

Bestyrelsens opgaver, kompetencer og ansvar i finansielle virksomheder

(Supervisory Board's tasks, qualifications and liability in financial undertakings)

Forord

Denne afhandling er udarbejdet i samarbejde mellem begge forfattere. Alle problemstillinger er drøftet og gennemarbejdet i fællesskab inden skriveprocessen. Herefter er teksten drøftet og rettet i fællesskab. Kapitel 1, indledninger og delkonklusioner til de enkelte kapitler samt den endelige konklusion er udarbejdet i fællesskab.

David Mølgaard Longerich har udarbejdet udkast til:

- Afsnit 2.3.2.2.-2.4.2.
- Afsnit 3.2.2.
- Afsnit 3.2.3.1.2-3.2.3.2.2.
- Afsnit 3.2.4.1. og 3.2.4.3.
- Afsnit 4.2.2.
- Afsnit 4.3.1.2.-4.3.1.3.
- Afsnit 4.3.2.3. og 4.3.2.5.-4.3.2.6.
- Afsnit 4.4.2.-4.4.3.

Rasmus Blume Smidt har udarbejdet udkast til:

- Afsnit 2.2.-2.3.2.1.
- Afsnit 3.2.1.
- Afsnit 3.2.3.1.1.
- Afsnit 3.2.4.2.
- Afsnit 4.2.1.
- Afsnit 4.2.3.
- Afsnit 4.3.1.1.
- Afsnit 4.3.2.2. og 4.3.2.4.
- Afsnit 4.4.1.

Abstract

Whereas ordinary undertakings are subject to the Danish Companies Act, financial undertakings are subject to both the Company Act and the Financial Business Act. The purpose of this master thesis is to analyse the requirements for the Supervisory Board's (the Board) tasks and qualifications in Danish financial undertakings and to determine whether the Board is subject to a stricter liability norm compared to ordinary undertakings.

Due to the socioeconomic role of financial undertakings and in order to ensure sound overall and strategic management the Board is subject to strict and detailed rules regarding its tasks compared to ordinary undertakings. As an example, the Board must implement detailed rules of procedure that define how the Board will carry out its tasks. Further, it must draft a business model, a risk strategy, procedures for risk control, and detailed guidelines for the tasks of the Board of Management to ensure that decisions of greater importance are presented to, and decided by, the Board. In relations to both set of rules, the fulfilment of the tasks is subject to the proportionate principle.

To ensure that society have trust in the financial sector and to ensure that the Board can perform its tasks satisfyingly only people that fulfil certain fit&proper requirements in the Financial Business Act can become members of the Board. For the same purposes rules for collective suitability have been put in place. These requirements lead to a professionalization of the Board and its members because only individuals with some professional capabilities can become Board members. The rules also ensure that members who cannot fulfil their tasks properly are ordered to resign by the Danish Financial Supervisory Authority – a power that secures a continuing high standard in the Board.

Board members are liable to pay damages if they intentionally or negligently have caused damage to another entity – culpa liability. The culpa liability is measured by a responsibility norm for Board members. Due to the stricter rules regarding their tasks and the fact that Boards in financial undertakings are more professional than in ordinary undertakings, the Board members of financial undertakings are subject to a stricter re-

sponsibility norm. Some evidence to that assumption has been given by the case of Capinordic Bank A/S where the Eastern High Court of Denmark found members of the Board liable for several loans granted to customers primarily after the financial crisis. Compared to case law regarding ordinary undertakings, the ruling in the case of Capinordic Bank A/S was a strict ruling.

