fandt disse handlinger for ansvarspådragende, gjorde Finansiell Stabilitet gældende, at genbevillingen af valutarammen i år 2009 var uforsvarlig, og Finansiell Stabilitet fandt derfor ledelsen erstatningsansvarlige herfor. Da ingen af de sagsøgte forklarede, at genbevillingen af valutarammen var en nødvendighed for at genbevillige driftskrediten, fandt Landsretten det for uansvarligt at genbevillige valutarammen i år 2009¹⁸⁹. Hertil udtrykte Landsretten således:

*"På den nævnte baggrund og tillige henset til den væsentlige risiko som genbevillingen af driftskrediten, herunder betalingerne til Nykredit Bank, i sig selv indebar for banken, finder landsretten, at det var uforsvarligt at genbevilge valutarammen i december 2009, og som følge heraf også at opretholde valutarammen indtil nedlukningen den 28. juni 2010."*¹⁹⁰

I forlængelse heraf idømte Landsretten den administrerende direktør samt syv bestyrelsesmedlemmer til at betale en erstatning på 225 mio. kr.¹⁹¹.

Henset til domstolenes vurdering af, om der bliver handlet inden for det forretningsmæssige skøn, er der ikke enighed. I forlængelse af ovenstående fandt Byretten modsat Landsretten

¹⁸⁹ Jf. Østre Landsrets dom af 26. juni 2019, 22. afd. nr. B-1390-17 og B-1831-17, s. 294-306

¹⁹⁰ Jf. Østre Landsrets dom af 26. juni 2019, 22. afd. nr. B-1390-17 og B-1831-17, s. 305-306

¹⁹¹ Jf. Østre Landsrets dom af 26. juni 2019, 22. afd. nr. B-1390-17 og B-1831-17, s. 305-306

grundlag for, at bestyrelsen havde handlet forsvarligt, idet de jævnlige havde overvåget udviklingen i de åbentstående valutadispositioner, samt at ledelsen havde truffet sine beslutninger på et velinformeret grundlag, idet ledelsen gjorde brug af eksterne eksperter, der godkendte genbevillingen. Dertil bør det nævnes, at der i dansk retspraksis er en tradition for, at det tillægges vægt, at ledelsen har fulgt med i selskabets forhold¹⁹².

Det kan derfor undres, at Landsretten ikke tillægger det vægt, at ledelsen har overvåget engagementets udvikling samt truffet beslutninger på baggrund af en ekstern vurdering. Søren Bergenser, der er advokat, mener, at ledelsen burde have vidst bedre og udtrykker sig om denne beslutning således:

*“Normalt giver den regel en vid udstrækning af beskyttelse til ledelse. Men det er et relativt ekstremt tilfælde, hvor man er gået for vidt. Det har simpelthen været livsfarligt for banken at tage den beslutning.”*¹⁹³

Ydermere tilslutter Janus W. Høy sig Landsrettens afgørelse på trods for, at han mener, at bedømmelsen er hård:

*“Ledelsen burde have vist, at man i relation til valutarammen var nået et håbsløstidspunkt, hvor der ikke længere var nogen chance for at få pengene hjem igen og at opretholdelsen skete for bankens regning og risiko. Ved ikke at fokusere på at begrænse tabet har ledelsen handlet groft uforsvarligt. I et sådant tilfælde, så gælder den her business judgement rule ikke.”*¹⁹⁴

Det bemærkelsesværdige i denne sag er derfor også, at Byretten ikke fandt grundlag for, at ledelsen havde handlet uagtsomt eller forsætligt, idet dommerne mente, at de havde handlet inden for det forretningsmæssige skøn. Det kan forvirre, at to domstole kan komme frem til to forskellige resultater. Som tidligere nævnt kan det undres, at Landsretten fandt det for en risikabel beslutning at genbevillige valutarammen, når det var et forretningsmæssigt skøn, der var foretaget på baggrund af eksterne eksperters rådgivning. Hertil kan afhandlingens afsnit 4.3 nævnes, hvor der blev gjort rede for, at Business Judgement Rule er udledt på

¹⁹² Jf. Din Jura, august 2017(3), *Hvorfor blev Amagerbankens bestyrelse og direktion blankt frifundet*, s. 11-13

¹⁹³ Jf. Børsen, 26. februar 2019, *Ekspert om dom i sag om Amagerbanken: "Det et relativt ekstremt tilfælde"*

¹⁹⁴ Jf. Børsen, 26. februar 2019, *Ekspert om dom i sag om Amagerbanken: "Det et relativt ekstremt tilfælde"*

baggrund af, at domstolene har anerkendt, at bestyrelsen er bedre end dem til at foretage forretningsmæssige beslutninger. Derfor må det umiddelbart vurderes, at bankbestyrelser i fremtiden vil udvise ekstra forsigtighed, når selv en ekstern ekspertvurdering, som ledelsen har fulgt, ikke er medvirkende til frifindelse.

I relation til ovenstående skal det også nævnes, at efter Byretten havde afsagt dom i Amagerbanken, er Capinordic Bank-dommen i mellemtiden blevet afsagt i Højesteret. Hertil mener Søren Bergenser, at Højesteretsdommen om Capinordic Bank fremover vil danne præcedens, når de øvrige banksager kommer for retten. Han udtaler hertil, at:

”Den indeholder nogle ret væsentlige generelle principper om, hvordan man vurderer en bankledelses ansvar.”¹⁹⁵

Foruden ovenstående ses det ligeledes i Landsretsdommen af Amagerbanken, at der er fundet inspiration i Højesteretsdommen om Capinordic Bank, jf. nedenstående udtalelse i Landsretten:

”Som fastslået af Højesteret i dom af 15. januar 2019 sag 226/2015, Capinordic Bank (UfR 2019.1907), gælder der for ledelsen af en bank samme ansvarsnorm, som i øvrigt gælder for selskabsledelsen i et aktieselskab, dvs. et almindeligt culpaansvar, jf. dagældende aktie- selskabslovs § 140, 1. pkt., og selskabslovens § 361, stk. 1, 1. pkt.

Af Capinordic-dommen følger, at en beslutning om at yde et lån i vidt omfang beror på et forretningsmæssigt skøn navnlig på grundlag af en kreditvurdering af låntager [...].”¹⁹⁶

Forfatterne til denne afhandling tolker herefter ovenstående således, at Landsretten har gjort en skærpelse i det forretningsmæssige skøn kombineret med iagttagelserne fra Capinordic Bank-dommen, og der i øvrigt er tale om to forskellige grundlag for bedømmelse ved hhv. Byretten og Landsretten. Således synes Byrettens præmisser¹⁹⁷ om valutarammen alene at

¹⁹⁵ Jf. Information, 16. januar 2019, *Juraekspert: Med Capinordic-dom står Folketinget og Finanstilsynet magtesløse tilbage*

¹⁹⁶ Jf. Østre Landsrets dom af 26. juni 2019, 22. afd. nr. B-1390-17 og B-1831-17, s. 276-277

¹⁹⁷ Jf. Retten i Lyngby af 12. juni 2017, nr. BS 159-509/2013, s. 1083-1084

ske på baggrund af grundlaget for beslutningen (duty of care) samtidig med, at der fejlagtigt ikke sondres mellem engagementet og valutarammen, hvorimod Landsretten træffer afgørelse på ledelsens skøn og en sondring mellem disse to aktiviteter, idet valutarammen ikke havde en direkte forbindelse til engagementet. Dette må derfor være grunden til, at de to instanser kommer til forskellige resultater.

5.2.6 Medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer

Amagerbanken havde to medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer; John Kim Skaftø og Anne Toxværd¹⁹⁸. Finansiell Stabilitet havde ligeledes lagt sag an mod dem.

John Kim Skaftø indtrådte i bestyrelsen som medarbejdervalgt bestyrelsesmedlem den 1. maj 2005. Anne Toxværd trådte ud af bestyrelsen i år 2005, da John Kim Skaftø trådte ind, men blev valgt ind i bestyrelsen igen i år 2006. Den 22. marts 2010 udløb hendes valgperiode, hvorefter hun ikke blev genvalgt¹⁹⁹.

Som nævnt i afsnit 3.3 samt 4.2 har de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer samme pligter og opgaver som de menige bestyrelsesmedlemmer, hvorfor de i en eventuel retssag som udgangspunkt vil blive bedømt på lige fod med de menige bestyrelsesmedlemmer. I forlængelse hertil udtalte Landsretten:

”Om de to medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer, John Kim Skaftø og Anne Toxværd, bemærkes, at det følger af forarbejderne til bestemmelserne i den dagældende aktieselskabslov og selskabsloven om medarbejderrepræsentation i en bestyrelse, at bestyrelsesmedlemmer, der vælges af arbejdstagerne, har ”nøjagtig samme rettigheder og pligter som ethvert andet bestyrelsesmedlem”. Det kan ikke antages at have krævet en ganske særlig forretningsmæssig indsigt at indse, at genbevillingen af valutarammen var uforsvarlig. Landsretten finder på denne baggrund, at den omstændighed, at John Kim Skaftø og Anne Toxværd var medarbejdervalgte og ikke havde de samme forretningsmæssige forudsætninger som de øvrige medlemmer af bestyrelsen, ikke kan føre til, at de er ansvarsfri.”²⁰⁰

¹⁹⁸ Jf. Retten i Lyngby af 12. juni 2017, nr. BS 159-509/2013, s. 5

¹⁹⁹ Jf. Retten i Lyngby af 12. juni 2017, nr. BS 159-509/2013, s. 403-407

²⁰⁰ Jf. Østre Landsrets dom af 26. juni 2019, 22. afd. nr. B-1390-17 og B-1831-17, s. 306-307

På trods af ovenstående frifandt Landsretten de to medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer. Landsretten frifandt dem for deres ansvar, da de fandt deres uagtsomhed begrænset set i forhold til de menige bestyrelsesmedlemmer. Dette blev besluttet på baggrund af, at Landsretten fandt det vanskeligt for de to medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer at gøre indsigelse mod genbevillingen af valutarammen over for den resterende bestyrelse, som var enige i, at valutarammen skulle genbevilliges. Hertil anførte Landsretten følgende:

”På bestyrelsesmødet den 6. januar 2010, hvor Henrik Håkonsson tiltrådte genbevillingen, stod det klart, at alle øvrige bestyrelsesmedlemmer var enige om at genbevilde valutarammen. I det efterfølgende forløb var alle øvrige bestyrelsesmedlemmer ligeledes enige om at følge indstillingen fra bankens kreditkomité og administrerende direktør om, at der, uanset det stedse stigende tab på valutapositionerne, ikke var grundlag for at bringe valutarammen til ophør. Under disse omstændigheder må det ligeledes anses for at have været vanskeligere for John Kim Skafte og Anne Toxværd end for de ordinære bestyrelsesmedlemmer at meddele, at de ønskede valutarammen lukket.”²⁰¹

Desuden fandt landsretten, at et erstatningsansvar ville være urimeligt tyngende overfor medarbejderne. Hertil udtrykte Landsretten sig således:

”Når henses hertil og efter en samlet vurdering i øvrigt af John Kim Skafte og Anne Toxværds forhold, FS Finans’ interesse i at opnå dom over de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer, samt omstændighederne i øvrigt, finder landsretten, at John Kim Skafte og Anne Toxværds erstatningsansvar skal bortfalde som urimeligt tyngende, jf. erstatningsansvarslovens § 24, stk. 1.”²⁰²

Ovenforstående frifindelse skyldtes desuden, at medarbejderne havde en begrænset indtjening samt en begrænset formue, hvorfor størrelsesordenen af erstatningskravet ville være urimeligt i forhold til graden af den udviste uagtsomhed.²⁰³

²⁰¹ Jf. Østre Landsrets dom af 26. juni 2019, 22. afd. nr. B-1390-17 og B-1831-17, s. 319

²⁰² Jf. Østre Landsrets dom af 26. juni 2019, 22. afd. nr. B-1390-17 og B-1831-17, s. 319

²⁰³ Jf. Østre Landsrets dom af 26. juni 2019, 22. afd. nr. B-1390-17 og B-1831-17, s. 319

Det er mærkværdigt, at Landsretten holder hånden over de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer modsat de menige medlemmer, da dette strider imod princippet om, at ansvarsvurderingen som udgangspunkt skal være ens uanset hvilket bestyrelsesmedlem, der er tale om. Landsrettens begrundelse statuerer, at de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer er underlagt instruktionsbeføjelser, hvilket bestyrelsesmedlemmer netop ikke er, idet hvervet er personligt.

Problematikken opstår dog imidlertid i relation til ovenstående, når de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer ikke bliver hørt, og i et omfang taler den øvrige bestyrelse efter munden. Selvom den nuværende lov aldrig giver medarbejderrepræsentanterne et flertal, idet disse maksimalt udgør en tredjedel af bestyrelsen, kan det alligevel undre, hvorvidt det har været hensigten fra den lovgivende magt, at de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer så let kan overrumples. Dette bør samtidig holdes i kontrast til de fortsat bedre vilkår for indflydelse, som medarbejderrepræsentationen har fået igennem tiden, jf. afsnit 2.2.

5.2.7 Afrunding

Ligesom i analysen af Capinordic Bank-dommen kan det konkluderes i nærværende Landsretssag om Amagerbanken, at der ikke foreligger ændringer af culpanomen for ledelsesansvar i de finansielle virksomheder. Det kan derfor fastslås, at der gælder samme ansvarsnorm som i de ikke-finansielle virksomheder, hvorfor den tidligere konklusion henset til Capinordic Bank i afsnit 5.1.8 stadig holder ved.

Det kan endvidere konkluderes, at principperne for Business Judgement Rule også her finder anvendelse, hvorfor denne betragtning ikke alene var begrænset til Capinordic Bank-dommen. Ligeledes kan det konkluderes, at der ses en begrænsning af Business Judgement Rule henset til Østerfælled-ejendommen, idet det ledelsesmæssige skøn bliver tilsidesat.

Henset til medarbejderrepræsentationen kan det konkluderes, at begrundelsen for, hvorfor de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer i Amagerbanken blev frifundet, skaber en forbavelse, da Landsrettens dom er med til at underminere de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmers indflydelse i bestyrelserne.

Dommen er i øvrigt afsagt uden dissens.

5.3 Roskilde Bank A/S (Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10)

5.3.1 Bankens historie – med særligt henblik på årene 2005-2008

Historien om Roskilde Bank startede allerede tilbage til før 1900-tallet, da banken blev stiftet²⁰⁴. I årenes løb voksede banken sig større, hvilket både skete gennem organisk vækst samt opkøb, hvor købet af Ringsted Sparekasse i april 1996 for kontant 150 mio. kr. var det mest nævneværdige²⁰⁵, men det interessante set i forhold til bankens konkurs skete dog først i år 1978, da den daværende bankdirektør Niels Valentin Hansen blev ansat²⁰⁶.

Selvom alt på overfladen åndende fryd og fromme, hvor banken fire år i træk (1997-2000) blev kåret til Danmarks bedste bank²⁰⁷, og banken i øvrigt var vokset sig til at være blandt de 10 største nationale pengeinstitutter²⁰⁸, skulle det vise sig at blive en af Danmarkshistoriens største banksager, da yderst risikable udlån til spekulanter indenfor ejendomsbranchen kombineret med boligboblen slog bunden ud af pengekasen, hvorefter banken gik konkurs.

Mange mener fortsat, at Roskilde Bank var frontløberen til finanskrisen i Danmark, men forinden var Bank Trelleborg A/S nær en konkurs, hvor Sydbank A/S dog gennem et opkøb på 250 mio. kr. kom banken til undsætning²⁰⁹. Derfor blev Bank Trelleborg A/S aldrig anset som den første bank, der knækkede halsen som følge af boligboblen, der herefter var en medvirkende faktor til finanskrisen.

Allerede tilbage i år 2005 foretog Finanstilsynet deres første gennemgang af Roskilde Bank. Her blev det af nævneværdige punkter blandt andet påpeget, at a) referaterne fra bestyrelsesmøderne var kortfattede samt ikke var udtømmende for så vidt angår markedsrisikoområdet og bankens bevillinger, b) banken var meget højt eksponeret i ejendomsbranchen og havde i øvrigt en udlånsvækst, der lå mærkbart over gennemsnittet for øvrige banker, samt c) banken ikke fuldstændig fulgte lovgivningens krav om solvensbehov²¹⁰.

²⁰⁴ Der henvises til bilag 1 for registreringsoplysninger

²⁰⁵ Jf. Ritzaus Bureau, 24. april 1996, *Roskilde Bank køber Ringsted Sparekasse*

²⁰⁶ Jf. Børsen, 30. april 2012, *Fakta: Sådan krakkede Roskilde Bank*

²⁰⁷ Jf. Danmarks Radio, 17. november 2015, *Forstå sagen om Roskilde Bank*

²⁰⁸ Jf. TV2, 28. januar 2013, *Se alle de krakkede danske banker*

²⁰⁹ Jf. TV2, 28. januar 2013, *Se alle de krakkede danske banker*

²¹⁰ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 82-83

I år 2006 modtog banken på lige fod med landets øvrige pengeinstitutter et brev fra Finanstilsynet om, at en mulig boble i boligpriserne på fast ejendom var under opsejling, hvorfor der skulle udvises omhu herved samt et øget fokus på solvensbehovet²¹¹. Desuden påpegede Finanstilsynet på ny, at bankens solvensbehov ikke var opfyldt, hvilket også interne dokumenter fra banken har påvist, idet den kraftige udlånsvækst har været diskuteret. Som følge heraf optog banken ved årets udgang ansvarlig lånekapital for 80 mio. euro, som skulle understøtte solvensgraden²¹². Det bemærkes i forlængelse heraf, at Finanstilsynet i november havde redegjort for, at bankens udlånsvækst det seneste år var steget med 59% mod gennemsnittet for de øvrige pengeinstitutter på 23%, hvortil Finanstilsynet understregede sammenhængen mellem dårlig bonitet i lånene og en høj udlånsvækst²¹³.

