



Copenhagen
Business School
HANDELSHØJSKOLEN

Bestyrelsesansvaret - fra Havemanns magasin til banksagerne

Århus, den 7. november 2019

Professor lic.jur.

Søren Friis Hansen

CBS LAW



Oversigt

- **Generelt om ledelsesansvar og almindelige erstatningsbetingelser**
- **Business Judgment Rule efter banksagerne**
- **Ansvar for fortsat drift efter *håbløshedstidspunktet***
- **Ledelsesansvar i koncerner (herunder moderselskabets ansvar); UfR 2018.1487H**
- **Kort om Kurators alternativ (SL § 194)**



Generelt

Erstatningsreglerne i KSL er en kodifikation af dansk rets **almindelige ulovfæstede erstatningsregel**.

- Cupla-reglen
- **Alle** erstatningsbetingelser skal være opfyldt.

Selskabsloven af 2009

- Cuplareglen fastholdes som ansvarsnorm
- Øget fokus på ledelsens ansvar
 - På bekostning af visse formelle kapitalbeskyttelsesregler
 - Frihed under ansvar



Almindelige erstatningsbetingelser

1) Økonomisk tab hos skadelidte

2) Culpa (skyld):

- forsæt
- uagtsomhed
 - simpel uagtsomhed
 - grov uagtsomhed

Traditionel erstatningsretlig teori:

- **"Bonus pater" vurdering (normalperson)**

Nyere litteratur:

- mere objektiv, sammenligning med almindelig accepteret adfærd



Almindelige erstatningsbetingelser

3) Tilregnelighed

- Defekter eller mangler ved dømmekraften (Eks: sindsygdom)

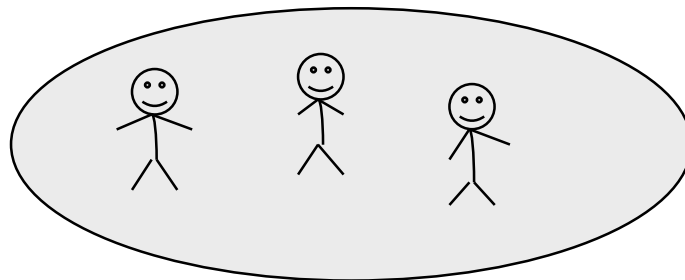
4) Årsagssammenhæng (causalitet)

5) Påregnelighed (adækvans)

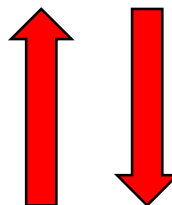
- Ikke enhver følge af en handling udløser erstatningsansvar
- Har den skadevoldende handling efter en objektiv bedømmelse forøget risikoen for den skade, der faktisk er indtrådt ?

Den danske model (A/S)

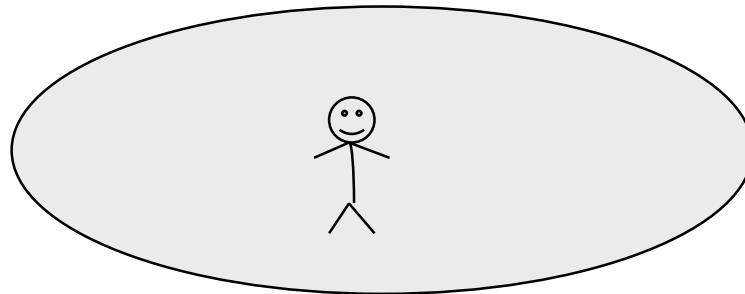
Bestyrelse



Direktør **kan** være
medlem
(ikke Formand)
(ikke Flertal)



Direktion



Bestyrelsen **kan**
give retligt
bindende instrukser
til direktøren



Generelt om erstatningsansvar

Erstatningsansvar for såvel;

- **Handlinger, som undladelser**

Flere skadevoldere:

- Solidarisk hæftelse over for skadelidte

Nedsættelse / bortfald af erstatningspligt:

- egen skyld hos skadelidte
- Samtykke / accept af risiko

Skadelidte har bevisbyrde:

- Dansk rets hovedregel; skadelidte har bevisbyrden
- overfor hvert enkelt medlem af ledelsen



Årsagssammenhæng

UfR 2015.2075H

Selskab videreført efter håbløshedstidspunktet

- Efter selskabets konkurs, gøres selskabets erstatningskrav mod ledelse og revisor gældende af konkursboet