Indholdsfortegnelse

Kapitel 1	1
1.1. Indledning.....	1
1.2. Problemformulering	3
1.3. Struktur for afhandlingen	3
1.4. Metode	4
1.4.1. Den retsdogmatiske metode	4
1.4.2. Retskilder og metodiske udfordringer.....	4
1.4.3. Begrebsafklaring	8
1.5. Afgrænsning	9
Kapitel 2 – Bestyrelsens opgaver.....	11
2.1. Indledning.....	11
2.2. Ledelsesstruktur.....	11
2.3. Bestyrelsens opgaver	13
2.3.1. Bestyrelsens opgaver efter SL kapitel 7.....	13
2.3.1.1. Den overordnede og strategiske ledelse	13
2.3.1.2. Forsvarlig organisation.....	15
2.3.1.3. Specifikke tilsynsforpligtelser	15
2.3.2. Bestyrelsens opgaver efter Fil. kapitel 8.....	17
2.3.2.1. Proportionalitet ved vurderingen af bestyrelsens opgaver	19
2.3.2.2. Overordnet og strategisk ledelse i finansielle virksomheder.....	22
2.3.2.3. Forsvarlig organisation.....	29
2.4. Bestyrelsens forretningsorden	30
2.4.1. Forretningsordenen efter selskabsloven.....	31
2.4.2. Forretningsordenen efter Fil.....	32
2.5. Delkonklusion.....	33
Kapitel 3 - Egnethed og hæderlighed.....	34
3.1. Indledning.....	34
3.2. Egnethed og hæderlighed	34
3.2.1. Overordnet formål med reglerne om egnethed og hæderlighed.....	35
3.2.2. Finanstilsynets reaktionsmuligheder	36
3.2.3. Egnethed.....	37
3.2.3.1. Det enkelte bestyrelsesmedlems egnethed	37
3.2.3.1.1. Egnethedsvurderingen efter Fil. § 64, stk. 1	37
3.2.3.1.2. Grundkursus efter indtræden i bestyrelsen.....	48
3.2.3.2. Bestyrelsesmedlemmernes kollektive egnethed	52
3.2.3.2.1. Kollektiv egnethed	52
3.2.3.2.2. Mangfoldighed i bestyrelsen.....	57
3.2.4. Hæderlighed	58
3.2.4.1. Tilstrækkeligt godt omdømme og hæderlighed.....	60
3.2.4.2. Konkrete forhold, der kan medføre uhæderlighed	63
3.2.4.3. Overimplementering af CRD IV-direktivets artikel 91?	68
3.3. Delkonklusion.....	70
Kapitel 4 – Ansvarsnormen for bestyrelsen i finansielle virksomheder	71
4.1. Indledning.....	71
4.2. Generelt om bestyrelsesansvaret	71
4.2.1. Ansvarsgrundlag	71
4.2.2. Hvad udgør forsvarlig adfærd?	73
4.2.3. Det forretningsmæssige skøn (Business Judgement Rule)	76

4.3. Ansvarsnormen i finansielle virksomheder	78
4.3.1. Hvilken rolle spiller den finansielle regulering?	79
4.3.1.1. Betydningen af Fil.s regler til bestyrelsens opgaver og pligter	79
4.3.1.2. Betydningen af Fil.s særlige kompetencekrav	82
4.3.1.3. Betydningen af Fil.s regler på Business Judgement Rule	86
4.3.2. Analyse af Capinordic Bank A/S	88
4.3.2.1. Indledning	88
4.3.2.2. Ansvar for den samlede konkurs	89
4.3.2.3. Landsrettens efterlysning af en norm for forsvarlig kreditgivning	92
4.3.2.4. Momenter i ansvarsvurderingen	92
4.3.2.5. Blev bestyrelsen i Banken bedømt strengere end bestyrelser i andre virksomheder? ...	102
4.3.2.6. Hvilken betydning fik Fil.s regler på forsvarlighedsvurderingen i Capinordic-sagen?	108
4.4. Hvilken betydning får udfaldet af Capinordic-sagen i sagerne om Roskilde Bank A/S og Amagerbanken A/S?	110
4.4.1. Roskilde Bank A/S	110
4.4.2. Amagerbanken A/S	112
4.4.3. Fælles overvejelser for Roskilde Bank A/S og Amagerbanken A/S	114
4.5. Delkonklusion	114
Kapitel 5 – Konklusion	116
Litteraturliste	121
1. Lovgivning og forarbejder	121
1.1. Lov om finansiell virksomhed	121
1.2. Lov om aktie- og anpartsselskaber	122
1.3. Anden lovgivning	122
1.4. EU-retlig regulering	122
1.5. Bekendtgørelser og vejledninger	123
2. Regulering fra europæiske myndigheder	123
2.1. Kommissionen	123
2.2. European Banking Authority (EBA)	124
3. Afgørelser	124
3.1. Domme	124
3.2. Administrativ praksis	125
4. Juridisk litteratur	126
4.1. Bøger	126
4.2. Juridiske artikler	128
5. OMX og soft law	129
6. Juridiske analyser og undersøgelser	129
7. Andet	130
7.1. Nyhedsartikler	130
7.2. Hjemmesider	130

Kapitel 1

1.1. Indledning

”Et moderne samfund kan kun fungere tilfredsstillende, hvis det har en stabil finansiel sektor, og det forudsætter, at virksomhederne i sektoren bliver ledet på en kompetent og hensigtsmæssig måde.”¹

Ifølge citatet spiller finansielle virksomheder en væsentlig rolle for stabiliteten i samfundet. Dette skyldes, at den finansielle sektor har afgørende indflydelse på andre sektorer og samfundsøkonomien som helhed.² Bl.a. som følge heraf er bestyrelsen i finansielle virksomheder underlagt en særlig regulering i lov om finansiel virksomhed (herefter: Fil.)³ ved siden af den almindelige selskabslovgivning.