I år 2007 takkede direktør Niels Valentin Hansen af efter 28 år i rollen hos Roskilde Bank, idet en pensionisttilværelse var i vente, og Søren Kaare-Andersen blev herefter indsat på posten²¹⁴. Bankens solvensbehov var fortsat i højsædet hos Finanstilsynet, der atter slog ned på den høje udlånsvækst og den manglede diversifikation i udlånene, der primært kunne henføres til ejendomsmarkedet. Således konkluderede Finanstilsynet følgende:

*”Tilsynets konklusion om bankens solvensbehov var i høj grad baseret på tilsynets gennemgang af bankens store engagementer, hvor bankens kreditstyring var behæftet med væsentlige mangler. Endvidere var der taget hensyn til, at bankens udlånsvækst var høj, at banken havde mange, meget store engagementer i forhold til bankens størrelse, og at en væsentlig del af bankens engagementer var koncentreret inden for ejendomsbranchen. Af væsentlige mangler ved bankens kreditstyring pegede tilsynet på, at antallet af presserende bevillinger, der først efterfølgende blev forelagt bestyrelsen, var meget høj (28 ud af 32), at indstillingerne ikke indeholdt en egentlig risikovurdering, at der ikke var udarbejdet risikovurderinger på brancheniveau, at der ikke var fastlagt engagementsmaksimum for debitorer med høj risikoprofil, og at der manglede ressourcer på kreditområdet til en dybere regnskabsmæssig vurdering af debitorernes regnskabsmæssige oplysninger. Disse forhold fandt tilsynet usædvanlige i et pengeinstitut af bankens størrelse.”*²¹⁵

²¹¹ Jf. Finanstilsynet, Redegørelse for Finanstilsynets tilsyn med Roskilde Bank i henhold til § 352 a i lov om finansiel virksomhed (2009), s. 9

²¹² Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 92-96

²¹³ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 97-98

²¹⁴ Jf. Børsen, 30. april 2012, *Fakta: Sådan krakkede Roskilde Bank*

²¹⁵ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 101

Banken udvidede herefter aktiekapitalen med 341 mio. kr. gennem en aktieemission²¹⁶. Det bemærkelsesværdige var dog, at der ved køb af aktierne, som var ”*En af Danmarks bedste bankaktier*”, kunne ske finansiering gennem banken, således at der var mulighed for at geare investeringen²¹⁷. Dette var senere hen bemærket i behandlingen af sagen, fordi disse lån imidlertid blev givet uden yderligere iagttagelse af låntagers økonomi.

Afslutningsvist blev det i samme år bemærket, at direktionen fandt det af relevans at orientere bestyrelsen om, at solvensen nu udgjorde et passende niveau henset til forskrifterne fra Finanstilsynet, men sammensætningen heraf udgjorde en trussel for kredit-ratingen hos bureauet Moody's, idet kernekapitalsolvensen var i den lave ende²¹⁸. Det fremgår dog ikke af dommen, hvordan bestyrelsen handlede på dette.

I år 2008 begyndte jorden for alvor at brænde under banken. I marts måned forsøgte banken at sælge for 2 mia. kr. af sin udlånsportefølje, hvilket ikke lykkedes²¹⁹. I juli gennemgik FIH Erhvervsbank i forbindelse med en eventuel overtagelse af banken de 59 låneengagementer, der oversteg 5% af den samlede basiskapital svarende til 40% af garanti- og udlånsbalancen eller 17,7 mia. kr. Det blev i en rapport herefter konkluderet, at der skulle ske yderligere nedskrivninger for rundt regnet 1 mia. kr. svarende til en femtedel af basiskapitalen²²⁰.

Herefter fik ledelsen en likviditetsgaranti af Nationalbanken, hvorefter en salgsproces af banken skulle iværksættes. Bankens forretningsområder blev inddelt i sunde (grøn) og usunde (rød) områder, hvilket skulle overskueliggøre et eventuelt opkøb. Nordea var en af aktørerne, som foretog due diligence af banken, men konklusionen var, at det ikke fandtes anbefalingsværdigt at købe hverken den grønne eller røde del af forretningen²²¹.

Den 6. oktober 2008 gik Roskilde Bank i betalingsstandsning, og efter egenbegæring blev banken erklæret konkurs den 3. marts 2009²²². En af Danmarks større banker var således bukket under, og med dette stævnede Finansiell Stabilitet i år 2010 den tidligere bestyrelse,

²¹⁶ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 104

²¹⁷ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 105-106

²¹⁸ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 117-118

²¹⁹ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 128

²²⁰ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 133-134

²²¹ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 136-137

²²² Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 144

direktion og revisor med det hidtil største krav om erstatning i de verserende banksager efter finanskrisen med et krav på svimlende én mia. kr.²²³.

Ligesom Capinordic Bank dommen startede Roskilde Bank-sagen ligeledes i Landsretten, jf. RPL § 226, idet sagen var principiel.

Det bemærkes i forbindelse med ovenstående, at Bagmandspolitiet den 30. april 2012 opgav at føre straffesager mod den tidligere ledelse og revisor, men af hensyn til afhandlingens afgrænsning omtales dette ikke yderligere her²²⁴.

5.3.2 Finansiell Stabilitets anbringender

Finansiell Stabilitet gjorde indledningsvist gældende med dertilhørende begrundelse, at bestyrelsen i Roskilde Bank:

”[...] er erstatningsansvarlige efter dagældende aktieselskabslovs § 140 og almindelige erstatningsretlige regler som følge af pligtforsømmelser i årene 2005-2007 i forhold til deres individuelle deltagelse den overordnede ledelse og daglige drift af Roskilde Bank, jf. den dagældende aktieselskabslovs §§ 54 og 56 og lov om finansiell virksomhed § 70 og 71. [...] Bestyrelsen undlod at fastlægge og håndhæve en strategi og undlod at fastlægge og håndhæve en kreditpolitik for banken, ligesom bestyrelsen undlod at sikre, at banken havde en velfungerende kreditorganisation og et forsvarligt beslutningsgrundlag for kreditgivningen. Bestyrelsen havde i øvrigt ikke tilstrækkeligt grundlag til at udøve et forretningsmæssigt skøn, herunder særligt vedrørende kreditområdet. Samtlige kreditbevillinger på de ti enkelte engagementer blev meddelt i fælles forståelse med direktionen, og ydelsen af de enkelte bevillinger og opretholdelsen af kreditterne var tillige isoleret set uforsvarlige. Hertil kommer, at bestyrelsen i øvrigt undlod at føre tilstrækkeligt tilsyn med direktionen og herunder undlod at gribe ind over for direktionens ansvarspådragende handlinger og undladelser.”²²⁵

²²³ Jf. Børsen, 30. april 2012, *Fakta: Sådan krakkede Roskilde Bank*

²²⁴ Jf. Børsen, 30. april 2012, *Fakta: Sådan krakkede Roskilde Bank*

²²⁵ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 306

Som det fremgår af ovenstående, ønskede Finansiell Stabilitet at pålægge et ansvar for strategien²²⁶. Det særlige var her, at Finansiell Stabilitet skelnede mellem en manglende strategi og en uforsvarlig strategi, hvortil anbringendet gik på, at bestyrelsen havde ladet sig affinde med en opportunistisk kreditstrategi, som var drevet af direktionen.

Kreditområdet blev yderligere benævnt, idet Finansiell Stabilitet mente for så vidt angik det udøvede forretningsmæssige skøn, at den daværende bestyrelse ikke havde et tilstrækkeligt grundlag hertil. Hvis der genkaldes til afhandlingens afsnit 4.3, må det således betyde, at ledelsen ikke havde varetaget sin duty of care.

Endvidere blev særligt 10 låneengagementer påpeget som værende uforsvarlige²²⁷ samtidig med, at der ikke var ført tilstrækkeligt tilsyn med direktionen for så vidt angik bankens kapitalberedskab og de risici, der var et resultat af den store udlånsvækst²²⁸. Finansiell Stabilitet havde derfor anfægtet breddet, idet både tilsyn, økonomi (lånedispositionerne) og bankens organisation i øvrigt var blevet påpeget. Med andre ord forsøger Finansiell Stabilitet at gøre et generelt ansvar gældende for bankens sammenbrud ligesom tilfældet i Capinordic Bank-dommen, da denne var i Landsretten, hvilket ligeledes kommer til udtryk på dommens side 72, hvor der bliver redegjort for de helt basale forhold, herunder store låneengagementer, satsning på fast ejendom og risikofyldt vækststrategi, som førte til bankens konkurs.

Desuden nævnes de udstedte lån til køb af bankens aktier som særlig ansvarspådragende henset til den manglende kreditvurdering og den strategiske baggrund i øvrigt²²⁹.

Ligeledes påpegede Finansiell Stabilitet de ydede kreditter til konkrete kunder, hvortil manglende opfølgning på bl.a. afvikling af udlånsdispositionen var relevant. Det ansvarspådragende skulle findes i håndteringen og tilrettelæggelsen heraf foruden:

”[...] en for lav eller ekstraordinær lav overdækning på likviditet og solvens, et usædvanligt indlånsunderskud, en aggressiv og ikke kreditmæssigt forsvarlig praksis ved frasalg af beholdninger af egne aktier og lånefinansiering heraf samt

²²⁶ Der er her tale om bankens vækststrategi

²²⁷ Anbringender herfor findes på dommens s. 314ff

²²⁸ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 307

²²⁹ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 308

forsømmelser i øvrigt med overholdelse af lovgivningen og god administrativ praksis.”²³⁰

Ifølge Finansiell Stabilitet understøttes ovenstående af en klar negligerig fra bestyrelsen af de af Finanstilsynets modtagne påbud²³¹.

Afslutningsvist anfægtede Finansiell Stabilitet en skærpet ansvarsbedømmelse, hvilket måtte bero på de strikse krav, der er opstillet i FIL, samt de professionskrav, der er gældende for hvervet²³².

Nedenfor gennemgås de præmisser, som har relevans for Finansiell Stabilitets anliggender.

5.3.3 Ansvarsnorm

Indledningsvist har Landsretten taget stilling til, hvorvidt der gælder et udvidet erstatningsansvar. Landsretten udtrykte sig således:

”Aktieselskabslovens § 140, der med mindre sproglige justeringer er videreført i selskabslovens § 361, stk. 1, bygger på et almindeligt culpaansvar. Der er hverken i bestemmelsens ordlyd, lovgivningen i øvrigt, teori eller praksis grundlag for at fastslå, at der gælder et skærpet ansvar for direktion og bestyrelse i en bank, herunder i form af et særligt professionsansvar. Ansvaret for det enkelte ledelsesmedlem må imidlertid på sædvanlig vis vurderes i lys af den særlige indsigt, den pågældende eventuelt måtte have.”²³³

Landsretten slog dermed fast, at der ikke gjaldt et skærpet ansvar, hvilket Højesteret senere hen ligeledes stadfæstede i Capinordic Bank-sagen. Henset til Finansiell Stabilitets anliggender er der derfor ikke tale om et professionsansvar, hvor direktionen og bestyrelsen er professionelle, når der tales i erstatningsretlig forstand. Derfor tåles individuelle undskyldningsgrunde²³⁴.

²³⁰ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 308

²³¹ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 309

²³² Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 307

²³³ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 443

²³⁴ Jf. Din Jura, februar 2018(1), *Hvorfor blev ledelse og revisorer i Roskilde Bank frifundet? trods nogle fejl hos ledelsen?*

Landsretten fortsatte i forlængelse af ovenstående ansvarsnorm med at redegøre for, i hvilken periode et medlem af hhv. direktion eller bestyrelse kan ifalde ansvar:

”En direktør eller et bestyrelsesmedlem kan ikke ifalde ansvar for beslutninger, som er truffet før den pågældendes tiltræden eller indtræden, eller efter at den pågældendes virke er ophørt. Ansvar kan imidlertid pålægges for beslutninger, hvor konsekvenserne indtræder efter den pågældendes fratræden, ligesom der kan pålægges ansvar for ikke at afværge konsekvenser af beslutninger truffet af andre.”²³⁵

Denne præmis har særlig betydning for den daværende direktør Niels Valentin Hansen samt bestyrelsesmedlem Asger Ib Mardahl-Hansen, der indtrådte i bestyrelsen i år 2006.

5.3.4 Medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer

I Landsretten havde Finansiell Stabilitet også anlagt sag mod en medarbejderrepræsentant i bestyrelsen, Ove Flemming Holm (leder af filialen i Ringsted, herunder Team Ringsted). Medarbejderen sad i bestyrelsen i den periode, hvor Finansiell Stabilitet havde gjort gældende, at der forelå erstatningsansvar²³⁶, og desuden var medarbejderen leder af det team, som havde ansvaret for et af de engagementer (Juul Hansen-koncernen), som Finansiell Stabilitet havde anført som kritisabel. Derfor var et ansvar gjort gældende hos medarbejderen.

Landsretten slog indledningsvist fast i forlængelse af ovenstående ansvarsnorm, at:

”Der sondres ikke mellem bestyrelsesmedlemmer, som er generalforsamlingsvalgte eller medarbejdervalgte.”²³⁷

Dette er fuldt ud i overensstemmelse med afhandlingens afsnit 3.2, hvorpå der her ligeledes redegøres for, at der som udgangspunkt ikke bør ske en distinktion mellem de menige medlemmer og de medarbejdervalgte medlemmer.

²³⁵ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 443-444

²³⁶ Ove Flemming Holm sad i bestyrelsen i perioden fra 26. februar 2003 til 6. oktober 2008, hvor banken gik i betalingsstandsning, jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 13

²³⁷ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 444

Videre fremgår det af dommen, hvorpå udlånsdispositionen hos Juul Hansen-koncernen bliver behandlet, at ledelsen kan frifindes ud fra en stærk anvendelse af principperne for Business Judgement Rule, og der ikke umiddelbart forelå en handlepligt på dette engagement²³⁸.

Hertil bemærkes det af Landsrettens samlede dom, at både bestyrelse og ledelse blev frifundet, hvilket omtales yderligere i de følgende afsnit.

Sagen er dog anket til Højesteret, og det er alene revisionen samt den forhenværende underdirektør Allan H. Christensen, som ikke er at finde i ankesagen²³⁹. Derfor er Ove Flemming Holm på nuværende tidspunkt alene frifundet, indtil sagen vil blive afgjort for Højesteret. Der kan derfor ikke konkluderes yderligere end det faktum, at der ikke skelnes mellem bestyrelsesmedlemmerne.

5.3.5 Vækststrategi – et delelement i sammenbruddet

Et af Finansiell Stabilitets anbringender var den såkaldte strategi i banken. Hertil udtalte Landsretten indledningsvist i behandlingen heraf, at en ledelse ikke umiddelbart kan ifalde ansvar for den valgte strategi, men omvendt må den medførte risiko ved netop en vækststrategi kræve iagttagelse, således at et ansvar udløses, hvis f.eks. ledelsen ikke har indarbejdet foranstaltninger til at reagere i tide, såfremt økonomien, herunder solvensen, bliver dårlig som følge af strategien, jf.

”Det er ikke i sig selv uforsvarligt at drive et pengeinstitut efter en vækststrategi. Afgørende for vurderingen af, om en vækststrategi er uforsvarlig, er om der ved driften af banken, herunder navnlig kreditgivningen, i tilstrækkelig grad tages højde for den forøgede risiko, som er forbundet med en sådan strategi.”²⁴⁰

Omvendt antydede Landsretten i forhold til Finansiell Stabilitets sondring mellem en uforsvarlig strategi og en manglende strategi, at der ved sidstnævnte scenarie kunne udløses et ansvar, hvilket også måtte gælde i de tilfælde, hvor strategien faktisk var udarbejdet af direktionen. Landsretten fandt dog ikke fundament til at antage, at bestyrelsen manglede en

²³⁸ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 515

²³⁹ Jf. Berlingske, 4. december 2017, *Spektakulært retsopgør fortsætter: Roskilde Bank-direktører skal igen for retten*

²⁴⁰ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 446

strategi, eller at direktionen havde forestået denne, ligesom at der heller ikke var grundlag til at dømme bestyrelsen for passivitet i denne sammenhæng²⁴¹.

Landsretten kom desuden frem til, at bestyrelsen var fuldt orienteret om finansieringen til at skaffe banken vækst, således at det ikke alene var direktionen, der havde forestået dette. I den forbindelse blev det anført, at selvom bestyrelsens egentlige arbejde i kapitalfremskaffelsen ikke kunne redegøres nøjagtigt, var der for Landsretten ikke grundlag til at antage, at bestyrelsen ikke havde været tilstrækkeligt engageret i denne funding til banken²⁴².

Det afgørende spørgsmål var således herefter, hvorvidt bestyrelsen tilstrækkeligt havde sørget for at undgå det tab, som den forøgede risiko ved vækststrategien medførte.