Selskabets revisorer havde handlet ansvarspådragende

- Manglende forbehold vedr. værdiansættelse af selskabets varelager og et tilgodehavende

MEN: ikke årsagsforbindelse mellem ansvarspådragende fejl og tabet. Ikke godtgjort:

- at regnskabet havde krævet nedskrivninger og hensættelser
- eller at sådanne ændringer ville have ført til en indstilling af driften, eller at bankerne ville have nægtet fortsat långivning



Tabet

UfR 2018.1985H:

- Salg af selskabets virksomhed og efterfølgende konkurs
- Ledelsen i nødlidende selskab har en udvidet pligt til at sikre, at overdragelse af aktiver sker til markedsværdi
 - Pligten gælder også for selskabets advokat
- H fandt ikke, at markedsværdien af den solgte going concern-virksomhed oversteg salgssummen
- Derfor intet tab



Culpabegrebet i selskabsretten, 1

a) Hvilke krav stiller hvervet?

Medlemmer af bestyrelse/tilsynsråd er generalister

- opgaver fremgår af SL § 115 og 116

Direktør varetager den daglige ledelse (§ 117)

- Culpa-standarden er den samme for **ALLE** best.-medlemmer
- også familiemedlemmer og medarbejdere
 - Betydning af ØL's dom i Amagerbank-sagen?
- Der er IKKE tale om professionsansvar
- MEN; den enkeltes særlige kvalifikationer kan virke skærpende for vedkommende
- Mulighed for lempelse af ansvar



Culpabegrebet i selskabsretten, 2

b) "The business judgment rule"

- ikke ethvert tab medfører erstatningsansvar
- Culpa-bedømmelse på tidspunktet for handlingen (ikke bagklogskab)
- Ansvarsfrihed for forretningsmæssigt skøn i god tro

c) har den skadevoldende adfærd været uacceptabel?

- ikke krav om konstant optimal indsats.



Business Judgment Rule efter bank-sagerne

De seneste ansvarsdomme i banksager

- Højesterets dom i Capi Nordic-sagen; UfR 2019.1907H
- Østre Landsrets dom i Amagerbank-sagen af 26. juni 2019
 - Sagen kommer ikke for Højesteret



Generelt om bank-sagerne

Samme ansvarsnorm i en bank som i et aktieselskab

- Culpa, SL § 361
- Ansvaret for det enkelte ledelsesmedlem må vurderes i lyset af den særlige indsigt, vedkommende måtte have
- Vurderingen af forsvarlighed foretages på baggrund af de oplysninger, som forelå på beslutningstidspunktet
- Betydning af lovovertrædelser beror på konkret vurdering af de hensyn, der ligger bag de enkelte bestemmelser



Generelt om bank-sagerne

- Bestyrelsens fravigelse af egne retningslinjer er ikke i sig selv ansvarspådragende
 - Men direktionen vil kunne blive ansvarlig for overtrædelse af bestyrelsens retningslinjer uden accept
- Ansvar for lånebevillinger vurderes konkret for hvert enkelt lån
- ØLD i AB-sagen: Konkret vurdering: ikke ansvar for den måde, hvorpå banken var organiseret



Business Judgment Rule

- Udviklet i amerikansk ret
- Herskende opfattelse i dansk litteratur; Gomard Højesteret i Capinordic-dommen
- (og ØL i AmagerBank-dommen):
- *”Der bør udvises forsigtighed med at tilsidesætte det forretningsmæssige skøn, der er udøvet af bankens bestyrelse og direktion ved bevilling af et lån”*
 - MEN; ØL tilsidesatte jo netop det forretningsmæssige skøn i forhold til valutaremmen?



Uvedkommende hensyn

Hvis ledelsen har inddraget uvedkommende hensyn, gælder Business Judgment Rule ikke

Højesteret:

- *”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 – 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”*



Business Judgment Rule

- Selskabets strategi kan være risikobetonet (Eik Bank-sagen)
- Hvis håbløshedstidspunktet er indtruffet, er der intet forretningsmæssigt skøb
- Uvedkommende hensyn
- Eks; ved inhabilitet



Fortsat drift efter håbløshedstidspunktet

UfR 1977.274H; Havemann-dommen

- Rekonstruktionsforsøg havde været realistisk
- Ikke pligt til at oplyse leverandører om betalingsvanskeligheder

UfR 1998.1137H "OKStimist"