Finanskrisen⁴ medførte stor bevågenhed omkring den finansielle sektor, herunder særligt finansielle virksomheders ledelse og deres håndtering af risici. På den baggrund har det for lovgiver været afgørende at sikre imod fremtidige ledelsessvigt for derigennem at sikre tilliden til den finansielle sektor.⁵ Hvor den almindelige selskabslovgivning i forbindelse med selskabsreformen i 2009 således undergik en vis liberalisering⁶, blev reglerne for bestyrelsens opgaver og forpligtelser i finansielle virksomheder i kølvandet på finanskrisen, og særligt siden 2010, mere detaljerede.

Det er i selskabsretten almindeligt antaget, at man kan varetage en bestyrelsespost uanset ens faglige eller personlige kvalifikationer. For finansielle virksomheder er dette udgangspunkt blevet modificeret. Som følge af deres særlige stilling i samfundet stilles der

¹ Bemærkningerne til pkt. 1 i lovforslag nr. 175 af 26. marts 2010 om ændring af lov om finansiel virksomhed, lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v, lov om Danmarks Nationalbank og forskellige andre love (herefter: lovforslag nr. 175 af 26.03.2010).

² Bemærkningerne til pkt. 1 i lovforslag nr. 175 af 26.03.2010.

³ Lovbekendtgørelse nr. 174 af 31. januar 2017 om finansiel virksomhed.

⁴ Finanskrisen begyndte i 2008, jf. [http://denstoredanske.dk/Samfund, jura og politik/Økonomi/Samfundsøkonomiske forhold/Finanskrisen](http://denstoredanske.dk/Samfund,_jura_og_politik/Økonomi/Samfundsøkonomiske_forhold/Finanskrisen) (09.03.2017, kl. 09.03).

⁵ Bemærkningerne til pkt. 1 i lovforslag nr. 175 af 26.03.2010.

⁶ Betænkning 1498/2008, s. 39f.

i Fil. særlige krav til det enkelte bestyrelsesmedlems faglige og personlige kompetencer. Disse krav er bedre kendt som ”fit & proper”-krav eller krav om ”egnhed og hæderlighed”. Kravene herom er ligesom reglerne om bestyrelsens opgaver og forpligtelser undergået løbende ændringer og er blevet mere omfattende. Dette skyldes bl.a. øget aktivitet fra Den Europæiske Banktilsynsmyndighed ”European Banking Authority” (herefter: EBA).⁷

En række finansielle virksomheder er blevet overtaget af Finansiell Stabilitet, og i forbindelse med afviklingen af disse er der blevet anlagt erstatningsansvarssager imod den tidligere ledelse. Der blev d. 9. oktober 2015 i Østre Landsret afsagt dom i den første af disse sager mod bestyrelsesmedlemmerne i Capinordic Bank A/S.⁸

Som følge af den stigende regulering samt afgørelsen i Capinordic-sagen er det interessant at undersøge kravene til bestyrelsens opgaver og kompetencer i finansielle virksomheder, og om bestyrelsen i finansielle virksomheder som følge heraf behandles anderledes i et erstatningsretligt perspektiv sammenlignet med virksomheder, der ikke er omfattet af Fil. (herefter: almindelige virksomheder). Dette ønsker afhandlingen at belyse.

⁷ Europa-Parlamentets og Rådets Forordning (EU) nr. 1093/2010 af 24. november 2010 om oprettelse af en europæisk tilsynsmyndighed (Den Europæiske Bankmyndighed), om ændring af afgørelse nr. 716/2009/EF og om ophævelse af Kommissionens afgørelse 2009/78/EF (herefter: EBA-forordningen). EBA er en uafhængig myndighed, hvis formål er at sikre en effektiv og konsekvent finansiell regulering på tværs af den europæiske banksektor samt sikre ens tilsynsregler i medlemsstaterne, jf. <http://www.eba.europa.eu/about-us> (08.03.2017, kl. 15.56).

⁸ Østre Landsrets afgørelse af 9. oktober 2015 i 13. afd. nr. B-876-11 (herefter: Capinordic-sagen).

1.2. Problemformulering

I afhandlingen foretages en undersøgelse af, hvilke særlige krav der gælder for bestyrelsen i finansielle virksomheder. Dernæst undersøges bestyrelsens erstatningsretlige ansvar, herunder hvilken ansvarsnorm bestyrelsen i finansielle virksomheder er underlagt.

I afhandlingen fokuseres på følgende problemstillinger

- 1) Hvilke opgaver og forpligtelser er bestyrelsen i finansielle virksomheder underlagt i forbindelse med varetagelsen af den overordnede og strategiske ledelse og er disse skærpet sammenlignet med almindelige virksomheder?
- 2) Hvilke kompetencekrav stilles der til medlemmer af bestyrelsen i finansielle virksomheder?
- 3) Er bestyrelsen i finansielle virksomheder underlagt en anden ansvarsnorm end bestyrelsen i almindelige virksomheder, og hvilken indflydelse har kravene til bestyrelsens opgaver og kompetencer herpå?