Landsretten udtalte her:

”[...] En ledelse skal imidlertid altid sikre sig, at organisationen er i stand til at håndtere den valgte strategi, herunder risikoen forbundet hermed. Afgørende bliver derfor, om bankens ledelse indrettede organisationen på at kunne håndtere den forøgede risiko som var forbundet med den valgte vækststrategi. Landsretten finder ikke, at bevisførelsen giver grundlag for at fastslå, at bankens politikker og retningslinjer i denne henseende har været utilstrækkelige, eller at der er grundlag for at fastslå, at banken skulle have udformet disse på en anden måde for at imødegå de risici, der følger af den valgte strategi. [...] Bevisførelsen giver således ikke landsretten et sikkert grundlag for at fastslå, at ledelsens direktiver ikke blev efterlevet. Landsretten har herefter ikke grundlag for at fastslå, at de sagsøgte bestyrelses- eller direktionsmedlemmer har udvist uagtsomhed i forbindelse med den fulgte vækststrategi og derved påført Roskilde Bank et tab. Landsretten finder således ikke grundlag for at antage, at ledelsens strategi om vækst i sig selv var uforsvarlig [...]”²⁴³

Det tilkendegives altså, at der var strategier og politikker i banken, men som følge af manglende bevisførelse, kunne det ikke vurderes, hvorvidt disse var efterlevet. Andetsteds i

²⁴¹ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 448-449

²⁴² Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 449

²⁴³ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 453-454

dommen vurderede Landsretten, at særligt på kreditområdet var der grundlag til at antage, at politikker og retningslinjer ikke blev iagttaget af direktionen, jf. næste afsnit, hvorfor der var tale om en uforsvarlig organisation. Selvom det derfor taler for, at den manglende organisering med henblik på den forøgede risiko ved den valgte vækststrategi var uforsvarlig, fandt Landsretten ikke dette bevist set i forhold til ovenstående, hvor alene ansvaret for bankens vækststrategi blev behandlet²⁴⁴.

Afslutningsvist findes det nærliggende at påpege, at Landsretten intet nævner om Business Judgement Rule i denne sammenhæng. Ved gennemlæsning af Landsrettens vurdering af vækststrategien synes der at være en vis tilbageholdenhed ved en mere konkret vurdering af, hvorvidt der er tale om et ansvarsgrundlag²⁴⁵. Det kan umiddelbart skabe undren, når retten ellers flittigt har anvendt princippet herfor i andre sammenhænge, herunder låneengagementerne, jf. senere afsnit.

5.3.6 Organisation – et delelement i sammenbruddet

I perioden 2005-2008 gjorde Finansiell Stabilitet gældende, at kreditorganisationen var mangelfuld. Landsretten udtalte hertil:

*”Det er ikke ved syn og skøn, sagkyndige erklæringer eller udtalelser fra brancheorganisationer søgt belyst, hvilke krav der generelt kan stilles til et forsvarligt grundlag for kreditgivning i en bank, herunder bankens kreditorganisation [...]”*²⁴⁶

Landsrettens udtalelse udviser umiddelbar en kritik af Finansiell Stabilitet, der ikke har redegjort for, hvordan bankens organisation skulle være opbygget. En yderligere kritik kan også findes i den dobbeltrolle, som underdirektøren udviste i hhv. Team Kredit og Team Erhverv (manglende funktionsadskillelse efter FIL § 71), hvor Finansiell Stabilitet heller ikke havde belyst, hvorledes sådan et personsammenfald var normalt, hvorfor Landsretten konkluderede, at dette ikke havde haft en betydning for kreditgivningen²⁴⁷, hvilket i øvrigt nok skal tolkes som en årsagsforbindelsesbetragtning.

²⁴⁴ Jf. Janus W. Høy, Bestyrelsens ansvar – med særlig fokus på finansielle virksomheder (2020), s. 592

²⁴⁵ Jf. Karsten E. Sørensen, U.2019B.299 (Karnov), s. 301

²⁴⁶ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 454

²⁴⁷ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 456-457

Det mærkværdige er imidlertid, at Finansiell Stabilitet faktisk havde anført, at kreditafdelingen spillede en marginal rolle i långivningen, hvilket Landsretten også var enig i, men herefter ville Landsretten alligevel ikke pålægge et ansvar, idet der alene skulle kigges på de konkrete forhold²⁴⁸, hvilket Finansiell Stabilitet, jf. ovenstående, altså ikke havde belyst ved syn og skøn.

Landsretten slog videre fast, at ressourcesituationen i kreditafdelingen ikke har haft betydning for kreditgivningen i banken²⁴⁹ lige så vel som, at de manglende efterlevede tiltag fra Finansiell Stabilitet heller ikke medførte et ansvar, idet der lægges vægt på, at banken i al væsentlighed havde besvaret henvendelserne, herunder fremsendt relevant dokumentation²⁵⁰.

Tilbage står nu kun spørgsmålet om retningslinjerne for udlån og procedurer, som Finansiell Stabilitet ikke mente var til stede. Landsretten slog fast, at disse var til stede²⁵¹, hvorfor næste skridt var at vurdere, om disse herefter var efterlevet, hvortil retten udtrykte:

”Der er efter bevisførelsen ikke grundlag for at antage, at bankens kreditpolitik og forretningsgange mv. konsekvent er blevet tilsidesat.

Bevisførelsen har imidlertid efter landsrettens opfattelse afdækket, at der i et ikke ubetydeligt omfang har været tale om mangler ved forretningsgange og procedurer, og at eksisterende forretningsgange og procedurer i en række situationer ikke er blevet efterlevet. Det kan imidlertid ikke i sig selv anses for ansvarspådragende, at bankens kreditpolitik er blevet fraveget. Afgørende er således, om en sådan fravigelse konkret må anses for saglig og velbegrundet. Heller ikke overtrædelse af bankens forretningsgange og procedurer for udlån indebærer i sig selv, at der er udvist et forhold, der kan danne grundlag for at pålægge bankens direktion og bestyrelse et erstatningsansvar på dette generelle grundlag [...].”²⁵²

På den ene side siger Landsretten, at retningslinjerne ikke er efterlevet, men at en afvigelse fra kreditpolitikken ikke i sig selv er ansvarspådragende, hvorfor det må bero på en konkret

²⁴⁸ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 455

²⁴⁹ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 457-461

²⁵⁰ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 466

²⁵¹ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 462

²⁵² Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 463

vurdering i de enkelte tilfælde af overtrædelser, hvilket er i overensstemmelse med Capinordic-dommen og den udtrykte forsvarlighedsvurdering (omtalt i afsnit 5.1.5).

På den anden side siger retten i forhold til udlån, at der heller ikke her er et umiddelbar grundlag til at pålægge ansvar til trods for bankens afvigelse af kreditpolitikken, hvilket må ses i sammenhæng med de høje beviskrav, der gør sig gældende for at pålægge ledelsen ansvar for bankens sammenbrud²⁵³.

Bankens organisation blev på baggrund af ovenstående derfor heller ikke vurderet til at være ansvarspådragende.

5.3.7 Økonomi – et delelement i sammenbruddet

Finansiell Stabilitet havde også gjort et manglende tilsyn med bankens økonomi gældende som følge af den høje vækst, der både udfordrede de forretningsmæssige risici og kapitalberedskabet. Landsretten konkluderede indledningsvist:

*”Et indlånsunderskud kan ikke anses for usædvanligt i en erhvervsrettet bank, men det stiller særlige krav blandt andet til bankens kapitalberedskab.”*²⁵⁴

Herefter fortsatte Landsretten med at udtale sig om pligten til en højere solvens, herunder Finanstilsynets manglende iagttagelser heraf:

”Landsretten finder på den baggrund og efter oplysningerne om forløbet omkring korrespondancen med Finanstilsynet ikke grundlag for at antage, at bankens ledelse har udvist ansvarspådragende adfærd ved ikke tidligere at have fastsat et højere solvensbehov eller ved i november 2006 at fastsætte solvensbehovet til 10,75 %. Det kan ikke føre til et andet resultat, at det i en advokatundersøgelse afgivet 3. marts 2011 vedrørende blandt andet Finanstilsynets rolle i forbindelse med tilsynet med Roskilde Bank i perioden fra 2005 til sommeren 2008 er konkluderet, at Finanstilsynet som myndighed i sin samlede sagsbehandling og

²⁵³ Jf. Janus W. Høy, Bestyrelsens ansvar – med særlig fokus på finansielle virksomheder (2020), s. 596-597

²⁵⁴ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 466

håndtering i øvrigt af opgørelsen af bankens individuelle solvensbehov i 2007 og 2008 begik væsentlige fejl og forsømmelser.”²⁵⁵

Ovenstående er interessant, fordi Landsretten her tilkendegav, at efter tilsynets godkendelse, og dette til trods for fejl, kunne ledelsen friholdes for ansvar. Det bemærkes dog af Capinordicdommen, at der alligevel er en grænse for, hvor betydningsfuldt dette kan være²⁵⁶.

Foruden Landsrettens stillingtagen til FIL § 75 vedrørende underretningspligt om bankens fortsatte drift til Finanstilsynet i år 2006, hvor Finansiell Stabilitets anbringende blev underkendt, findes det endvidere interessant at behandle spørgsmålet om salg af egne aktier, idet der overfor Landsretten blev gjort gældende, at solvensen var kunstig høj. Landsretten anførte hertil, at der efter dagældende lovramme ikke var tale om ansvarspådragende adfærd²⁵⁷.

Det relevante blev derfor i denne sammenhæng, hvorvidt det var ansvarspådragende, at der blev udstedt lån til køb af bankens aktier uden, at der blev foretaget en kreditvurdering af kunden. Landsretten udtalte sig således:

”På denne baggrund lægger landsretten til grund, at de lån, der i vinteren/foråret 2006-2007 blev ydet til bankens erhvervskunder til køb af aktier i Roskilde Bank, blev ydet uden en umiddelbart forudgående kreditvurdering. Det må videre lægges til grund, at aktiesalgene var affødt af Finanstilsynets krav om et forhøjet solvensbehov, og at aktielånene blev ydet på bankens initiativ via den pågældende bankrådgiver, efter at direktionen havde truffet beslutning herom. Det lægges endvidere til grund, at aktielånene blev behandlet revisionsmæssigt anderledes end bankens øvrige lån, idet den interne revision ikke foretog en bonitetsrevision. Baggrunden for denne beslutning er ikke belyst under sagen.”²⁵⁸

Af ovenstående og med reference til afhandlingens afsnit 4.3 kan det derfor udledes, at ledelsen havde tilsidesat duty of care ved at foretage disse bevillinger. Landsretten anførte da også, at denne ageren var uforsvarlig²⁵⁹. Alligevel blev ledelsen ikke dømt herfor, fordi

²⁵⁵ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 468

²⁵⁶ Jf. Janus W. Høj, Bestyrelsens ansvar – med særlig fokus på finansielle virksomheder (2020), s. 599

²⁵⁷ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 469

²⁵⁸ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 470

²⁵⁹ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 470

Finansiell Stabilitet hverken havde godtgjort, at der faktisk var handlet ansvarspådragende eller opgjort et konkret tab for dette²⁶⁰.

Afslutningsvist skal det her understreges, at afhandlingen ikke yderligere beskæftiger sig med bankens salg af aktier. Dette gælder både for den formentlig svigtende rådgivning, der er sket overfor bankens kunder ved køb af aktierne, og det gælder endvidere også for spørgsmålet om en eventuel overtrædelse af FIL § 46 vedrørende lånefinansiering af hybrid kernekapital. Hertil henvises der for yderligere information til professor Michael Camphausens artikel i Bankret nr. 5 (2009), *Ny regulering af pengeinstitutternes salg af egne aktier - er bankkunderne bedre stillet nu?*

5.3.8 Udlån – et delelement i sammenbruddet

Under nærværende delelement blev en række forhold gjort gældende, som i øvrigt understreges at stå uafhængigt af de anbringender, der vedrørte organisationen. Af særlig relevans er dels risikospredningen på bankens udlån samt bankens anvendelse af presserende bevillinger.

Landsretten tog stilling til spørgsmålet om, hvorvidt det var ansvarspådragende, at der ikke var den nødvendige risikospredning på det udstedte lån, der primært var henvendt til markedet for fast ejendom. Hertil svarede Landsretten, at der af FIL ikke var grundlag til at tolke et risikospredningselement i loven, og der desuden ikke fandtes en brancheafgrænsning. Endvidere lagde retten vægt på, at Finanstilsynet var bekendt med disse forhold i banken, hvorfor ledelsen ikke blev idømt ansvar herfor²⁶¹.

De presserende bevillinger blev indledt med samme konstatering om Finanstilsynets kendskab hertil, hvortil retten slog fast, at dette skulle indgå som et element i ansvarsbedømmelsen. Herefter gik spørgsmålet på, hvorvidt det havde betydning, at bestyrelsen havde godkendt de bevillinger, der i første omgang var presserende. Indledningsvist tog retten stilling til en almindelig årsagssammenhæng, hvortil retten ikke fandt, at der var sammenhæng mellem den presserende bevilling og det mulige lidte tab, idet retten udtrykte, at det fremlagte materiale til bestyrelsen, herunder mundtlig gennemgang af

²⁶⁰ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 471 samt Danmarks Radio, 7. november 2017, *Roskilde Banks ledelse frikendt for ansvar ved bankkrak*

²⁶¹ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 483

disse bevillinger fra underdirektøren, var tilstrækkeligt²⁶². Sagt med andre ord var bestyrelsens beslutning forsvarlig, og de handlede på et oplyst grundlag, hvorfor duty of care var iagttaget på disse bevillinger.

Den generelle anvendelse af disse bevillinger blev heller ikke af retten anset som ansvarspådragende, idet retten udtrykte:

*”På den anførte baggrund og i lys af Finanstilsynets holdning er der efter landsrettens opfattelse ikke det tilstrækkelige grundlag for at fastslå, at den udstrakte brug af presserende bevillinger eller tvivlen om, på hvilket niveau i banken den presserende bevilling er blevet meddelt, har haft en sådan konkret betydning for bankens kreditgivning, at der ved denne praksis – uanset at den fremstår letsindig og rummer risiko for, at bankens ledelse mister styring med kreditgivningen – er handlet ansvarspådragende fra direktionens eller bestyrelsens side. Der er således navnlig ikke grundlag for at fastslå, at anvendelsen af presserende bevillinger har ført til indgåelse eller udvidelse af engagementer, som banken ikke ville have indgået i øvrigt.”*²⁶³

Selvom Landsretten tilkendegav, at bankens fremgangsmåde har været letsindig og risikoforøgende, var det alligevel rettens opfattelse, at dette generelt ikke har været medvirkende til tab. Retten slog derefter fast, at hver enkelt bevilling måtte ske på en konkret vurdering²⁶⁴, hvilket er i overensstemmelse med Capinordic Bank-dommen, hvor Højesteret kom til samme resultat ved bankens låneengagementer.

5.3.9 Bankens sammenbrud

Af de ovenfor omtalte delelementer blev det herefter fastslået, at ledelsen ikke var skyld i bankens sammenbrud, hvilket ligeledes var tilfældet i Landsretsdommen om Capinordic Bank. Landsretten udtrykte det således:

”Sammenfattende er det således efter bevisførelsen landsrettens opfattelse, at der – bortset fra forholdet vedrørende lånefinansierede køb af aktier i banken –

²⁶² Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 478

²⁶³ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 477-478

²⁶⁴ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 478

hverken enkeltvis eller samlet inden for rammerne af en almindelig og sædvanlig ansvarsvurdering er grundlag for at drage en konklusion om, at bankens direktion eller bestyrelse har udvist ansvarspådragende adfærd som led i opgavevaretagelsen ved den generelle drift af Roskilde Bank.”²⁶⁵

Landsretten sagde dermed, at forholdene i banken fortsat måtte bero på den sædvanlige ansvarsvurdering. Det bemærkelsesværdige er dog, at Finansiell Stabilitet på intet tidspunkt har formået at godtgøre et tab, hvilket ud fra dommens præmisser af Janus W. Høy kan tolkes som en indirekte kritik af Finansiell Stabilitets procesførelse²⁶⁶.

5.3.10 Det forretningsmæssige skøn foretaget af ledelsen

Dommen har, som kort omtalt ovenfor, været præget af en stærk Business Judgement Rule-vurdering baseret på i særdeleshed de af Finansiell Stabilitets 10 kritisable låneengagementer. I overensstemmelse med dommene om Capinordic Bank og Amagerbanken kom Landsretten også frem til her, at der måtte udvises forsigtighed ved at tilsidesætte ledelsens skøn²⁶⁷.

Endvidere ses det af dommen, at en manglende håndhævelse af duty of loyalty kan have betydning i ansvarsvurderingen, hvorved retten udtrykte, at principperne for Business Judgement Rule som udgangspunkt ikke kunne tages i brug²⁶⁸. Desuden understregede Landsretten på ny, at den viden og handlemåde, som Finanstilsynet har haft under bankens levetid, tillægges en stor vægt i vurderingen af disse engagementer²⁶⁹.