- Fortsatte driften efter at det burde have stået klart, at det var formålsløst

UfR 2017.1376V: Skævdeling efter håbløshedstidspunktet

- Selskabets ledelse erstatningsansvarlig ved fortsat drift af insolvent selskab
- Ikke ligelig fordeling af selskabets aktiver blandt kreditorerne
- Havde nedbragt kassekreditten, men ignoreret momskrav



Fortsat drift efter håbløshedstidspunktet

UfR 2015.257V; Kartoffel-AMBA

- Underskud i 2008/09, konkurs i 2010
- Sparekasse anlagde erstatningssag mod ledelsen
- Havde AMBA optaget kredit efter håbløshedstidspunktet?
- MEN; Sparekassen havde givet opbakning
 - havde deltaget i møder og modtaget månedlige balancer
- Ikke urealistiske drøftelser om fusion
- VL: Ikke erstatningsansvar



Fortsat drift efter håbløshedstidspunktet

UfR 2017.2371V; ApS i byggebranchen

Egenkapital negativ 2011/12, lille overskud

- Juni 2013: Revisor giver afkræftende påtegning på årsrapporten for 2012,
- Ikke problemer med banken, ordrer i bogen
- 8. oktober 2013: ApS taber voldgiftssag; krav 226.000
- B1 og B2 udtræder herefter af direktionen i ApS
- Byggemarked havde i maj-oktober 2013 levereret varer til ApS for 448.000, hvoraf 350.000 var betalt
- B1 og B2 burde ikke have indset, at det var urealistisk at fortsætte ApS

VL: Ikke erstatningsansvar



Fortsat drift efter håbløshedstidspunktet

UfR 2017.3020V; Foreningsbestyrelse ansvarlig over for entreprenør

- Foreningen F stiftet med henblik på bevaring af gammel mølle
- Møllen skulle renoveres, tilbud indhentet
- Marts 2014; Bestyrelsen erfarer at arbejdet bliver mere omfattende end forventet, + 700.000 DKK
- Møde i juni 2014; F manglede at betale 350.000
 - Entreprenør får besked på at beregne færdiggørelse
- VL: Tre bestyrelsesmedlemmer i F erstatningsansvarlige over for entreprenøren



Ansvar i koncerner

Ethvert datterselskab er en selvstændig juridisk person med egen ledelse

- HR; Moderselskab er som kapitalejer alene ansvarlig for groft uagtsom adfærd; SL § 362
- U: Moderselskab, der er de facto leder af datterselskabet, bliver ansvarlig efter SL § 361
- UfR 1997.367H (Satair)



Ansvar i koncerner

UfR 2018.1487H: M's ansvar for D's sagsomkostninger

- Datterselskab tabte erstatningssag mod danske myndigheder, og blev pålagt at betale sagsomkostninger
- D havde indstillet erhvervsmæssig aktivitet i 2009. Moderselskab finansierede herefter sagsomkostninger
- Personsammenfald i ledelsen hos D og M
- H lagde til grund, at M havde haft fuldt kendskab til sagens genstand og tabsrisikoen for de danske myndigheder
- Det var derfor ansvarspådragende for M at lade D videreføre sagen uden hensyn til D's manglende betalingsevne



Materiel koncernret

Moderselskabets ansvar

Business Judgment Rule gælder ikke ved varetagelse af andre koncernselskabers interesser:

- ØL i Capinordic-dommen: Hensynet til koncernforbundne datterselskabers økonomiske interesser er uvedkommende hensyn og kan begrunde erstatningsansvar
- Ledelsen i et koncernselskab skal alene varetage dette selskabets interesser

Lovfæstet regel om væsentlige transaktioner

- SL § 139 d, som affattet ved lov 369 af 9. april 2019 (Direktiv 2017/828)



Ansvar i koncerter

UfR 2018.1487H

Højesteret:

- *”Efter de foreliggende oplysninger om selskabets økonomi og virksomhed ved sagens anlæg og om den oprindelige påstand er der heller ikke i øvrigt fuldt tilstrækkeligt grundlag for at anse sagsanlægget i 2007 for uforsvarligt under hensyn til risikoen for at blive pålagt sagsomkostninger.”*



Ansvar i koncerter

UfR 2018.1487H

Højesteret:

- *"Højesteret lægger til grund, at det i hvert fald **efter ophøret af den erhvervsmæssige aktivitet i Nethleas i 2009**, hvor retssagen i øvrigt blev udvidet med en erstatningspåstand på et trecifret millionbeløb, **har stået klart for selskabets ejer og leder, Van der Boom Holding, at Nethleas ikke kunne betale de omkostninger, der var forbundet med retssagen.** Det gælder både egne omkostninger og eventuelle sagsomkostninger til modparten. Højesteret lægger til grund, at Van der Boom Holding sørgede for finansiering af Nethleas' egne procesomkostninger, men ikke for at sikre mulighed for at betale det meget betydelige sagsomkostningsbeløb, som Nethleas måtte forvente at skulle betale til de sagsøgte myndigheder, hvis selskabet tabte retssagen."*



Ansvar i koncerner

UfR 2018.1487H

Højesteret:

- "Efter bevisførelsen, herunder navnlig vidneforklaringerne og finansieringsaftalen af 13. september 2011 samt dokumenterne vedrørende grundlaget for den beløbsmæssige opgørelse af erstatningskravet på 559.078.876 kr., **finder Højesteret det godtgjort, at Roland van der Boom - og dermed Van der Boom Holding – har haft fuldt kendskab til sagens genstand og forløb og til tabsrisikoen for de danske myndigheder som følge af selskabets manglende evne til at betale sagsomkostninger.**
- *På den anførte baggrund tiltræder Højesteret, at det fra 2009 var ansvarspådragende for Van der Boom Holding at lade Nethleas videreføre retssagen uden hensyn til Nethleas' manglende evne til at betale sagsomkostninger til modparten, hvis sagen blev tabt."*



UfR 2018.1487H; Dommen er principiel

Dommen har generel betydning ved bedømmelse af moderselskabers ansvar for tab hos datterselskabers kreditorer

- Påbegyndelse af aktivitet i datterselskab kan i sig selv være uforsvarlig
- Hvis personsammenfald mellem ledelserne i M og D, har moderselskabet; *"fuldt kendskab til sagens forløb og D's manglende betalingsevne"*
- Fortsættelse af omkostningskrævende aktivitet i datterselskab, efter at selskabet er ophørt med erhvervsmæssig (dvs. indtægtsgivende) aktivitet, er uforsvarlig



Beslutning om sagsanlæg på selskabets vegne (§ 364)

Beslutning om sagsanlæg på selskabets vegne efter KSL § 361 skal træffes af Generalforsamlingen

- Kapitalejeres inhabilitet mht søgsmål, KSL § 86
- U: 10 % har stemt mod decharge, KSL § 364, stk.3
- Så kan minoriteten anlægge sag
 - Den enkelte kapitalejer kan **ikke** anlægge sag på egne vegne, hvis tabet har ramt selskabet
 - Kun hvor en kapitalejer har lidt et **individuel tab**, kan denne anlægge sag på egne vegne



Søgsmålskompetence ved selskabets konkurs

Ved selskabets konkurs har kurator søgsmålskompetencen

- UfR 1993.165H (Nordisk Fjer)

KL § 137

- Kreditor kan anlægge sag, som boet ikke ønsker at anlægge
- Kreditor anlægger sag på egen regning og risiko
- Kan ikke tilsidesætte decharge
- SKM2013.538.ØLR; *“Princippet i KL § 137”* efter **likvidation**
 - I klar strid med forarbejder til KL § 137!



Kurators alternativ; SL § 194

Tilbagesøgning af midler, udbetalt i strid med bestemmelser i selskabsloven (SL § 194, stk. 1)

- Krav kan rettes mod modtager
 - Ikke krav om culpa
 - Ved udbytte kræves dog ond tro hos kapitalejeren
- OG, de der har medvirket til beslutningen (stk. 2)
- Hele det udbetalte beløb, med renter, skal tilbagebetales



Kurators alternativ; SL § 194

Eksempler på ulovlige udbetalinger:

- Maskeret udbytte (se skatteretlig praksis)
- Ulovligt aktionærlån
- Ulovlig selvfinansiering
- Selskabets udbetaling af 'garanti' til kapitaltegnere
- Skævdeling af udbytte baseret på ejeraftale

HUSK; Ejeraftaler binder IKKE konkursboet!

- En ejeraftale er IKKE en gensidigt bebyrdende aftale i henseende til KL § 55!



Sammenfatning

Udvikling i retspraksis vedr. ledelsens erstatningsansvar 2017-19:

- *Business Judgment Rule* bekræftet i dansk retspraksis
 - Forholdvis klart udviklet af Højesteret i Capinordic-sagen
- Yderlige praksis om håbløshedstidspunktet
- Erstatningsansvar for moderselskabet og dets ledelse

Afslutning og spørgsmål