1.3. Struktur for afhandlingen

Kapitel 1 introducerer til afhandlingens emnefelt og problemformulering. Derudover beskriver kapitlet de metoder og kilder, der er anvendt i afhandlingen, samt en afgrænsning.

Kapitel 2 undersøger kravene til bestyrelsens opgaver og forpligtelser i hhv. SL og Fil.

Kapitel 3 analyserer kravene til de enkelte bestyrelsesmedlemmers egnethed og hæderlighed i finansielle virksomheder og til den samlede bestyrelse.

Kapitel 4 analyser bestyrelsens erstatningsansvar med fokus på ansvarsnormen for bestyrelsen i finansielle virksomheder. I den forbindelse inddrages Capinordic-sagen.

Kapitel 5 konkluderer på afhandlingens problemstillinger.

1.4. Metode

1.4.1. Den retsdogmatiske metode

I en retsvidenskabelig kontekst anvendes den retsdogmatiske metode til at finde frem til, hvad der er gældende ret ved at inddrage alle relevante retskilder.⁹

I afhandlingen anvendes den retsdogmatiske metode til at undersøge bestyrelsens opgaver, kompetencer og ansvar i finansielle virksomheder. I kapitel 2 undersøges hvilke krav lov om aktie- og anpartsselskaber¹⁰ (herefter: SL) hhv. Fil. stiller til bestyrelsens opgaver. I kapitel 3 anvendes metoden til at fastlægge hvor strenge kravene om egnethed og hæderlighed i Fil. er. I kapitel 4 anvendes metoden til at undersøge bestyrelsens ansvarsnorm.

1.4.2. Ret skilder og metodiske udfordringer

Retsforskrifter fra såvel det danske retssystem som EU-retten inddrages i afhandlingen. Disse udgør Fil., SL og direktiv 2013/36/EU¹¹. Anden lovgivning inddrages hvor det er relevant. Hvor de danske retsfor skrifter implementerer sekundær EU-ret fortolkes de EU-konformt.¹²

Forarbejder anvendes i afhandlingens tre hovedkapitler som et fortolkningsbidrag. Når forarbejder inddrages, er det udtryk for en subjektiv fortolkning, idet forarbejder er udtryk

⁹ Blume, Peter. *Retssystemet og juridisk metode*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 3. udgave 2016 (herefter: Blume), s. 353.

¹⁰ Lovbekendtgørelse nr. 1089 af 14. september 2015 om aktie- og anpartsselskaber.

¹¹ Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2013/36/EU af 26. juni 2013 om adgang til at udøve virksomhed som kreditinstitut og om tilsyn med kreditinstitutter og investeringsselskaber, om ændring af direktiv 2002/87/EF og om ophævelse af direktiv 2006/48/EF og 2006/49/EF (herefter: CRD IV-direktivet).

¹² Princippet om EU-konform fortolkning blev første gang statueret i Domstolens dom 14/83, Von Colson og Kamann (præmis 26) og senere i bl.a. Domstolens dom i 6/64, Costa mod ENEL, 2/88, Zwartveld og 11/7, Internationale Handelsgesellschaft (præmis 3).

for lovgivers intention.¹³ Forarbejder inddrages hovedsageligt i kapitel 2 og 3. Hvor bestemmelserne baserer sig på sekundær EU-regulering, er forarbejderne udtryk for lovgivers fortolkning af EU-retten og anvendes derfor med forsigtighed.¹⁴

Hvor de øvrige retskilder ikke tilvejebringer tilstrækkeligt grundlag for fastsættelsen af gældende ret, inddrages retslitteratur som fortolkningsbidrag. Idet retslitteraturen er udtryk for forfatterens opfattelse af, hvad der er gældende ret¹⁵, vil inddragelsen heraf ske ud fra en kritisk tilgang.

Ved undersøgelsen af bestyrelsens opgaver i SL og Fil. i kapitel 2 inddrages bekendtgørelse nr. 1026 af 30. juni 2016 om ledelse og styring af pengeinstitutter (herefter: ledelsesbekendtgørelsen) udstedt med hjemmel i Fil. §§ 65, stk. 2, § 70, stk. 7, § 71, stk. 2, § 152, stk. 2 og § 373, stk. 4.¹⁶ Bekendtgørelsen er en bindende administrativ forskrift udstedt af Finanstilsynet (en såkaldt direktoratsbekendtgørelse¹⁷), der fastsætter detaljerede regler som supplerer og præciserer reglerne i Fil. §§ 65, 70 og 71. Idet der ikke knytter sig lovforarbejder til bekendtgørelsen, fortolkes denne objektivt ud fra dens ordlyd, dog i overensstemmelse med bemyndigelsesbestemmelserne i Fil.¹⁸

I kapitel 3 foretages en analyse af reglerne om egnethed og hæderlighed i Fil. §§ 64, 64b og 70, stk. 4. I analysen inddrages relevante vejledninger fra Finanstilsynet. Det drejer sig om fit&proper-vejledningen¹⁹, der præciserer indholdet af kravene til egnethed og

¹³ Nielsen, Ruth og Tvarnø, Christina D. *Retskilder og retsteorier*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. udgave 2014 (herefter: Tvarnø), s. 256f. og Blume, s. 208f.