Bemærkelsesværdigt til behandlingen af disse lånedispositioner er dog, at Landsretten udtalte følgende:

”Finansiell Stabilitet har udvalgt de ti mest tabsgivende engagementer og gjort gældende, at direktion og bestyrelse er ansvarlige for de tab, som måtte være lidt på disse engagementer. Den indledende udvælgelse af engagementer, der begrunder erstatningskravet, er således foretaget på baggrund af et opgjort tab af

²⁶⁵ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 490

²⁶⁶ Jf. Janus W. Høy, Bestyrelsens ansvar – med særlig fokus på finansielle virksomheder (2020), s. 610

²⁶⁷ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 491 samt Din Jura, februar 2018(1), *Hvorfor blev ledelse og revisorer i Roskilde Bank frifundet? trods nogle fejl hos ledelsen?*

²⁶⁸ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 492

²⁶⁹ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 493

*en vis størrelse og ikke på grundlag af en konstateret ansvarspådragende adfærd [...]*²⁷⁰

På ny synes Landsretten at give Finansiell Stabilitet en mindre kritik, der denne gang vedrører deres udvælgelse af kritisable engagementer. En kritik rettes også i særligt to låneengagementer; dels i Nestor Invest-koncernen, hvor ledelsen alene blev frifundet, fordi der ikke var opgjort et konkret tab. Her mente Landsretten, at der var efterladt et for stort et skøn til retten, når Finansiell Stabilitet alene havde opgjort tabet til at udgøre mellem 1,6 mio. kr. og 587 mio. kr.²⁷¹. Også låneengagementet til Capital Group blev kritiseret, fordi Landsretten tidligere havde konkluderet, at de udstedte lån til køb af aktier var ansvarspådragende, men her havde Finansiell Stabilitet undladt at gøre dette gældende i nærværende engagement, hvorfor Landsretten ikke fandt grundlag for at forholde sig til dette udlån²⁷².

Låneengagementet med X skal ligeledes kort omtales. Her fandt retten, at der også måtte være grænser for anvendelsen af Business Judgement Rule, når der udvises grov uagtsomhed. Dette er i klar overensstemmelse med låneengagementet til Oskar Jensen Holding ApS i Capinordic Bank-sagen. Ledelsen blev dog heller ikke her idømt et erstatningsansvar til trods for ansvarspådragende adfærd og klarlagt årsagssammenhæng, fordi Finansiell Stabilitet ikke havde opgjort et tab. I de resterende 7 engagementer blev ledelsen også frifundet ud fra anvendelsen af Business Judgement Rule²⁷³.

5.3.11 Afrunding

Ledelsen blev af Landsretten frifundet for samtlige anbringender, som Finansiell Stabilitet havde gjort gældende med et samlet erstatningsansvar på én mia. kr. Som nævnt flere steder ovenfor skyldtes dette i særdeleshed dårligt arbejde, og det synes af rettens præmisser at stå klart, at Finansiell Stabilitet har fået en hård kritik.

Finansiell Stabilitet har da også efterfølgende valgt at anke sagen til Højesteret med et præciseret krav på 350 mio. kr. Underdirektøren, som af retten ikke blev anset som en reel

²⁷⁰ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 490

²⁷¹ Jf. Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10, s. 519 samt Danmarks Radio, 7. november 2017, *Svaneborg: Roskilde Bank-dom sender voldsom kritik mod advokaters arbejde*

²⁷² Jf. Janus W. Høy, Bestyrelsens ansvar – med særlig fokus på finansielle virksomheder (2020), s. 614

²⁷³ Jf. Janus W. Høy, Bestyrelsens ansvar – med særlig fokus på finansielle virksomheder (2020), s. 614-628

direktør²⁷⁴ samt revisionen er dog ikke omfattet heraf²⁷⁵. Det nedsatte krav skal i den forbindelse ses i lyset af, at netop revisionen ikke længere er omfattet af retssagen, som i øvrigt blev frifundet, fordi der alene var tale om skønhedsfejl i deres arbejde²⁷⁶.

Det skal i forlængelse af ovenstående her nævnes, at Finansiell Stabilitet blev dømt til at betale revisionens advokatomkostninger på 15 mio. kr. samt friholdelse af revisionens sagsomkostningerne på fem mio. kr., jf. U.2019.2639H. Således har Finansiell Stabilitet allerede brugt mere end 83 mio. kr. på at føre sagen mod Roskilde Bank²⁷⁷, hvorfor det bliver en dyr affære, såfremt sagen i Højesteret også tabes.

Imidlertid synes det dog at gøre sig gældende, at Finansiell Stabilitet vil stå skarpt, når sagen skal føres ved en højere instans. Dels er de blevet klogere efter sagen i Landsretten, hvor særligt de ansvarspådragende punkter, herunder bankens lån til køb af aktier samt udvalgte låneengagementer, må formodes at vindes, når Finansiell Stabilitet har gjort deres forarbejde godt nok, og dels peger flere eksperter på, at Finansiell Stabilitets seneste sejrer i Amagerbanken og Capinordic Bank er et udtryk for, at anbringenderne nu er skåret så markant ind til benet, at der alene er fokus på de betændte områder, som det f.eks. blev set ved det særlige fokus på Østerfælled-egendommen i Amagerbanken-dommen. Sagt med andre ord peger eksperterne på et både dygtigere og bedre forberedt Finansiell Stabilitet²⁷⁸.

Der kan således ikke konkluderes yderligere end det, som allerede er slået fast i Capinordic Bank-dommen og Amagerbanken-dommen for så vidt angår ansvarsnormen og Business Judgement Rule, idet der dog fortsat er usikkerhed om, hvorvidt Højesteret vil frifinde medarbejderrepræsentant Ove Flemming Holm eller lempe ansvaret, som tilfældet blev med sagen om Amagerbanken.

Dommen er i øvrigt afsagt uden dissens.

²⁷⁴ Jf. Janus W. Høj, Bestyrelsens ansvar – med særlig fokus på finansielle virksomheder (2020), s. 589

²⁷⁵ Jf. Berlingske, 4. december 2017, *Spektakulært retsopgør fortsætter: Roskilde Bank-direktører skal igen for retten*

²⁷⁶ Jf. Børsen, 7. november 2017, *Ekspert om Roskilde Bank-dom: En fuldstændig frifindelse*

²⁷⁷ Jf. Finans, 8. marts 2020, *Staten har brugt 815 mio. kr. på retsopgøret mod bankledelser*

²⁷⁸ Jf. Berlingske, 27. juni 2019, *Nu må Roskilde Bank-ledelsen ryste i bukserne*

Kapitel 6 Retspraksis for medarbejderrepræsentanternes ansvar i bestyrelsen

6.1 Introduktion til kapitlet

Som nævnt i afhandlingens afsnit 3.2 er retspraksis for medarbejderrepræsentation meget sparsomt. De analyserede bankdomme står derfor alene i kontrast til loven, som ikke sonderer mellem bestyrelsesmedlemmerne og den retspraksis, som allerede foreligger.

I forbindelse med nærværende afhandlings udarbejdelse er det blevet dennes forfattere bekendt, at der den 23. august 2019 er afsagt dom i sagen om Burmeister & Wain Energy A/S vedrørende konkurskarantæne for de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer. På trods af, at sagen ikke vedrører erstatningsansvaret, findes denne alligevel interessant, idet formålet med nærværende kapitel er at afklare, hvorvidt der sker en distinktion mellem de menige medlemmer og de medarbejdervalgte medlemmer i bestyrelsen.

Dommen skal således være medvirkende til at klarlægge, hvorvidt nyere retspraksis fortsat ikke skelner mellem bestyrelsesmedlemmerne med mindre, at særlige grunde måtte gøre sig gældende.

Doms materialet er udleveret af én af medarbejderrepræsentanternes advokater på baggrund af forfatterne til denne afhandlings henvendelse. Beskaffenheden af materialet er derfor fortsat ikke fuldt offentligt tilgængeligt.

6.2 Burmeister & Wain Energy A/S (Østre Landsrets dom af 23. august 2019, 15. afd. nr. BS-22550/2019-OLR, BS-22551/2019-OLR og BS-22552/2019-OLR)

6.2.1 Indledning og generelle forhold

Burmeister & Wain Energy A/S (i det følgende BWE) er en kraftværksteknologisk virksomhed, som blev grundlagt den 1. august 2001²⁷⁹. BWE var 100% ejet af den italienske koncern STF, hvor selskabet i perioden fra år 2014 til år 2017 havde lånt 29 mio. euro til moderselskabet STF.

²⁷⁹ Burmeister & Wain Energy A/S er en underdivision af Burmeister & Wain koncernen, der blev grundlagt tilbage i år 1843

I den mellemliggende periode måtte selskabet dog konstatere et betragteligt tab på en entreprisekontrakt (Lisberg-projektet), og da moderselskabet ikke kunne tilbagebetale det store udlån, havde BWE ikke den nødvendige likviditet til at fortsætte driften²⁸⁰.

BWE gik den 16. januar 2017 i rekonstruktionsbehandling, og den 31. januar gik selskabet i konkursbehandling, da selskabet ikke kunne finde likviditet til at fortsætte driften. BWE blev konstateret insolvens, idet de ikke kunne leve op til kravet i KL § 17, stk. 2 om, at selskabet skal kunne opfylde sine forpligtelser efterhånden, som de forfalder. Den væsentligste årsag til, at BWE gik konkurs, skyldtes udlånet til moderselskabet.

Der er rejst krav mod flere medlemmer af bestyrelsen, men denne sag vedrører alene de tre medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer²⁸¹. Det anmeldte krav i konkursboet udgør i øvrigt omkring 1,2 mia. kr.²⁸².

Sagen om BWE blev først afsagt i Sø- og Handelsretten, som frifandt de tre medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer den 3. maj 2019²⁸³. Herefter blev sagen anket til Landsretten, som stadfæstede Sø- og Handelsretten afgørelse den 23. august 2019²⁸⁴.

6.2.2 Håbløshedstidspunktet

Ved bestyrelsesmødet den 17. juni 2016 blev bestyrelsesmedlemmerne bekendt med, at BWE's cash-flow ville blive negativt, når de nåede november 2016²⁸⁵. Bestyrelsen valgte alligevel den 14. juli 2016 at indgå en entrepriseaftale. Denne aftale var indregnet i bestyrelsens budget, men dette ville stadig ikke forbedre den økonomiske situation²⁸⁶. I forlængelse heraf udtalte kurator, at:

*"Ledelsen i BWE har således på groveste uforsvarlige vis i perioden 28. januar 2014 - 17. juni 2016 overført EUR 29.000.000 (ca. kr. 217.500.000) til det italienske moderselskab uden hensyntagen til BWE's selvstændige fremtidige likviditetsbehov."*²⁸⁷

²⁸⁰ Jf. Sø- og Handelsrettens dom af 3. maj 2019, nr. BS-10154/2018-SHR, BS-10157/2018-SHR og BS-10158/2018-SHR, s. 3-6

²⁸¹ Jf. Sø- og Handelsrettens dom af 3. maj 2019, nr. BS-10154/2018-SHR, BS-10157/2018-SHR og BS-10158/2018-SHR, s. 2

²⁸² Jf. Sø- og Handelsrettens dom af 3. maj 2019, nr. BS-10154/2018-SHR, BS-10157/2018-SHR og BS-10158/2018-SHR, s. 7

²⁸³ Jf. Sø- og Handelsrettens dom af 3. maj 2019, nr. BS-10154/2018-SHR, BS-10157/2018-SHR og BS-10158/2018-SHR, s. 1

²⁸⁴ Jf. Østre Landsrets dom af 23. august 2019, 15. afd. nr. BS-22550/2019-OLR, BS-22551/2019-OLR og BS-22552/2019-OLR, s. 1

²⁸⁵ Jf. Sø- og Handelsrettens dom af 3. maj 2019, nr. BS-10154/2018-SHR, BS-10157/2018-SHR og BS-10158/2018-SHR, s. 12

²⁸⁶ Jf. Sø- og Handelsrettens dom af 3. maj 2019, nr. BS-10154/2018-SHR, BS-10157/2018-SHR og BS-10158/2018-SHR, s. 25

²⁸⁷ Jf. Sø- og Handelsrettens dom af 3. maj 2019, nr. BS-10154/2018-SHR, BS-10157/2018-SHR og BS-10158/2018-SHR, s. 34

Ud fra dette fastslog kurator, at driften var fortsat udover det tidspunkt, hvor ledelsen måtte/burde have indset, at håbløshedstidspunktet var indtruffet.

6.2.3 Kurators indstilling

Kuratoren indstillede den 25. januar 2018 de tre medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer (herefter kaldt Medarbejder 1, Medarbejder 2 og Medarbejder 3) for skifteretten til at få konkurskarantæne, jf. KL § 157. Kurator vurderede, at de havde begået en groft uforsvarlig forretningsførelse, og derfor var uegnede til at udføre fremadrettet ledelsesarbejde i et selskab. Det skal hertil bemærkes, at der ved konkurskarantæne først ifaldes et ansvar, når der er udvist grov uagtsomhed²⁸⁸.

Vurderingen blev foretaget på baggrund af, at ledelsen havde udstedt et lån til moderselskabet på 29 mio. euro uden at sikre sig, hvad der var forsvarligt i forhold til selskabets kapitalberedskab. Derudover havde ledelsen opskrevet udlånet til moderselskabet på syv mio. euro i perioden fra 16. januar 2016 og et år frem²⁸⁹. Her havde de ligeledes ikke forholdt sig til, hvad der var forsvarligt i forhold til deres kapitalberedskab. Ydermere havde de ikke sikret sig, hvornår lånet kunne betales tilbage²⁹⁰.

Kurator har forsøgt at undersøge, om beslutningen af udlånet til moderselskabet, herunder forhøjelse af lånet samt løbende betalinger, har været en samlet bestyrelsesbeslutning, og hvornår hvert enkelt bestyrelsesmedlem fik kendskab til udlånet²⁹¹.

Kurator har herefter gjort gældende, at de sagsøgte har forsømt deres pligter i henhold til KSL § 115, og desuden har de ikke taget stilling til, at udlånet til moderselskabet oversteg, hvad der var forsvarligt i forhold til BWE's kapitalberedskab.

Ved kurators vurdering af, om der var handlet groft uagtsomt, blev betænkning nr. 1525/2011 om konkurskarantæne benyttet. Heraf fremgår det, at:

"Det kan f.eks. være et bestyrelsesmedlem, der groft tilsidesætter sine forpligtelser til påse at bogføringen og regnskabsaflæggelsen foregår på tilfredsstillende måde, at der er etableret de fornødne procedurer for risikostyring

²⁸⁸ Jf. Betænkning 1525/2011 om konkurskarantæne, s. 93-94

²⁸⁹ Jf. Sø- og Handelsrettens dom af 3. maj 2019, nr. BS-10154/2018-SHR, BS-10157/2018-SHR og BS-10158/2018-SHR, s. 4-5

²⁹⁰ Jf. Sø- og Handelsrettens dom af 3. maj 2019, nr. BS-10154/2018-SHR, BS-10157/2018-SHR og BS-10158/2018-SHR, s. 16

²⁹¹ Jf. Sø- og Handelsrettens dom af 3. maj 2019, nr. BS-10154/2018-SHR, BS-10157/2018-SHR og BS-10158/2018-SHR, s. 13-14

og interne kontroller, og at bestyrelsen løbende modtager rapportering om selskabets finansielle forhold, jf. herved selskabslovens §115.”²⁹²

Kurator gjorde gældende, at KSL § 115, stk. 1 nr. 3 om påsyn af dokumentation vedrørende finansielle forhold og KSL § 115, stk. 1, nr. 5 om kapitalberedskab var forsømt af de sagsøgte²⁹³. Endvidere blev det gjort gældende, at bestyrelsen havde pligt til at standse driften, såfremt denne var fortsat ud over håbløshedstidspunktet, hvilket ikke var opfyldt af medarbejderrepræsentationen.

Kurator gjorde derfor ud fra ovenstående gældende, at de tre medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer skulle pålægges konkurskarantæne, jf. KL § 157, stk. 2²⁹⁴.

6.2.4 Ansvarsnormen

Ved vurderingen af, om de sagsøgte havde handlet groft uagtsomt, blev der i den periode, hvor de sagsøgte indgik i ledelsen, foretaget en helhedsvurdering af forretningsførelsen. Hertil blev det i Sø- og Handelsretten afgjort, at de sagsøgte var omfattet af personkredsen jf. KL § 157, stk. 1, samt at de sagsøgte har været en del af ledelsen senere end et år før fristdagen.

Ligeledes fastslog Sø- og Handelsretten, at hvis der tidligere end et år før fristdagen var udvist groft uforsvarlig forretningsførelse, skulle det også indgå i vurderingen af, hvorvidt der skulle pålægges konkurskarantæne. Ud fra ovenstående afgjorde Sø- og Handelsretten derfor, at udlånene til moderselskabet skulle indgå i vurderingen af, om der var udvist groft uagtsom forretningsførelse²⁹⁵. Desuden slog Sø- og Handelsretten fast, at:

"Loven og forarbejderne hertil indeholder ingen begrænsninger i forhold til hvilken type bestyrelsesmedlemmer, der har medvirket i et selskab, herunder i relation til baggrunden for deres indtræden. De sagsøgte skal således vurderes på samme grundlag som alle andre bestyrelsesmedlemmer i forhold til kravet om groft uforsvarlig forretningsførelse, jf. konkurslovens § 157.”²⁹⁶

²⁹² Jf. Sø- og Handelsrettens dom af 3. maj 2019, nr. BS-10154/2018-SHR, BS-10157/2018-SHR og BS-10158/2018-SHR, s. 52

²⁹³ Jf. Sø- og Handelsrettens dom af 3. maj 2019, nr. BS-10154/2018-SHR, BS-10157/2018-SHR og BS-10158/2018-SHR, s. 55-56

²⁹⁴ Jf. Sø- og Handelsrettens dom af 3. maj 2019, nr. BS-10154/2018-SHR, BS-10157/2018-SHR og BS-10158/2018-SHR, s. 57-58

²⁹⁵ Jf. Sø- og Handelsrettens dom af 3. maj 2019, nr. BS-10154/2018-SHR, BS-10157/2018-SHR og BS-10158/2018-SHR, s. 49-50

²⁹⁶ Jf. Sø- og Handelsrettens dom af 3. maj 2019, nr. BS-10154/2018-SHR, BS-10157/2018-SHR og BS-10158/2018-SHR, s. 79

Det kan derfor fastslås, at ovenstående iagttagelse er i overensstemmelse med afsnit 3.2, hvor der er redegjort for, at medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer har samme pligter og rettigheder som de menige bestyrelsesmedlemmer, jf. Folketingstidende²⁹⁷. Der gøres derfor ingen yderligere sondringer, blot fordi der er tale om KL's regler, hvorfor der foruden samme tavshedspligt, strafansvar og erstatningsansvar, jf. Folketingstidende²⁹⁸, også må gælde samme regler for konkurskarantæne.

6.2.5 Medarbejderrepræsentanternes anbringender

Medarbejder 1 hørte første gang om lånet på bestyrelsesmødet i marts 2014. Her fik han at vide, at der var udarbejdet en låneaftale, hvori der også skulle betales renter. Beslutningen om lånet var blevet taget før bestyrelsesmødet, og det blev herefter kun gennemgået i få minutter ved selve mødet. Da selskabet havde en god likviditet, så Medarbejder 1 ikke noget forkert i at bevillige lånet, og desuden var der ingen bemærkninger fra revisor. Medarbejder 1 var enig i, at der ikke blev vurderet, om moderselskabet kunne betale lånet tilbage, men da der var god økonomi i selskabet, og årsrapporten var godkendt, reagerede han ikke på dette²⁹⁹. Medarbejder 1's advokat havde endvidere oplyst, at den relevante periode, hvor Medarbejder 1's forhold skulle vurderes i forhold til konkurskarantænen, var fra den 15. januar til den 17. juni 2016³⁰⁰.

Medarbejder 2's advokat har oplyst, at Medarbejder 2 først indtrådte i bestyrelsen efter bestyrelsesmødet den 17. juni 2016, og på Medarbejder 2's første bestyrelsesmøde den 27. september 2016 var Medarbejder 2 med til at beslutte, at moderselskabet skulle nedbringe sin gæld. Yderligere oplyste advokaten, at Medarbejder 2 ikke var en del af bestyrelsen, da udlånet blev etableret, og at der ikke har været andre udlån i perioden, hvor han var en del af bestyrelsen³⁰¹.

Endvidere oplyste Medarbejder 3's advokat, at de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer først blev orienteret om de økonomiske beslutninger, når de var blevet truffet. Ligeledes oplyste advokaten, at Medarbejder 3 først blev orienteret om tilbagebetaling af lånet den 26. september 2016³⁰².

²⁹⁷ Jf. Folketingstidende 1972-73, Tillæg A, Spalte 4481

²⁹⁸ Jf. Folketingstidende 1972-73, Tillæg B, Spalte 2272

²⁹⁹ Jf. Sør og Handelsrettens dom af 3. maj 2019, nr. BS-10154/2018-SHR, BS-10157/2018-SHR og BS-10158/2018-SHR, s. 39-41

³⁰⁰ Jf. Sør og Handelsrettens dom af 3. maj 2019, nr. BS-10154/2018-SHR, BS-10157/2018-SHR og BS-10158/2018-SHR, s. 59

³⁰¹ Jf. Sør og Handelsrettens dom af 3. maj 2019, nr. BS-10154/2018-SHR, BS-10157/2018-SHR og BS-10158/2018-SHR, s. 60-62

³⁰² Jf. Sør og Handelsrettens dom af 3. maj 2019, nr. BS-10154/2018-SHR, BS-10157/2018-SHR og BS-10158/2018-SHR, s. 17

Det bør ligeledes nævnes, at det fremgik af et notat fra den 19. Maj 2016 fra EY (revisor), som var vedlagt årsrapporten for år 2015, at udlånet oversteg BWE's egenkapital. Herudover fremgik det også af revisionsprotokollen fra den 17. juni 2016, at der ikke var stillet sikkerhed for udlånet. Kurator havde tidligere gjort gældende, at dette notat havde relevans for at idømme de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer et ansvar, jf. nedenstående:

”Det må derfor have stået klart for samtlige bestyrelsesmedlemmer, herunder også de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer, at STF's tilbagebetaling alene afhang af dennes betalingsdygtighed - eller ved modregning i BWE's eventuelle senere udbytteudbetalinger til STF.”³⁰³

I forlængelse af ovenstående bemærkes det, at Medarbejder 1 ønskede at udtræde af bestyrelsen i februar 2016, men da bestyrelsesmøderne var udskudt, trådte han først officielt ud den 17. juni 2016, hvorfor han i denne periode modtog meget lidt information, og det blev derfor gjort gældende, at han ikke havde modtaget det ovenfor nævnte notat fra EY af den 19. maj 2016³⁰⁴.

I forbindelse med Medarbejder 1's udtræden kan det med henvisning til litteraturen gøre sig gældende, at et bestyrelsesmedlem kan udtræde når som helst ved dennes meddelelse til den resterende bestyrelse, og herefter vil der som udgangspunkt ikke påhvile det udtrådte medlem yderligere forpligtelser set ift. selskabet³⁰⁵.

Ved gennemgang af dommen fremgår det dog af Medarbejder 1's meddelelse, at udtrædelsen formelt ville træde i kraft ved næste bestyrelsesmøde³⁰⁶. Det kan derfor umiddelbar undre, at Medarbejder 1 afventer med at udtræde straks, når der netop blot ved besked til bestyrelsen kan ske udtrædelse, jf. KSL § 121, stk. 1.

Medarbejder 2 oplyste, at det først var, da han modtog en mail fra revisor den 6. januar 2017, at han indså, at de økonomiske forhold var dårlige³⁰⁷. Desuden oplyste Medarbejder 2's

³⁰³ Jf. Sø- og Handelsrettens dom af 3. maj 2019, nr. BS-10154/2018-SHR, BS-10157/2018-SHR og BS-10158/2018-SHR, s. 24

³⁰⁴ Jf. Sø- og Handelsrettens dom af 3. maj 2019, nr. BS-10154/2018-SHR, BS-10157/2018-SHR og BS-10158/2018-SHR, s. 25-27

³⁰⁵ Jf. Thorbjørn Sofsrud, Bestyrelsens beslutning og ansvar (1999), s. 375 samt Søren F. Hansen og Jens V. Krenchel, Dansk selskabsret II (2019), s. 573

³⁰⁶ Jf. Sø- og Handelsrettens dom af 3. maj 2019, nr. BS-10154/2018-SHR, BS-10157/2018-SHR og BS-10158/2018-SHR, s. 26

³⁰⁷ Jf. Sø- og Handelsrettens dom af 3. maj 2019, nr. BS-10154/2018-SHR, BS-10157/2018-SHR og BS-10158/2018-SHR, s. 46

advokat, at han ikke før den 6. januar 2017 havde sandet, at selskabet fortsatte driften ud over håbløshedstidspunktet³⁰⁸.

Den 6. januar 2017 modtog Medarbejder 3 ligeledes en mail fra selskabets revisor, der gjorde hende bekendt med selskabets økonomiske situation. Hun var ligeledes ikke klar over, at den økonomiske situation var slem. Hun forsøgte derfor at få et bestyrelsesmøde afholdt. På det efterfølgende bestyrelsesmøde den 13. januar 2017 blev hun for første gang bekendt med, at moderselskabet ikke kunne tilbagebetale lånet³⁰⁹. Ligeledes oplyste Medarbejder 3' advokat følgende:

*"Sagsøgte gør gældende, at hun først blev bekendt med EYs notat af 19. maj 2016, da dette blev fremlagt af kurator i stævningen. Sagsøgte modtog ikke notatet i forbindelse med aflæggelse af årsregnskabet for 2015. ..."*³¹⁰

Som nævnt ovenfor bliver Medarbejder 2 og 3 først bekendt med, at moderselskabet ikke kan tilbagebetale lånet i januar 2017. Kurator gjorde indskudt til denne betragtning gældende, at:

*"Det forhold, at ... [Medarbejder 2 og Medarbejder 3 ikke tidligere end januar 2017 måtte være bekendte med, at STF ikke kunne tilbagebetale EUR 5 mio. i oktober 2016 er i sig selv et forhold, der begrundet konkurskarantæne. I henhold til ... [gældsbrief af 31. oktober 2015 – promissory note] skulle STF-lånet tilbagebetales med 1 måneds varsel, og De Sagsøgte burde derfor som ansvarlige bestyrelsesmedlemmer have sikret sig information om tilbagebetalingen. ..."*³¹¹

I forlængelse heraf kan det nævnes, at kurator overfor Landsretten gjorde gældende, at der ikke kan ske uddelegering af medlemmernes pligter, og hvis de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer ikke havde modtaget information om de økonomiske forhold, var det deres pligt at kræve, at de modtog denne information. Kurator gjorde derfor gældende, at denne manglende pligt bevirkede, at de havde udført groft uagtsom forretningsførelse³¹².

³⁰⁸ Jf. Sø- og Handelsrettens dom af 3. maj 2019, nr. BS-10154/2018-SHR, BS-10157/2018-SHR og BS-10158/2018-SHR, s. 28-29

³⁰⁹ Jf. Sø- og Handelsrettens dom af 3. maj 2019, nr. BS-10154/2018-SHR, BS-10157/2018-SHR og BS-10158/2018-SHR, s. 21-22

³¹⁰ Jf. Sø- og Handelsrettens dom af 3. maj 2019, nr. BS-10154/2018-SHR, BS-10157/2018-SHR og BS-10158/2018-SHR, s. 32

³¹¹ Jf. Sø- og Handelsrettens dom af 3. maj 2019, nr. BS-10154/2018-SHR, BS-10157/2018-SHR og BS-10158/2018-SHR, s. 38

³¹² Jf. Østre Landsrets dom af 23. august 2019, 15. afd. nr. BS-22550/2019-OLR, BS-22551/2019-OLR og BS-22552/2019-OLR, s. 2

6.2.6 Sør og Handelsrettens afgørelse samt Østre Landsrets stadfæstelse

Sør og Handelsretten lagde til grund, at der ikke var tale om en samlet bestyrelsesbeslutning, men at det udelukkende var en ejerbeslutning i moderselskabet. Dette skyldtes, at de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer først modtog information om lånet, efter beslutningen var truffet. Sør og Handelsretten fastslog derfor, at de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer ikke var en del af beslutningen, men blot var blevet informeret omkring låneforholdet. Derudover lagde Sør og Handelsretten til grund, at det ikke var godtgjort, at de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer blev orienteret om opskrivningen af lånet i marts/april 2016. Ligeledes er det heller ikke godtgjort, at de havde modtaget månedlige cash-flow samt notatet fra EY af den 19. maj 2016.

Endvidere lagde Sør og Handelsretten til grund, at det ligeledes ikke var godtgjort, at de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer blev informeret om, at der ikke var blevet betalt afdrag som aftalt den 3. november 2016. Dette var de først blevet informeret om, da revisoren havde aflagt rapport den 6. januar 2017.

Ved vurderingen af, om de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer havde handlet uforsvarligt, hvad angår låneoptagelserne frem til den 15. september 2015, fandt Sør og Handelsretten, at det kun var Medarbejder 1 og 3, der var en del af bestyrelsen i denne periode. På baggrund af, at beslutningen var truffet af ejerne selv, fastslog Sør og Handelsretten, at der ikke var anledning til, at Medarbejder 1 eller Medarbejder 3 skulle have stillet spørgsmål til selve lånet eller til moderselskabets evne til at betale det tilbage.

Sør og Handelsretten fastslog ligeledes, at der først forelå nærmere oplysninger omkring moderselskabets økonomiske forhold, da det senere blev taget under insolvensretlig behandling i Italien, hvorfor Sør og Handelsretten ikke fandt det groft uansvarligt, at de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer ikke havde krævet lånet tilbagebetalt frem til marts/april 2016.

Ligeledes fandt Sør og Handelsretten heller ikke, at der forelå uforsvarlig forretningsførelse ved låneudvidelserne i marts/april 2016, idet Medarbejder 1 og 3 først fik kendskab til disse ved møderne den 16 og 17. juni 2016.

Da Medarbejder 1 udtrådte af bestyrelsen den 23. juni 2016, slog Sør og Handelsretten det ud fra ovenstående fast, at det ikke var rimeligt at pålægge Medarbejder 1 konkurskarantæne.

Medarbejder 2 og 3 fortsatte i bestyrelsen efter den 23. juni 2016, og for så vidt angår, at det først stod klart for de to medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer, at moderselskabet ikke kunne tilbagebetale lånet i januar 2017, fandt Sør og Handelsretten ikke grundlag for, at der var udvist groft uforsvarlig forretningsførelse. Sør og Handelsretten fandt det derfor ikke rimeligt at pålægge Medarbejder 2 og 3 konkurskarantæne, jf. KL § 157, stk. 2³¹³.

Sør og Handelsretten frifandt derfor de tre medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer mod kurators påstand om konkurskarantæne på tre år. Herefter blev sagen som tidligere nævnt anket til Landsretten, som ligeledes afgjorde, at de tre medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer ikke kunne antages at være uegnede til at deltage i ledelsen af en erhvervsvirksomhed på baggrund af sagens bevisførelse. Landsretten stadfæstede derfor Sør og Handelsrettens afgørelse³¹⁴.

Dommen er i øvrigt afsagt uden dissens.

6.2.7 Afsluttende iagttagelser og vurderinger

Landsretten fandt, jf. ovenstående, altså frem til, at der ikke forelå en grov uagtsomhed for forretningsførelsen, som havde påført betydelige tab for andre, hvorfor der kunne idømmes en konkurskarantæne. Afgørelsen vurderes i nærværende afhandling ikke at give anledning til undren, da resultatet af dommen vurderes at følge loven, herunder dennes betænkninger, og henset til, at manglende oplysninger om lånet næppe i sig selv kan udløse en konkurskarantæne.

Imidlertid kan der alligevel gøres en række interessante iagttagelser. Som tidligere nævnt kræver en konkurskarantæne, at der udvises grov uagtsomhed, men holdes sagen omvendt op mod et erstatningsansvar, behøves der alene en simpel uagtsomhed, hvorfor udfaldet af sagen formentlig her ville blive en anden.

Indledningsvist må der i første omgang henvises til afsnit 6.2.1, idet fokus alene er på medarbejderrepræsentanterne, hvorfor spørgsmålet om, hvorvidt de menige

³¹³ Jf. Sør og Handelsrettens dom af 3. maj 2019, nr. BS-10154/2018-SHR, BS-10157/2018-SHR og BS-10158/2018-SHR, s. 79-85

³¹⁴ Jf. Østre Landsrets dom af 23. august 2019, 15. afd. nr. BS-22550/2019-OLR, BS-22551/2019-OLR og BS-22552/2019-OLR, s. 3

bestyrelsesmedlemmers tilbageholdelse af oplysninger er ansvarspådragende, ikke omtales yderligere her.

Det skal hernæst genkaldes fra afsnit 3.2, at de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer har akkurat samme pligter og rettigheder som de menige medlemmer. Denne iagttagelse er relevant, fordi det af Sør og Handelsrettens resultat fremgår, at medarbejderrepræsentationen blev informeret om låneforholdene, selvom de ikke var med til at træffe beslutningen.

Endvidere fremgår det for så vidt angår Medarbejder 1 og 3, at retten ikke fandt det *groft* uforsvarligt, da moderselskabet STF blev taget under konkursbehandling, at de ikke havde krævet lånet tilbagebetalt frem til marts/april 2016.

Som følge af bestyrelsens pligter skal et medlem, når denne indser, at der mangler oplysninger om et økonomisk forhold, indhente oplysninger eller forespørge herom. Derfor vil en undladelse af at indhente oplysninger eller en forglemmelse om at forespørge på et forhold isoleret set ift. en erstatningssag være culpøs ved simpel uagtsomhed. Der vil derfor formentlig være pålagt et erstatningsansvar hos de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer.

Hvorvidt domstolen herefter vil pålægge det samme erstatningsansvar, som den øvrige bestyrelse, når det henses til, at denne har tilbageholdt oplysninger for medarbejderrepræsentationen, må på nuværende tidspunkt være et åbenstående spørgsmål. Der kan alene konkluderes, at retskilder foreskriver, at der ikke sondres mellem medlemmerne, hvorfor ansvaret som udgangspunkt er det samme.