¹⁴ Hansen, Lone L. og Werlauff, Erik. *Den juridiske metode – en introduktion*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave 2016 (herefter: Hansen og Werlauff), s. 118f.

¹⁵ Blume, s. 188 og s. 266.

¹⁶ For forsikringsselskaber gælder i stedet bekendtgørelse nr. 1723 af 16.12.2015 om ledelse og styring af forsikringsselskaber m.v.

¹⁷ *Ibid.*, s. 220.

¹⁸ Blume, s. 221 og Tvarnø, s. 256.

¹⁹ Finanstilsynets vejledning nr. 9291 af 15.05.2014 om krav i den finansielle lovgivning til direktørers og bestyrelsesmedlemmers egnethed og hæderlighed (fit og proper) – herefter: fit&proper-vejledningen.

hæderlighed og ”Vejledning til evaluering af bestyrelsens viden og erfaring i kreditinstitutter” med tilhørende faktaark.²⁰ Sidstnævnte er udstedt til reglen i den tidligere ledelsesbekendtgørelses § 3 (nu Fil. § 70, stk. 4). Det lægges til grund at vejledningen stadig er gældende, idet denne stadig findes på Finanstilsynets hjemmeside²¹, idet ordlyden af Fil. § 70, stk. 4 ikke afviger væsentligt fra den tidligere udgave og idet forarbejderne til Fil. § 70, stk. 4 gengiver ordlyden af den tidligere udgave.²²

Vejledningerne tillægges ikke samme retskildeværdi som reglerne i Fil., men de inddrages i afhandlingen fordi de er udtryk for Finanstilsynets opfattelse af, hvordan reglerne om egnethed og hæderlighed skal udmøntes i praksis.²³ De er med andre ord udtryk for Finanstilsynets opfattelse af gældende ret, og Finanstilsynet er forpligtet til at anvende vejledningerne.

I mangel på retspraksis inddrages relevante administrative afgørelser fra Finanstilsynet²⁴ og Erhvervsankenævnet²⁵ i analysen i kapitel 3. Disse afgørelser har ikke samme retskildeværdi som retspraksis, fordi de ikke er endelige og kan indbringes for domstolene i medfør af grundlovens § 63. Afgørelserne tillægges ikke desto mindre betydelig værdi i afhandlingen fordi de er udtryk for, hvordan retsfor skrifterne skal anvendes og fortolkes på retsområder, hvor der ikke findes retspraksis.²⁶

²⁰ Herefter: Vejledning til bestyrelsens selvevaluering hhv. faktaarket. Vejledningerne og tilhørende faktaark er udstedt d. 12. juni 2012. Der findes tilsvarende vejledninger for skadesforsikrings selskaber og livsforsikrings selskaber og tværgående pensionskasser. Disse behandles ikke.

²¹ <https://www.finanstilsynet.dk/da/Lovgivning/Information-om-udvalgte-tilsynsomraader/Governance/Krav-til-bestyrelsesmedlemmers-viden-og-erfaring>, opdateret pr. 17.02.2017 (15.04.2017, kl. 15.52).

²² Bemærkningerne til § 1, nr. 28 i lovforslag nr. 133 af 07.02.2014 om ændring af lov om finansiel virksomhed og forskellige andre love (herefter: lovforslag nr. 133 af 07.02.2014).

²³ Blume, s. 220.

²⁴ Finanstilsynet er en styrelse under Erhvervsministeriet, jf. Fil. § 345. Finanstilsynets primære opgave er at føre tilsyn med finansielle virksomheder og sikre overholdelsen af den finansielle regulering, jf. Fil. § 344, stk. 1. Som følge heraf har Finanstilsynet mulighed for at iværksætte forskellige sanktioner (se kap. 3.2.2.). Derudover medvirker finanstilsynet ved udformningen af den finansielle lovgivning og kan udstede bekendtgørelser på det finansielle område, jf. <https://www.finanstilsynet.dk/Om-os/Finanstilsynets-opgaver> (10.03.2017, kl. 09.52).

²⁵ Erhvervsankenævnet er en uafhængig klageinstans for administrative afgørelser truffet af Finanstilsynet, jf. § 1, stk. 1, nr. 6 i bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994 om Erhvervsankenævnet. Ankenævnets afgørelser kan ikke påklages til en anden administrativ myndighed.