Det bemærkelsesværdige i relation til ovenstående er dog, at Medarbejder 2's advokat efterfølgende har udtalt sig om dommen til tidsskriftet A4 Nu. Her gøres der en noget bizar iagttagelse:

"Vi ser altså dommen som en juridisk bekræftelse af, at når du sidder i en bestyrelse som medarbejderudpeget, så skal du selvfølgelig råbe højt, hvis du ser noget ulovligt, men det forventes ikke du er en super-revisor. Så hvis ledelsen gør

noget ulovligt, som du ikke har en chance for at opdage, så holdes du ikke ansvarlig på samme måde som de andre medlemmer.”³¹⁵

Hertil supplerer advokaten med:

”Det er den første afgørelse på det her område. Nu har vi fået slået fast, at bestyrelsesmedlemmer udpeget af medarbejderne har en anden rolle end de andre medlemmer.”³¹⁶

Advokaten kommer her frem til, at der sondres mellem medlemmerne, hvilket der tidligere i afhandlingen er påvist ikke er tilfældet. Henset til den retsdogmatiske metode kan der ikke ændres ved det, som allerede er nedskrevet ved lov – eller som i tilfældet her dennes bemærkninger, hvorfor advokatens vurdering af dommen må kategoriseres som en stærk fejltolkning.

Afslutningsvist må det altså konkluderes, at der i denne sag ikke er grundlag for at tolke en uretmæssig forskelsbehandling af bestyrelsesmedlemmerne, idet frifindelsen af medarbejderrepræsentanterne er godtgjort. Det understreges dog på ny, at udfaldet af en erstatningssag i relation til ovenstående alt andet lige vil resultere i et andet resultat.

³¹⁵ Jf. A4 Nu, 2. september 2019, *Ny afgørelse beskytter medarbejdere i bestyrelser: Man skal ikke være jurist eller revisor*

³¹⁶ Jf. A4 Nu, 2. september 2019, *Ny afgørelse beskytter medarbejdere i bestyrelser: Man skal ikke være jurist eller revisor*

Del IV - Sammenfatning og refleksion

Kapitel 7 Fremtidsperspektivet for ansvarsvurderingen

7.1 Den nuværende retstilstand – en opsamling af bankdommene

I afhandlingens kapitel 3 og 4 blev der redegjort for bestyrelsens opgaver og pligter samt dens ikke uvæsentlige spillerum for at begå skønsmæssige fejl i et almindeligt kapitalselskab. Hertil blev selvsamme opgaver og pligter for bestyrelsen i de finansielle virksomheder anset for skærpet som følge af samfundshensynet og en generel tillid til sektoren. Foruden de skærpede krav fulgte også et egnethedskrav til det enkelte bestyrelsesmedlem (Fit and Proper), således at minimumskravet for at besidde hvervet måtte anses som højere end i de almindelige kapitalselskaber.

Bestyrelsens opgaver og pligter blev i den forbindelse konfereret i forfatterne til denne afhandlings fire inddelte hovedgrupper om økonomi, direktion, loyalitet og risikostyring, hvortil detaljeringen af bestyrelseshvervet i de finansielle virksomheder var markant mere omfattende, hvilket ligeledes blev understøttet af Ledelsesbekendtgørelsen, som dog i bankdommene aldrig kom i spil, idet bekendtgørelsen først indtrådte efter finanskrisen, hvor bankerne krakkede.

Spørgsmålet om, hvorvidt en skærpelse af ansvaret herefter alene beror på FIL's detailregulering af de "simple" krav, som står i KSL § 115, kan også give anledning til overvejelser. En sådan betragtning blev ligeledes anskuet i starten af 1990'erne med ændringerne til ledelsens pligter i den dagældende ASL. Således var der blandt fagfolk uenighed om, hvorvidt de nye regler blot var en understregning af de allerede eksisterende pligter, hvorfor ansvaret var uændret³¹⁷, eller om regelændringerne var et udtryk for en ny slags ansvarsvurdering³¹⁸.

Tilbage var der i nærværende afhandling alligevel en opfattelse af, at et skærpet krav måtte være gældende, om end dette blev udtrykt som en mindre margin i de skønsmæssige fejl, overtrædelse af interne forskrifter eller måske endda en anden bevisbyrde. Desuagtet har de af kapitel 5 analyserede bankdomme ikke antydning af en skærpelse af vurderingen for ledelsens

³¹⁷ Jf. Bernhard Gomard, U.1993B.145 (Karnov)

³¹⁸ Jf. Claus Berg og Lars B. Langsted, U.1994B.183 (Karnov)

ansvar. Det samme gælder for bevisvurderingen af de af Finansiell Stabilitets fremlagte fejl samt de enkelte låneengagementer, hvor domstolene heller ikke fandt grundlag for et skærpet ansvar.

De afsagte domme med Højesteret som frontløber i Capinordic Bank-dommen mener derfor ikke, at ansvaret for ledelsen er anderledes end før finanskrisen. Dette er endda til trods for, at lovgivningen, jf. ovenstående, forsøger at lægge op til, at domstolen kan anskue en anden culpavurdering.

For så vidt angår det forretningsmæssige skøn (Business Judgement Rule) synes der dog alligevel at spores en skærpelse i Landsrettens afsagte dom om Amagerbanken. Dette står dog modsætningsvist til Roskilde Bank og Capinordic Bank, hvor det dog af sidstnævnte sag skal understreges, at der ved interessekonflikter pålægges et skærpet krav til, at bankens egne interesser ikke er fraveget.

Som nævnt i afhandlingens afsnit 5.2.5 har særligt valutarammen for engagementet på Østerfælled-ejendommen hos Amagerbanken givet anledning til en del undren. Således kom Landsretten frem til, at ledelsens skøn skulle tilsidesættes, selvom genbevillingen af valutarammen skete efter anbefalinger fra eksperter, og ledelsen i øvrigt ikke blev vurderet til at have handlet illoyalt i deres rolle som det øverste ledelsesorgan. Således skulle dette engagement dog aldrig være efterprøvet, jf. Stephen Bainbridge teori (afsnit 4.3).

Denne tilsidesættelse – og i øvrigt for nu den eneste skærpelse i bankdommene – er bemærkelsesværdig, og der efterlades således et spørgsmål om, hvorvidt domstolen havde foretaget samme beslutning, såfremt der var tale om et almindeligt kapitalselskab, selvom sammenligningen kan være svær i praksis. Ikke desto mindre havde det for den fremadrettede praksis for de finansielle virksomheder været interessant, hvis Højesteret havde afprøvet dette spørgsmål, således at rækkevidden for Business Judgement Rule kunne afklares endnu mere nøjagtigt.

I relation til ovenstående ansvarsvurdering fandt Landsretten tilsvarende i sagen om Roskilde Bank, at der ikke er tale om et professionsansvar trods de tidligere omtalte minimumskrav af FIL § 64 samt et generelt hensyn til de uital af reguleringer til den finansielle sektor, som både

EU og den nationale lovgivende magt har gjort gældende igennem tiden, særligt efter finanskrisen.

Henset til medarbejderrepræsentationen må der dog konkluderes varsomt. Capinordic Bank havde som bekendt ingen medarbejderrepræsentanter i bestyrelsen, og hos Roskilde Bank er Landsretssagen med medarbejderrepræsentant Ove Flemming Holm anket til Højesteret. Landsretten udtrykte dog, at der ikke sondres mellem de menige bestyrelsesmedlemmer og medarbejderrepræsentationen.

Imidlertid viser Landsretsdommen i sagen om Amagerbanken, at der – trods en højst besynderlig begrundelse om lempelse – alligevel er forskel på bestyrelsens medlemmer, idet de to medarbejderrepræsentanter blev friholdt for ansvar. Dette skaber derfor en undren, når selvsamme instans tidligere begrundede, at der ikke gøres forskel.

Henset til kapitel 6 om retspraksis vedrørende medarbejderrepræsentationen i BWE-sagen viste denne nyere dom, at der heller ikke foretages en ubegrundet distinktion mellem de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer og de menige bestyrelsesmedlemmer, om end sagen formentlig havde haft et andet udfald i et erstatningsretligt henseende. Således er det alene i dommen om Nordisk Fjerfabrik Holding Aktieselskab, hvor Landsretten tillige dømte mærkværdigt, jf. afsnit 3.2. Det må derfor konkluderes, at udgangspunktet om ligeværdige medlemmer i bestyrelsen, herunder samme pligter og rettigheder, fortsat er gældende, men som nærværende afhandling har påvist, sker der dog få tilfælde, hvor domstolen alligevel sondrer mellem medlemmerne. Begrundelserne herfor er i denne afhandling ikke fundet godtgjort, og det må således konkluderes, at der er tale om undtagelsen snarere end reglen.

Ovenstående er således summeret set et udtryk for den nuværende retstilstand, der dog allerede i skrivende stund er under et opgør i relation til ansvarsnormen, jf. næste afsnit. Det interessante er dog imidlertid, hvorvidt ovenstående præmisser fra bankdommene kan anvendes ved lignende sager. I den forbindelse skal det samtidig genkaldes, at dommene i kapitel 5 og 6 alle er afsagt uden dissens. Det betyder, at dommenes præjudikatsværdi er høj, og derfor alt andet lige kan bruges som retskilde til de områder, som i nærværende afhandling har været belyst, herunder ansvarsnormen, Business Judgement Rule og vilkårene for medarbejderrepræsentanterne.

Indledningsvist må det forudsættes, at Ledelsesbekendtgørelsen i sig selv næppe kommer til at spille en rolle i de fremtidige retsopgør, hvor ansvarspådragende handlinger eller bankkrak i øvrigt er indtrådt efter bekendtgørelsens ikrafttrædelsesdato i år 2010. Som navnet antyder er der tale om en bekendtgørelse og dermed ikke en lovregulering, hvorfor der ikke ændres ved det, som allerede følger af FIL og KSL, men det er dog forfatterne til denne afhandlings vurdering, at bekendtgørelsens præciseringer som minimum vil indgå i den samlede vurdering af den udviste forsvarlighed, om end den blotte overtrædelse af bekendtgørelsens bestemmelser må bero på en konkret vurdering af de dertilhørende bestemmelser i den overliggende lov, f.eks. FIL, som det blev set i Capinordic Bank-dommen, hvor retten slog fast, at den blotte overtrædelse af FIL §§ 70 og 71 ikke i sig selv begrundet et culpaansvar.

Herefter må domstolenes præmisser iagttages. Der vurderes i den forbindelse ikke at være noget til hinder for, at de generelle præmisser for ansvarsnormen og ledelsens forretningsmæssige skøn også kan gøres gældende på både større og mindre aktører i markedet, lige så vel som en banks sammenbrud fortsat kan testes på lige fod med de analyserede domme i kapitel 5.

Imidlertid foreligger der dog en EU-lovgivning (Capital Requirements Regulation)³¹⁹, der sigter mod at mindske sandsynligheden for, at visse finansielle virksomheder går konkurs. Fællesnævner for disse virksomheder er, at de er for store til at gå bankerot, hvorfor staten som følge af forordningen er forpligtet til at holde en økonomisk hånd under dem, såfremt virksomhedens finansielle situation skulle blive faretruende.

Denne type virksomheder benævnes som systemisk vigtige institutter, og disse bliver på årlig basis udpeget af Finanstilsynet i medfør af FIL § 308, som på nuværende tidspunkt tæller bl.a. Danske Bank A/S og Spar Nord Bank A/S³²⁰.

Et sammenbrud kan derfor i disse banker sjældent komme på tale, men det betyder ikke, at ledelsen kan undgå at holdes ansvarlig for løbende overtrædelser, hvilket bl.a. blev set mod Amagerbankens konkursbo, hvor en aktionær gennem de kapitalmarkedsretlige regler forsøgte at gøre mangler ved prospektet og børsmeddelelser gældende som et ledelsesansvar. Østre Landsret gav dog i nærværende sag ikke aktionæren medhold i disse mangler og

³¹⁹ Jf. Forordning (EU) nr. 575/2013 af 26. juni 2013 om tilsynsmæssige krav til kreditinstitutter og investeringsselskaber

³²⁰ Jf. Finanstilsynet, Systemisk vigtige finansielle institutter (SIFI) (2019)

undladelser – og i øvrigt slog retten også fast, at aktionæren ikke kunne gøre krav gældende for ledelsens beslutninger om hhv. kapitalforhøjelser og nedskrivninger³²¹.

I relation til ansvarsnormen og ledelsens forretningsmæssige skøn har professor Rebecca Söderström givet udtryk for tvivl om, hvorvidt Højesterets dom om Capinordic Bank vil have haft et andet udfald, såfremt der havde været tale om, at banken havde haft status som et systemisk institut, hvilket bl.a. begrundes med andre generelle interesser for bl.a. en forsvarlig bankdrift³²².

Forfatterne til nærværende afhandling har i den forbindelse forsøgt at undersøge denne påstand i litteraturen samt i den nuværende retspraksis, men der synes ikke at findes belæg for, at de afsagte præmisser i de analyserede bankdomme ikke også skulle være gældende for de systemiske banker. Dette er uagtet af de skærpede krav til administration og kapital, som følger disse institutter.

Rebecca Söderströms tvivl forekommer derfor ikke at være tilstrækkeligt begrundet, og det vurderes derfor, at de afsagte præmisser i bankdommene kan fungere som et udgangspunkt for fremadrettede retssager, idet der dog skal understreges, at fremtidige afgørelser ligeledes skal bero på konkrete vurderinger, hvorfor en bankledelse ikke alene kan friholdes for ansvar ved et forretningsmæssigt skøn med henvisning til Højesterets dom om Capinordic Bank, såfremt andre forhold måtte gøre sig gældende, f.eks. utilstrækkeligt informationsgrundlag eller interessekonflikter ved et låneengagement.

7.2 Er der behov for en skærpelse i erstatningsansvaret?

Folketinget besluttede den 27. marts 2019 at nedsætte en række arbejdsgrupper samt fremlægge udkast til nye lovforslag til styrkelse mod den finansielle kriminalitet, hvilket bl.a. kom i kølvandet på Capinordic Bank-dommen som nævnt i afsnit 5.1.5. Folketinget fandt det utilstrækkeligt i Højesteretsdommen, at et udvidet erstatningsansvar ikke blev dømt til trods for en ellers omfattende regulering i branchen.

Denne tilpasning af ansvarsnormen fra Højesteret syntes således ikke at harmonere med den samfundsudvikling, som politikerne forsøgte at forme gennem FIL, hvorfor dette blev et

³²¹ Jf. Østre Landsrets dom af 9. maj 2019, 20. afd. nr. B-138-17

³²² Jf. Rebecca Söderström, Skadestandsanspraak mot ledande befattningshavare i banker, s. 356

arbejdsområde for den lovgivende magt, som kategoriserede arbejdsgruppen (initiativ 10) under ”Betydelig skærpelse af sanktionsmulighederne” [legen fremhævning], hvilket intuitivt understreger politikernes holdning til, at der *vil* ske en skærpelse på området.

Helt overordnet sigter den samlede vedtaget aftale mod, at:

”[...] Finanstilsynet bliver en stærkere kontrolmyndighed med en mere udfarende og aggressiv tilsynsmetode både forebyggende men i særdeleshed, når der er formodning om alvorlig finansiel kriminalitet.”³²³

Aftalen rummer i den forbindelse en række områder, hvorpå oplysningspligten til Finanstilsynet udvides (initiativ 2) samtidigt med, at sammensætningen af tilsynsmedlemmerne skærpes³²⁴ med henblik på en stærkere organisation, så tilsynet har de fornødne kompetencer til at løfte denne opgave (initiativ 11 og 13).

Disse initiativer virker udadtil ganske fornuftige, idet det indledningsvist må skabe forbavelse, at bestyrelsen i tilsynet ikke tidligere har været underlagt krav om tilstrækkelig viden og faglige kompetencer (FIL § 64, stk. 1, nr. 1), når netop denne sagkyndige myndigheds eneste rolle er at sikre, at tingene bliver gjort ordentligt i den finansielle sektor.

Den udvidede oplysningspligt synes også at være et skridt i den rigtige retning. Henset til bankdommene var der flere eksempler på præmisser, hvorpå retten tillagde det vægt, at Finanstilsynet havde været bekendt med et forhold, f.eks. manglende adspredelse i låneengagementerne i sagen om Roskilde Bank, jf. afsnit 5.3.10. Samtidig er der flere steder i FIL, hvorpå tilsynet skal foretage en vurdering, herunder FIL § 64, stk. 2 om vurdering af egnethedskravet og det enkelte bestyrelsesmedlems hæderlighed i en finansiell virksomhed.

Det er derfor vigtigt, at tilsynet har de nødvendige informationer til at træffe en beslutning, da det ellers fremadrettet vil blive svært at holde en ledelse ansvarlig for en given handling, hvilket blev set i sagen om Roskilde Bank, hvor ledelsen blev friholdt for ansvar ved at fastsætte et for lavt solvensbehov, fordi tilsynet havde begået fejl, jf. afsnit 5.3.7.

³²³ Jf. Aftale om ”Styrkelse af indsatsen mod finansiel kriminalitet” af 27. marts 2019, s. 2

³²⁴ Dette tæller bl.a., at Finanstilsynets bestyrelse nu på lige fod med de finansielle virksomheder skal opfylde egnethedskravet i FIL § 64 (Fit and Proper)

Sagt med andre ord kan det derfor ikke umiddelbart forudsættes, at en bestyrelse skulle have vidst bedre end den sagkyndige myndighed. Omvendt stiller det herefter spørgsmålet om, hvorvidt det har været hensigten fra den lovgivende magt, at et bestyrelsesmedlem alt andet lige kan opnå retsbeskyttelse, når tilsynet først har foretaget en vurdering eller truffet en afgørelse. Dette må særligt henses til de mere uformelle tilkendegivelser³²⁵. Af hensyn til problemformuleringen efterlades denne iagttagelse dog åbenstående.