²⁶ Blume, s. 248.

Finanstilsynets afgørelser behandlet i forbindelse med kravet om egnethed i kapitel 3.2.3.1.1. angår virksomheder omfattet af betalingstjenestelovens § 18, der svarer til Fil. § 64.²⁷ Afgørelserne angår direktører i betalingstjenestevirksomheder, der ofte er mindre end finansielle virksomheder med en relativt simpel forretningsmodel. Afgørelserne er derfor ikke egnede til en dybdegående behandling reglerne om egnethed. I stedet inddrages konkrete forhold fra afgørelserne, der får betydning for egnethedsvurderingen af bestyrelsens medlemmer efter Fil. § 64.

Som supplement til Finanstilsynets vejledninger anvendes EBAs ”Retningslinjer for vurdering af medlemmer af ledelsesorganet og personer med nøglefunktioner”.²⁸ Disse er udtryk for EBA’s fortolkning af reglerne om egnethed og hæderlighed i CRD IV-direktivet. Retningslinjerne er ikke direkte bindende for de nationale myndigheder og de finansielle virksomheder, men myndighederne er underlagt et ”følg eller forklar”-princip i medfør af EBA-forordningens art. 16, stk. 3, hvorefter de er forpligtet til at give en begrundet underretning til EBA hvis retningslinjerne ikke følges. Som følge heraf tillægges disse en væsentlig værdi i afhandlingen.

EBA har i medfør af art. 91, stk. 12 i CRD IV-direktivet udarbejdet et udkast til nye retningslinjer (Consultation Paper), der i skrivende stund afventer endelig vedtagelse.²⁹ Retningslinjerne anvendes i analysen som et supplement til de nugældende retningslinjer, fordi disse er langt mere udførlige og afløser de nugældende ved endelig vedtagelse.

I kapitel 4 behandles bestyrelsens erstatningsansvar i medfør af SL § 361. Ved afgørelsen af om en culpøs adfærd medfører erstatningsansvar for bestyrelsen, er retspraksis en væsentlig retskilde.³⁰ Her analyseres Capinordic-sagen. Dommen er anket til Højesteret, hvorfor den ikke er endelig.

²⁷ Lovbekendtgørelse nr. 613 af 24.04.2015 om betalingstjenester og elektroniske penge.

²⁸ EBA/GL/2012/06 af 22. november 2012 (herefter: EBAs fit&proper-retningslinjer).

²⁹ EBA/CP/2016/17 af 28. oktober 2016 – Consultation paper, Joint ESMA and EBA Guidelines on the assessment of the suitability of members of the management body and key function holders under Directive 2013/36EU and Directive 2014/65/EU (herefter: Consultation Paper).

³⁰ Hansen, Søren Friis og Krenchel, Jens Valdemar. *Dansk selskabsret 2. Kapitalselskaber*. Karnov Group Danmark A/S, 4. udgave, 2014 (herefter: Hansen og Krenchel), s. 654 samt Christensen, Jan Schans. *Kapitalselskaber – Aktie- og anpartsselskabsret*. Karnov Group A/S, 4. udgave, 2014 (herefter: Christensen), s. 698.

Capinordic-sagen sammenlignes derefter med udvalgte afgørelser fra den almindelige selskabsret. En sådan sammenligning medfører en række udfordringer, idet finansielle virksomheder er underlagt et særligt regelsæt. Af den grund sammenlignes specifikke ansvarspådragende forhold i Capinordic-sagen med bestyrelsens adfærd i selskabsretlige domme med henblik på at undersøge om bestyrelsens adfærd i Capinordic-sagen vurderes strengere.

Herefter vurderes hvilken rolle Capinordic-sagen kan få på retssagerne mod bestyrelsen i Roskilde Bank A/S og Amagerbanken A/S, der er valgt, fordi en afgørelse i retssagerne herom er nært forestående. Sammenligningen tager udgangspunkt i de respektive advokatundersøgelser³¹, der er udarbejdet for Finansiell Stabilitet til vurdering af, om der skal iværksættes en retssag mod ledelsen.³² Advokatundersøgelserne er således udtryk for en advokats vurdering og ikke en egentlig afgørelse³³ og er hverken bindende for Finansiell Stabilitet eller domstolene.

1.4.3. Begrebsafklaring

Gennemgående i afhandlingen anvendes begrebet ”finansielle virksomheder” som defineret i Fil. § 5, nr. 1 som en samlebetegnelse for de virksomheder, der er underlagt Fil., idet afhandlingen beskæftiger sig med de generelle regler om finansiell virksomhed. I medfør af Fil. § 5, nr. 1 drejer det sig om pengeinstitutter, realkreditinstitutter, fondsmæglerselskaber, investeringsforvaltningsselskaber og forsikringsselskaber.

”Almindelige virksomheder” anvendes som en samlebetegnelse for kapitalsselskaber underlagt SL, som ikke samtidig er underlagt Fil.

³¹ Skipper-Pedersen, Mogens og Stenbjerre, Henrik. *Redegørelse for advokatundersøgelse af visse forhold i Roskilde Bank*. 24. juli 2009 (herefter: Roskilde Bank-undersøgelsen) og Christensen, Jens. *Advokatundersøgelse af visse forhold i Amagerbanken A/S*. 30. marts 2012 (herefter: Amagerbanken-undersøgelsen).

³² Pkt. 2.1.1. i *Advokatundersøgelser. Praktisk vejledning til udførelse af advokatundersøgelser*. Danske Advokater, 2. februar 2012 (herefter: Vejledning til advokatundersøgelser).

³³ Ibid., Pkt. 2.1.

1.5. Afgrænsning

Reguleringen for finansielle virksomheder opdeles traditionelt i to søjler, hhv. institutionssøjlen og kundesøjlen. Hvor institutionssøjlen regulerer forholdet mellem de finansielle virksomheder og myndighederne (primært strukturmæssige forhold), regulerer kundesøjlen forholdet mellem de finansielle virksomheder og deres kunder (primært adfærdsmæssige forhold).³⁴

Det er udelukkende de generelle bestemmelser om bestyrelsens opgaver, ansvar og kompetencer i Fil. hhv. SL, der behandles. Disse bestemmelser regulerer ikke forholdet mellem bestyrelsen og virksomhedens kunder, men indeholder generelle krav til bestyrelsen om hvordan den finansielle virksomhed skal ledes. Afhandlingens kapitel 2 og 3 befinder sig derfor inden for institutionssøjlen, og reglerne i kundesøjlen behandles derfor ikke (fx reglerne om god skik).

I kapitel 2 behandles alene de generelle regler om bestyrelsens opgaver og forpligtelser i hhv. SL og Fil. Det drejer sig om SL §§ 111, 115, 117 samt 130 og Fil. §§ 65, 70-71 samt ledelsesbekendtgørelsen. Reglerne om kapitalgrundlag i SL § 115, nr. 5 og Fil. afsnit 5 behandles ikke indgående, idet særligt Fils regler herom udgør tekniske krav, der ikke er relevante for analyserne i kapitel 3 og 4. Øvrige bestemmelser inddrages hvor det er relevant.

I kapitel 3 analyseres reglerne om egnethed og hæderlighed i Fil. §§ 64, 64b, 70, stk. 1, nr. 4 samt 70, stk. 4. Fokus i kapitlet er på bestyrelsens kompetencer, dvs. primært egnetheden. Behandlingen af kravet om hæderlighed er derfor indskrænket til de dele heraf, der har størst betydning for kompetencerne. Derfor behandles reglerne i Fil. § 64, stk. 3, nr. 1-3 ikke. Det samme gør sig gældende for reglerne i § 64a om afsættelse af tilstrækkelig tid og § 71, nr. 9 om afsættelse af ressourcer. I analysen inddrages desuden udvalgte afgørelser fra Finanstilsynet og Erhvervsankenævnet.

³⁴ Clausen, Nis Jul m.fl. *Bankjura – udvalgte emner*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave 2013 (herefter: Clausen m.fl.), s. 24-25.

I kapitel 4 behandles bestyrelsens erstatningsansvar. Bestyrelsens strafansvar bliver ikke behandlet. Bestyrelsens opgaver og kompetencer er særligt relevante ved fastlæggelsen af den ansvarsnorm, som bestyrelsen er underlagt. Ansvarsnormen angår ansvarsgrundlaget, hvorfor de øvrige erstatningsbetingelser kun inddrages, hvor det er nødvendigt. Der eksisterer en omfattende retspraksis vedrørende bestyrelsens ansvar i almindelige virksomheder. Ved sammenligningen af ansvarsnormen for finansielle virksomheder anvendes derfor kun udvalgte afgørelser.

Kapitel 2 – Bestyrelsens opgaver

2.1. Indledning

I medfør af Fil. § 12, stk. 1 skal en række finansielle virksomheder være organiseret som aktieselskaber.³⁵ Det betyder, at bestyrelsen i finansielle virksomheder er underlagt to forskellige regelsæt, SL og Fil. Reglerne for bestyrelsens opgaver findes i SL kap. 7 om kapital-selskabets ledelse mv. og Fil. kap. 8 om ledelse og indretning af virksomheden.

I det følgende foretages en undersøgelse af bestyrelsens opgaver og forpligtelser i medfør af begge regelsæt. Kapitlet er delt op i tre dele: i del 1 redegøres for ledelsesstrukturen. I del 2 behandles bestyrelsens opgaver og i del 3 undersøges reglerne for bestyrelsens forretningsorden.