I relation til det skærpede erstatningsansvar foreskriver det underliggende faktaark fra Erhvervsministeriet i forbindelse med aftalen, at arbejdsgruppen skal vurdere behovet for et skærpet ansvar for at sikre, at ledelsen ifalder ansvar som følge af tab hos kreditorer m.fl. Endvidere noteres det i bemærkningerne, at det er ubestrideligt, at en ledelse skal ifalde erstatningsansvar for overtrædelse af FIL, ligesom det har været svært at pålægge ledelsen et ansvar for at have drevet en bank uforsvarligt³²⁶.

Hvis der modsætningsvist startes med en gennemgang af bemærkningerne, synes det umiddelbart svært at forstå, at der bruges kræfter på at pålægge ledelsen et ansvar for uforsvarlig bankdrift. De analyserede bankdomme i kapitel 5 har på intet tidspunkt tilnærmet sig, at et ansvar for et bankkrak ikke kan komme på tale, men dommene understreger blot i deres enkelthed, at beviskravet herfor er højt, jf. bl.a. afsnit 5.3.6, hvor ledelsen i Roskilde Bank blev friholdt for ansvar til trods for en ikke ubetydelig afvigelse fra den fastlagte kreditpolitik og forretningsgang.

Forfatterne til denne afhandling er derfor enige i, at det er svært at pålægge et ansvar for en banks sammenbrud, hvilket også kort blev omtalt i afsnit 5.1.7, og der må samtidig sås tvivl om, hvorvidt der vil ses et ansvar herfor i fremtidige opgør, men der vurderes ikke umiddelbart at være grundlag for, at denne mulighed er fuldstændig afskåret med den nuværende lovgivning og retspraksis.

Henset til overtrædelsen af FIL's bestemmelser slog Højesteret fast i Capinordic Bankdommen, at den blotte overtrædelse af FIL §§ 70 og 71 ikke førte til et erstatningsansvar, men at øvrige overtrædelser i loven måtte bero på en konkret vurdering. Retten har derfor ikke fjernet muligheden for, at en ledelse kan idømmes et ansvar for øvrige overtrædelser af

³²⁵ Jf. Finans/Invest, februar 2017, *Bankbestyrelsens byrder – jura, risikostyring eller forretningsudvikling?*, s. 13

³²⁶ Jf. Erhvervsstyrelsen, Faktaark - Aftale om "Styrkelse af indsatsen mod finansiell kriminalitet" af 27. marts 2019, s. 22

bestemmelser i FIL, hvorfor bemærkningen indledningsvist må tolkes således, at den lovgivende magt blot ønsker en afklaring for, hvordan ledelsen herefter kan ifalde et erstatningsansvar for de to omtalte bestemmelser.

Imidlertid synes denne vurdering i første omgang ikke at påhvile arbejdsgruppen men derimod Højesteret, da retten blot udtrykte, at der ikke var tale om en culpøs handling ved overtrædelse af FIL §§ 70 og 71. Det står derfor fortsat uklart, hvorvidt de to bestemmelser er så generelle, at der i sig selv ikke er tale om culpa, eller om der faktisk er tale om culpa, hvortil de øvrige erstatningsbetingelser må vurderes.

Forskellen i disse to betragtninger må således forstås, hvorvidt der hhv. er tale om en uforsvarlighedsvurdering kontra en årsagsforbindelsesbetragtning med vurdering af, hvorvidt der har været årsag til tab³²⁷. Det har dog formentlig været den lovgivende magts vurdering, at der ikke er tale om culpa ved overtrædelse af de interne retningslinjer, hvorfor denne opgave allerede nu er tildelt arbejdsgruppen. Denne betragtning synes umiddelbart også at virke plausibel, om end det havde været spændende at se behandlingen af selvsamme spørgsmål i en fremtidig Højesteretsafgørelse, hvortil afklaring herom forhåbentlig kunne statueres.

Som skrevet ovenfor er den underliggende mening med den indgåede aftale, at arbejdsgruppen skal kigge på behovet for et skærpet ansvar for at sikre, at ledelsen kan ifalde erstatningsansvar. I forlængelse af Capinordic Bank-dommen har både Socialistisk Folkeparti og Socialdemokratiet, som i øvrigt er en del af den omtalte aftale, udtalt, at de finansielle ledelser lettere skulle stilles til ansvar ved en banks konkurs³²⁸, og disse udtalelser ligger godt op ad det, som arbejdsgruppen nu skal undersøge.

Imidlertid er udtalelserne en fejlfortolkning af Højesterets dom. Dels vil de to partier gøre et erstatningsansvar gældende for bankens sammenbrud, selvom retten har slået fast, at en bonus pater ikke vil have handlet anderledes, hvorfor ledelsen så at sige skal dømmes for noget, som den ikke har gjort, nemlig uforsvarlig bankdrift. Desuden siger udtalelserne, at der generelt skal gøres et ansvar gældende, hvilket der jo netop er, idet Capinordic Bank-ledelsen skulle betale 89 mio. kr., og Amagerbank-ledelsen skulle betale 225 mio. kr., hvilket er et

³²⁷ Jf. Janus W. Høy, Bestyrelsens ansvar – med særlig fokus på finansielle virksomheder (2020), s. 698

³²⁸ Jf. Finans Watch, 18. januar 2019, *Minister vil kigge nærmere på ansvarskrav til bankledelser*

alvorligt krav, når der samtidig henses til, at ledelsesmedlemmerne næppe kan betale herfor³²⁹.

Endvidere må der holdes for øje, at den finansielle sektor allerede nu indordner sig efter nogle regler og krav, som de almindelige kapitalselskaber ikke er underlagt, hvorfor yderligere stramninger af loven bør foretages varsomt.

Det må jo netop erindres på den ene side, at bankledelser allerede nu overvåges af Finanstilsynet, revisor (både intern og ekstern), SKAT, den risikoansvarlige, den hvidvaskansvarlige samt én fra compliance, og på den anden side må der blot konstateres, at imens skruen strammes yderligere i denne sektor, så har konkursrytterne i de almindelige kapitalselskaber og fejlslagne projekter i den offentlige sektor, som har kostet statskassen dyrt, ikke undergået samme omfattende regulering³³⁰.

Sagt med andre ord vil yderligere stramninger atter føre til, at færre kan påtage sig disse ledelsesposter. I år 2018 var der 65 pengeinstitutter i Danmark (eksklusive Færøerne og udenlandske filialer)³³¹, hvorfor det endnu ikke burde være umuligt at udfylde ledelsespladserne her. Alligevel er der dog en risiko, fordi eventuelle yderligere stramninger giver et øget behov for ansvarsforsikring, og da det som bekendt ikke er muligt at oprette en forsikring for det strafferetlige ansvar, så kan dette føre til, at færre personer ikke ønsker at påtage sig posten³³².

Folketingets forslag om stramninger har da også fået en række kritikere til at ytre sig. Overordnet bunder kritikken i, at politikerne forsøger at skubbe til det fundamentale princip inden for juraen om, at der ikke gælder en omvendt bevisbyrde, dvs. indtil andet er bevidst, er en ledelse uskyldig, hvilket også bør gælde for ledelsen i en finansiell virksomhed³³³.

Ved gennemgang af kommissoriet af 27. september 2019 for udvalg af skærpet ansvarsvurdering udtrykkes der eksplicit, at der ikke sigtes mod et objektivet ansvar eller en

³²⁹ Jf. Finans Watch, 17. januar 2019, *Professor langer ud efter politikere: Krav om skærpet chefansvar bygger på misforståelse*

³³⁰ Jf. Finans Watch, 17. januar 2019, *Banker advarer om forskelsbehandling: Skrappe ansvarsregler skal gælde alle*

³³¹ Jf. Finans Danmark, Institutter, filialer og ansatte

³³² Jf. Plesner, Ny aftale om markant styrket indsats mod finansiell kriminalitet (2019)

³³³ Jf. Finans Watch, 27. marts 2019, *Overblik: Omvendt bevisbyrde og ransagning i storbanks hovedkontor*

generel vending af bevisbyrden, når arbejdsgruppen skal forsøge at give deres bud på, hvordan FIL kan justeres³³⁴.

Der må derfor indledningsvist udtrykkes en rationel glæde over, at der tages afstand til det objektive ansvar. Dette vil både være enormt tyngende for sektoren, og desuden vil det virke urimeligt, at ledelsen skulle ifalde et ansvar uden at have udvist culpøs adfærd. Dette kan alene i tid og sted perspektiveres til den nuværende pandemikrise (COVID-19), hvor likviditeten i den grad er under pres. For de allerdårligst stillede banker i Danmark med en lav solvens kan krisen føre til bankens sammenbrud, og det vil være ubegribeligt, at en bankledelse skal betale erstatning overfor kreditorer m.fl. som følge heraf.

Henset til bevisbyrden synes diskussionen dog at være anderledes. De analyserede bankdomme i kapitel 5 viste, at der fortsat gælder en ligefrem bevisbyrde, hvor en culpøs handling har medført et tab, og hvor skadelidte skal bevise, at ledelsen har handlet forsætligt eller uagtsomt.

Det skal dog på ny bemærkes, at Højesteret i Capinordic Bank-dommen allerede har gjort brug af en omvendt bevisbyrde, jf. afsnit 5.1.3, hvilket skete ved det kritiserede låneengagement til Alpen Holidays Ferienhäuser GmbH, hvor der var tale om en interessekonflikt.

Spørgsmålet om omvendt bevisbyrde blev også drøftet i forbindelse med den nye Selskabslov. Her blev det dog konkluderet, at det ville være for byrdefuldt, hvis KSL skulle indeholde et præsumptionsansvar³³⁵, dvs. et skærpet culpaansvar, hvor bevisbyrden ligger hos skadevolder.

Denne betragtning bør dog formentlig også ses i et større billede, idet antallet af bestyrelsesmedlemmer i de almindelige kapitalselskaber skal erindres. I år 2008 var der ca. 40.000 kapitalselskaber med en tilknyttet bestyrelse³³⁶, hvorfor en ændring af bevisbyrden vil gøre det sværere at finde personer, der vil påtage sig posterne. Spørgsmålet er, hvorvidt det

³³⁴ Jf. Erhvervsministeriet, Kommissorium for udvalg om skærpet ansvarsvurdering for ledelsesmedlemmer m.v. i finansielle virksomheder af 27. september 2019

³³⁵ Jf. Betænkning 1498/2008 om modernisering af selskabsretten, s. 42

³³⁶ Jf. Erhverv- og Byggestyrelsen, Den kompetente bestyrelse - gør en forskel i din virksomhed (2011), s. 16

overhovedet vil være muligt at besætte samtlige poster i Danmark, når der samtidigt henses til, at dette også *kan* koste betragteligt i bestyrelseshonorar som følge af et skærpet ansvar.

Kommissoriet foreskriver imidlertid ingen begrænsning i vurderingen af professionsansvaret, men ligesom med en omvendt bevisbyrde vil sådan et ansvar også skærpe culpaansvaret, og dermed kan ovenstående betragtning om færre personer til ledelsesposterne atter gentages.

Baseret på ovenstående synes den lovgivende magt ikke tilstrækkeligt at redegøre for helt konkrete tilfælde af, hvor den nuværende lovgivning og retstilstand ikke fungerer efter deres hensigt. Således efterlades der snarere et indtryk af en urimelighedsfølelse hos politikerne, fordi bankledelserne ikke drages til yderligere ansvar for kreditorernes tab.

Omvendt kan det ovenfor konkluderes, at ledelserne allerede er ifaldt et aneligt ansvar, og dette er sket efter de tilfælde, hvor bonus pater-figuren ikke har kunne godtgøre ledelsernes ageren, dvs. der er handlet culpøst. Den samtidige redegørelse af den nuværende lov (kapitel 3+4), herunder udviklingen af denne igennem tiden (kapitel 2), præmissernes betragtninger i øvrigt (kapitel 5) og en vurdering af den indgåede aftales betragtninger samt konsekvenserne for sektoren i øvrigt, jf. nærværende afsnit, finder forfatterne til denne afhandling på baggrund af dette ikke grundlag for at konkludere, at der er behov for en skærpelse i erstatningsansvaret.

Arbejdsgruppen for skærpelse af erstatningsansvaret forventes at rapportere i sommeren 2020³³⁷.

³³⁷ Jf. Erhvervsministeriet, Nyt udvalg skal kulegrave ansvarsregler for ledelse i finansielle virksomheder (2019)

Kapitel 8 Konklusion

I nærværende afhandling er der gjort rede for den såkaldte Business Judgement Rule. Reglen stammer tilbage fra år 1742, hvor ledelsens skøn for første gang blev taget i betragtning i den engelske ret. Herefter bredte reglen sig via de angloamerikanske lande til resten af verden, herunder Danmark. Anvendelsen af reglen sker efter en vurdering af hhv. det indhentede informationsgrundlag til at træffe en given ledelsesbeslutning (duty of care) samt ledelsens iagttagelse af selskabets interesser (duty of loyalty). Til reglen findes abstention doctrine, hvortil retten alene skal efterprøve skønnet, såfremt der er handlet illoyalt eller culpøst.

I dansk litteratur er der bred enighed om, at princippet bag reglen findes, selvom reglen ikke er stadfæstet af den dømmende magt. Det er således alene Thorbjørn Sofsrud, som ikke mener, at Business Judgement Rule er relevant for ansvarsbedømmelsen, hvilket i nærværende afhandling vurderes forkert.

Et flertal i litteraturen peger på, at Business Judgement Rule første gang blev set i sagen om Havemanns stormagasiner (U.1977.274H), men Janus W. Høy konkluderer, at ledelsens skøn allerede blev efterprøvet i år 1956 i sagen om Dansk Panama Industri A/S (U.1956.990S). Senere i dansk retspraksis er lignede domme set, herunder U.1981.973H, og på baggrund af dette konkluderes der, at princippet bag Business Judgement Rule anvendes af de danske domstole som en omtrentlig retsgrundsætning for kapitalselskaberne. Dette må nødvendigvis tilsvarende gælde for de finansielle virksomheder, idet andet ikke er påvist i hverken lovgivning eller domspraksis.

I relation til ovenstående foretages der en vurdering af ansvarsnormen i de finansielle virksomheder. KSL er for de danske banker detailreguleret i FIL med yderligere bestemmelser og præciseringer, hvilket bl.a. fremgår af de krav, der stilles til ledelsen (FIL § 64, Fit and Proper). Afhandlingen slår fast, at denne form for detaljeringsgrad efterlader et indtryk af, at et skærpet ansvar formentlig er gældende for ledelsen i de finansielle virksomheder.

Imidlertid manes dette indtryk til jorden, idet afhandlingens domsanalyse af Capinordic Bank, Amagerbanken og Roskilde Bank slår fast, at retten ikke finder grundlag for et skærpet ansvar, hvorfor individuelle undskyldningsgrunde tåles modsat ved et professionsansvar. Der

er således ikke tale om en indholdsmæssig ændring af culpanormen set ift. de almindelige kapital selskaber. Domstolens afgørelse skaber dog undren henset til den omfattende regulering, som den finansielle sektor er underlagt.

Af domsanalysen fremgår det endvidere, at domstolen erkender princippet bag Business Judgement Rule. Således udvises der varsomhed ved tilsidesættelse af ledelsens skøn. Alligevel ses der i bankdommene både begrænsninger og tilsidesættelser af Business Judgement Rule. I sagen om Capinordic Bank slog retten fast, at ledelsens skøn måtte fraviges, såfremt der var tale om interessekonflikter. Endvidere fastslog domstolen, at der ligeledes måtte være grænser for, hvor groft uagtsomt en ledelse kan skønne, jf. låneengagementet til Oskar Jensen Holding ApS, hvilket understøttes af selvsamme betragtning i sagen om Roskilde Bank ved låneengagement X.

I sagen om Amagerbanken blev der dog set en direkte skærpelse af ledelsens skøn, idet skønnet blev tilsidesat ved låneengagementet vedrørende Østerfælled-ejendommen. Retten mente, at der til trods for ekstern rådgivning og ledelsens efterlevelse af loyalitet alligevel var tale om uagtsom ageren. Sagt med andre ord var der også her tale om, hvor langt ledelsen kunne ramme forbi målskiven, selvom dette var understøttet af både duty of care og duty of loyalty.

Som følge af resultaterne fra de ovenstående bankdomme, dog anført af Højesteret-dommen om Capinordic Bank, vedtog Folketinget den 27. marts 2019 en aftale om en række initiativer mod finansiell kriminalitet, hvorpå en arbejdsgruppe bl.a. skal kigge på de skærpselsesmuligheder, der kan gøres gældende over for ledelsesmedlemmerne i den finansielle sektor.

Aftalens berettigelse vurderes på sin vis at være korrekt, når der henses til FIL og dennes skærpede bestemmelser, men de bagvedliggende overvejelser omkring aftalen vurderes alligevel at ramme forbi, når et skærpet ansvar ønskes at gøres gældende, således at ledelsen hurtigere kan ifalde et ansvar som følge af tab hos kreditorerne.

I de afsluttede sager om Capinordic Bank og Amagerbanken er ledelserne allerede dømt et betydeligt ansvar med krav om erstatning på hhv. 89 mio. kr. og 225 mio. kr., hvorfor retssystemet allerede synes at virke.

Omvendt påpeges det i afhandlingen, at der er en risiko forbundet med en skærpelse i ansvarsnormen. Således vil en skærpelse, f.eks. pålægge hvervet et professionsansvar, betyde, at færre personer ønsker at påtage sig posten. Dette har også en effekt på honoraret, idet en øget risiko alt andet lige fører til et højere honorar.

Baseret på diskussionen af Folketingets aftale samt de betragtninger og vurderinger, der er gjort løbende i afhandlingen, herunder domstolenes analyserede præmisser i de tre bankdomme, finder forfatterne til denne afhandling ikke grundlag for at konkludere, at der er behov for en skærpelse i erstatningsansvaret.

Sideløbende med ansvarsnormen har afhandlingen forholdt sig til medarbejderrepræsentationen i bestyrelserne. Afhandlingen slår indledningsvist fast, at medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer har akkurat samme pligter og rettidigheder i bestyrelsen som ethvert andet medlem, herunder tavshedspligt, strafansvar samt erstatningsansvar.

Retspraksis på området er dog sparsomt, men det er af ældre sager set, at domstolen i særlige tilfælde er tilbøjelig til at lempe ansvaret for medarbejderrepræsentationen, om end begrundelsen herfor ikke er fundet godtgjort, jf. sagen om Nordisk Fjerfabrik Holding Aktieselskab (Østre Landsrets dom af 14. december 1993, 9. afd., a.s. nr. S-3113-93), hvor ansvaret blev lempet som følge af manglende forudsætninger for at indgå i bestyrelsesarbejdet.

I sagen om Amagerbanken blev de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer friholdt for ansvar ved låneengagementet på Østerfælled-ejendommen. Retten begrundede afgørelsen med, at medarbejderrepræsentationen havde vanskeligere ved at sige den øvrige bestyrelse imod, da der skulle foretages afgørende beslutning om det ansvarspådragende låneengagement. Her findes begrundelsen atter ikke godtgjort, idet forfatterne til denne afhandling tolker dommen således, at de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer er underlagt instruktionsbeføjelse. Hvervet som bestyrelsesmedlem er dog personligt, hvorfor sådan en beføjelse ikke kan gøres gældende.

Til brug for yderligere analyse af de eksisterende domme samt sagen om Amagerbanken i øvrigt, er nyere retspraksis analyseret. Medarbejderrepræsentationen var i Burmeister & Wain Energy A/S tiltalt for grov forretningsførelse, hvorfor konkurskarantæne var gjort gældende. Resultatet af dommen viste også her en friholdelse af de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer, men denne gang var dette retmæssigt begrundet, idet de menige medlemmer havde tilbageholdt oplysninger for medarbejderrepræsentationen.

Det konkluderes derfor, at der fortsat ikke sondres mellem bestyrelsesmedlemmerne, men der findes enkelttilfælde, hvor domstolen uretmæssigt med vage begrundelser alligevel gør forskel. Dette vurderes dog snarere at være undtagelsen end reglen.

Bibliografi

Bøger

Andersen, P. K. (2019). *Aktie- og anpartsselskabsret* (14. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Brenøe, T., Hjetting, M., Simonsen, M., & Stadil, M. (2019). *Lov om finansiel virksomhed: med kommentarer* (4 udg.). København: Karnov Group.

Bunch, L., & Whitt, S. C. (2018). *Selskabsloven med kommentarer* (3. udg.). København: Karnov Group.

Dahl, B. (2017). *Erhvervsjura* (14. udg.). København: Handelshøjskolens Forlag.

Gomard, B., & Schaumburg-Müller, P. (2015). *Kapitalselskaber og Erhvervsdrivende fonde* (8. udg.). Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Hansen, C. J., Jensen, H. H., & Madsen, J. L. (2004). *Medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer* (1. udg.). København: Forlaget Thomsen.

Hansen, S. F., & Krenchel, J. V. (2019). *Dansk selskabsret II* (5. udg.). København: Karnov Group.

Høy, J. W. (2020). *Bestyrelsens ansvar - med særlig fokus på finansielle virksomheder* (1. udg.). København: Karnov Group.

Olesen, K. N., & Lilja, T. M. (2016). *Domsanalyse* (2. udg.). København: Samfundslitteratur.

Schaumburg-Müller, P., & Werlauff, E. (2010). *Selskabsloven med kommentarer* (1. udg.). København: Jurist- og Økonomiforbundets forlag.

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

Tvarnø, C. D., & Nielsen, R. (2017). *Retskilder og retsteorier* (5. udg.). København: Jurist- og Økonomforbundets forlag.

von Eyben, B., & Isager, H. (2015). *Lærebog i erstatningsret* (8. udg.). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Werlauff, E. (2016). *Werlauffs kompendier* (4. udg.). København: FairPublishing

Artikler

Bahn, M. (16. januar 2019). Juraekspert: Med Capinordic-dom står Folketinget og Finanstilsynet magtesløse tilbage. *Information*.

Bainbridge, S. M. (2004). The Business Judgement Rule as Abstention Doctrine. *Vanderbilt Law Review* (57:1).

Bentow, D. (15. januar 2019). Analyse: Dagens dom tyder ikke godt for de øvrige ankesager, som statens bankopryddere har på programmet. *Børsen*.

Birkmose, H. S., Clausen, N. J., & Ohnemus, L. (februar 2017). Bankbestyrelsens byrder – jura, risikostyring eller forretningsudvikling? *Finans/Invest*, s. 6-13.

Brahm, K., & Høberg, J. (8. marts 2020). Staten har brugt 815 mio. kr. på retsopgøret mod bankledelser. *Finans*.

Dahl Advokatfirma. (6. februar 2019). Højesteretsdom slår en række principper for bestyrelsesansvar fast.

Erhardtsen, B. (4. december 2017). Spektakulært retsopgør fortsætter: Roskilde Bank-direktører skal igen for retten. *Berlingske*.

Erhardtsen, B. (27. juni 2019). Nu må Roskilde Bank-ledelsen ryste i bukserne. *Berlingske*.

Erhardtsen, B., & Kailay, S. S. (19. januar 2019). Højesteret har talt: Ledelse i krakket rigmandsbank skal betale millionerstatning. *Berlingske*.

Granerud, L. (9. september 2019). Ny afgørelse beskytter medarbejdere i bestyrelser: Man skal ikke være jurist eller revisor. *A4 Nu*.

Hagemann-Nielsen, M. (26. juni 2019). Ekspert om dom i sag om Amagerbanken: "Det er et relativt ekstremt tilfælde". *Børsen*.

Hagemann-Nielsen, M. (15. januar 2019). Højesteret stadfæster dom i sag om krakket Capinordic-bank: Ledelse skal betale 89 millioner i erstatning for uforsvarlige lån. *Børsen*.

Hansen, B. (28. januar 2013). Se alle de krakkede danske banker. *TV2*.

Hecklen, A. (17. november 2017). Roskilde Banks ledelse frikendt for ansvar ved bankkrak. *Danmarks Radio*.

Hecklen, A. (7. november 2017). Svaneborg: Roskilde Bank-dom sender voldsom kritik mod advokaters arbejde. *Danmarks Radio*.

Hedelund, D., & Plesner, M. (17. januar 2019). Professor langer ud efter politikere: Krav om skærpet chefansvar bygger på misforståelse. *Finans Watch*.

Heiselberg, L. (1999). Aktieselskabsloven i 25 år - selskabsrettens udvikling og udvidelse. *Juridiske emner ved Syddansk Universitet*, s. 38-48.

Høie, T. C. (7. november 2017). Ekspert om Roskilde Bank-dom: En fuldstændig frifindelse. *Børsen*.

Ottesen, K. (15. november 2015). Forstå sagen om Roskilde Bank. *Danmarks Radio*.

Petersen, S. (31. juli 2019). Amagerbank under konkurs - Dom om erstatningsansvar. *Ret&Råd Advokater*, s. 9.

Plesner, M. (27. marts 2019). Overblik: Omvendt bevisbyrde og ransagning i storbanks hovedkontor. *Finans Watch*.

Plesner, M., & Hedelund, D. (17. januar 2019). Banker advarer om forskelsbehandling: Skrappe ansvarsregler skal gælde alle. *Finans Watch*.

Plesner, M., & Hedelund, D. (18. januar 2019). Minister vil kigge nærmere på ansvarskrav til bankledelser. *Finans Watch*.

Ritzau. (30. april 2012). Fakta: Sådan krakkede Roskilde Bank. *Børsen*.

Ritzau. (15. januar 2019). Højesteret er enig med landsretten på stort set alle punkter i sag om en banks erstatningsansvar. *Dagbladet Ringkøbing Skjern*.

Ritzaus Bureau. (24. april 1996). Roskilde Bank køber Ringsted Sparekasse.

Samuelsson, M., & Fornander, B. (2008 (opdateret i 2013)). Bestyrelsens ansvar. *Børsen Ledelse*.

Sixhøj, M. (14. august 2014). Amagerbanken frikendt for erstatningsansvar. *Berlingske*.

Vilbøll, S. M. (19. januar 2019). Krakket 'rigmandsbank' får Højesteretsdom: Ledelsen skal betale 89 millioner i erstatning. *Danmarks Radio*.

Werlauff, E. (1994). Bestyrelsens tilsynsansvar: med udgangspunkt i to straffedomme om organisation, tilsyn m.v. *Jf. Revision & Regnskab*, s. 9.

Werlauff, E. (22. august 2017). Hvorfor blev Amagerbankens bestyrelse og direktion blankt frifundet. *Din Jura*, s. 11-13.

Werlauff, E. (februar 2018). Hvorfor blev ledelse og revisorer i Roskilde Bank frifundet? trods nogle fejl hos ledelsen? *Din Jura*, s. 8-10.

Werlauff, E. (juli 2019). Bankledelsens erstatningsansvar – læren af Højesterets dom fra 2019 om Capinordic Bank. *Din Jura*, s. 13-17.

Rapporter

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

Finanstilsynet. (2019). *Systemisk vigtige finansielle institutter (SIFI)*.

Gerner-Beuerle, C., Paech, P., & Schuster, E. P. (2013). *Study on Directors' Duties and Liability*. Law. London: London School of Economics.

Johansen, D. H., Pedersen, K., Fuglsang, T., & Koch, D. H. (2011). *Den kompetente bestyrelse - gør en forskel i din virksomhed*. Erhvervs- og Byggestyrelsen.

Rangvid, J. (2013). *Den finansielle krise i Danmark - årsager, konsekvenser og læring*. Erhvervs- og Vækstministeriet .

Rigsrevisionen. (2011). *Beretning til Statsrevisorerne om tildelingen af individuel statsgaranti til Amagerbanken A/S*. København.

Webside

Erhvervsministeriet. (20. november 2019). *Nyt udvalg skal kulegrave ansvarsregler for ledelse i finansielle virksomheder*. Hentet fra <https://em.dk/nyhedsarkiv/2019/november/nyt-udvalg-skal-kulegrave-ansvarsregler-for-ledelse-i-finansielle-virksomheder/>

Erhvervsstyrelsen. (2011). *Vejledning om reglerne for selskabs- og koncernrepræsentation*. Hentet fra <https://erhvervsstyrelsen.dk/vejledning-reglerne-selskabs-og-koncernrepraesentation>

Farbøl, R., Sørensen, A. E., & Olesen, T. B. (1. November 2018). *Økonomisk demokrati, ca. 1965-1993*. Hentet fra <https://danmarkshistorien.dk/leksikon-og-kilder/vis/materiale/oekonomisk-demokrati-ca-1965-1993/>

Finans Danmark. (u.d.). *Institutter, filialer & ansatte*. Hentet fra <https://finansdanmark.dk/toerre-tal/institutter-filialer-ansatte/>

Horten. (1. juli 2019). *Amagerbankens tidligere ledelse skal betale millionerstatning*. Hentet fra <https://www.horten.dk/nyhedsliste/2019/juli/amagerbankens-tidligere-ledelse-skal-betale-millionerstatning>

Plesner. (28. marts 2019). *Ny aftale om markant styrket indsats mod finansiell kriminalitet*. Hentet fra https://www.plesner.com/insights/artikler/2019/03/ny-aftale-om-markant-styrket-indsats-mod-finansiell-kriminalitet?sc_lang=da-DK

Rose, C. (11. August 2011). *Medarbejderrepræsentanter er kommet for at blive*. Hentet fra <https://dagensdagsorden.dk/governance/bestyrelsessammensaetning/medarbejderrepraesentanter-er-kommet-for-at-blive/>

Øvrige

(27. marts 2019). *Aftale mellem regeringen (Venstre, Liberal Alliance og Det Konservative Folkeparti) og Socialdemokratiet, Dansk Folkeparti, Radikale Venstre og Socialistisk Folkeparti om STYRKELSE AF INDSATSEN MOD FINANSIEL KRIMINALITET.*

Bekendtgørelse nr. 344 af 30. marts 2012 om medarbejderrepræsentation i aktie- og anpartsselskaber

Bekendtgørelse nr. 1026 af 30. juni 2016 om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl.

Berg, C., & Langsted, L. B. Er bestyrelsesansvaret blevet skærpet? (U.1994B.183). *Karnov*, s. 183-191.

Betænkning 362/1964 om revision af aktieselskabslovgivningen

Betænkning 540/1969 om en fællesnordisk aktieselskabslovgivning

Betænkning 1383/2000 om revision af erstatningsansvarsloven m.v.

Betænkning 1498/2008 om modernisering af selskabsretten

Betænkning 1525/2011 om konkurskarantæne

Folketingstidende 1972-73, Tillæg A

Folketingstidende 1972-73, Tillæg B

Forordning (EU) nr. 575/2013 af 26. juni 2013 om tilsynsmæssige krav til kreditinstitutter og investeringsselskaber

Gomard, B. Bestyrelsesansvar (U.1993B.145). *Karnov*, s. 145-153.

Komitéen for god Selskabsledelse; Anbefalinger for god Selskabsledelse. (23. november 2017).

Söderström, R. (5. December 2019). Skadeståndsanspråk mot ledande befattningshavare i banker - särskilt om culpaprövningen vid osunt risktagande. *Juridisk Tidskrift (Sverige)*, Nr 2 2019/20, s. 343-356.

Sørensen, K. E. Ledelsesansvar og det forretningsmæssige skøn – konturerne af den danske version af Business Judgment Rule (U.2019B.299). *Karnov*, s. 299-309.

Werlauff, E. Capinordic– dommen – første dom om ledelsesansvar efter finanskrisen (RR.2015.12.0044). *Karnov Group*.

Domsregister

U.1925.49H	U.1989.812H	U.2002.2263H
U.1956.990S	U.1993.165H	U.2004.2253H
U.1961.515H	U.1997.1457H	U.2006.870H
U.1962.151H	U.1997.1475H	U.2009.2142H
U.1962.452H	U.1997.1680H	U.2010.2757V
U.1968.515V	U.1997.283H	U.2011.1290H
U.1977.274H	U.1998.1137H	U.2011.2815H
U.1979.777V	U.2000.1013H	U.2015.2075H
U.1981.973H	U.2001.781H	U.2019.1907H
U.1982.595H	U.2001.873H	U.2019.2639H

Utrykte domme

Retten i Lyngby af 12. juni 2017, nr. BS 159-509/2013

Sø- og Handelsrettens dom af 3. maj 2019, nr. BS-10154/2018-SHR, BS-10157/2018-SHR og BS-10158/2018-SHR

Østre Landsrets dom af 14. december 1993, 9. afd., a.s. nr. S-3113-93

Østre Landsrets dom af 9. oktober 2015, 13. afd. nr. B-876-11 og B-877-11

Østre Landsrets dom af 7. november 2017, 7. afd. nr. B-1291-10 og B-1851-10

Østre Landsrets dom af 9. maj 2019, 20. afd. nr. B-138-17

Østre Landsrets dom af 26. juni 2019, 22. afd. nr. B-1390-17 og B-1831-17

Østre Landsrets dom af 23. august 2019, 15. afd. nr. BS-22550/2019-OLR, BS-22551/2019-OLR og BS-22552/2019-OLR

Forkortelser

APSL	Anpartsselskabsloven (ophævet)
ASL	Aktieselskabsloven (ophævet)
DL	Danske Lov
EAL	Erstatningsansvarsloven
FIL	Lov om finansiel virksomhed
KL	Konkursloven
KML	Kapitalmarkedsloven
KSL	Selskabsloven (Lov om aktie- og anpartsselskaber)
RPL	Retsplejeloven
VPHL	Værdipapirhandelsloven (ophævet)

Bilag

Bilag 1 - Årsrapporter

Registreringsoplysninger og årsrapporter kan for Capinordic Bank A/S, Amagerbanken A/S og Roskilde Bank A/S rekvireres via cvr-registeret:

Capinordic Bank A/S

CAPINORDIC BANK A/S under konkurs
Strandvejen 58
2900 Hellerup
CVR: 10904390

Amagerbanken A/S

AMAGERBANKEN. AKTIESELSKAB under konkurs
Amagerbrogade 25
2300 København S
CVR: 15773928

Roskilde Bank A/S

SELSKABET AF 1. SEPTEMBER 2008 A/S under konkurs
Algade 14
4000 Roskilde
CVR: 50020010