Opgaverne fastlagt i de to regelsæt danner fundamentet for de to analyserende dele i afhandlingens kapitel 3 og 4. Resultatet af undersøgelsen anvendes således i kapitel 3 som et bidrag til forståelsen af, hvorfor bestyrelsesmedlemmer i finansielle virksomheder er underlagt særlige krav til egnethed og hæderlighed. Herefter inddrages resultatet i kapitel 4 om bestyrelsens erstatningsansvar, idet bestyrelsens opgaver fastlægger hvad bestyrelsen som minimum skal opfylde for ikke at ifalde erstatningsansvar.³⁶

2.2. Ledelsesstruktur

Reglerne for ledelsens struktur i finansielle virksomheder findes i SL § 111 og FIL §§ 12 og 73. Hvor almindelige virksomheder har en vis fleksibilitet ved valg af ledelsesstruktur i medfør af SL § 111, stk. 1, nr. 1-2, er denne indskrænket for finansielle virksomheder. Således skal finansielle virksomheder i henhold til Fil. § 12, stk. 2 organisere sig med en bestyrelse og en direktion.³⁷

³⁵ Det drejer sig om banker, realkreditinstitutter, fondsmæglerselskaber og investeringsforvaltningsselskaber.

³⁶ Andersen, Paul Krüger. *Aktie- og anpartsselskabsret. Kapitalselskaber*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 13. udgave 2017 (herefter: Andersen), s. 335.

³⁷ Finansielle virksomheder kan i medfør af Fil. § 69 etablere et repræsentantskab til varetagelsen af bestemte opgaver angivet i vedtægterne, fx valg af bestyrelsen.

I SL § 111, stk. 1, nr. 1 foretages en funktionsadskillelse mellem bestyrelsen og direktionen for denne ledelsesstruktur. Herefter varetager bestyrelsen den overordnede og strategiske ledelse, og til varetagelsen af den daglige drift ansætter bestyrelsen en direktion.

At finansielle virksomheder skal have denne ledelsesstruktur, skyldes at bestyrelsen som følge af den finansielle regulering i højere grad involveres i det daglige arbejde end i almindelige virksomheder, fx ved bevilling af kreditter.³⁸ Lovgiver har altså ikke ønsket, at finansielle virksomheder kan indrette sig med en ledelse bestående af en direktion og et tilsynsråd, idet tilsynsrådet alene fører tilsyn med direktionen og ikke er involveret i selskabets ledelse. Det sikrer, at bestyrelsen har indsigt i og kan udstikke retningslinjer for den daglige ledelse. Den nærmere arbejdsdeling mellem bestyrelsen og direktionen er fastlagt i SL §§ 115 og 117 og Fil. §§ 70-71.

Muligheden for personsammenfald mellem bestyrelsen og direktionen i SL § 111, stk. 1, nr. 1, 4. pkt. er tillige fraveget for finansielle virksomheder i medfør af Fil. § 73, stk. 1, 1. pkt., hvorefter hvervet som bestyrelsesmedlem ikke kan forenes med stillingen som direktør.³⁹ Reglen skal sikre, at bestyrelsen i finansielle virksomheder er uafhængig af direktionen for derved at kunne forestå den overordnede og strategiske ledelse på en hensigtsmæssig måde samt føre en effektiv kontrol med direktionen (se herom kap. 2.3.1 og 2.3.2).

³⁸ Bemærkningerne til § 8, nr. 11 i lovforslag nr. 171 af 25. marts 2009 om ændring af årsregnskabsloven, lov om finansiell virksomhed og forskellige andre love (ændringer som følge af selskabsloven).

³⁹ Ifølge Fil. § 73, stk. 1, 2. pkt. kan et bestyrelsesmedlem midlertidigt varetage hvervet som direktør i tilfælde af, at en direktør ikke kan varetage sit hverv. Bestemmelsen er tiltænkt akutte situationer, fx i tilfælde af sygdom eller direktørens opsigelse, jf. Brenøe, Thomas, Hjetting, Merete, Simonsen, Marianne og Stadil, Malene. *Lov om finansiell virksomhed – med kommentarer*. Karnov Group Denmark A/S, 3. udgave 2016 (herefter: Brenøe m.fl.), s. 367. Bestyrelsesmedlemmet mister sin stemmeret i den periode, jf. forudsætningsvist § 73, stk. 1, sidste pkt.

2.3. Bestyrelsens opgaver⁴⁰

2.3.1. Bestyrelsens opgaver efter SL kapitel 7

I henhold til SL § 115, 1. led skal bestyrelsen varetage den overordnede og strategiske ledelse og sikre en forsvarlig organisation af selskabet. Derudover er bestyrelsen efter § 115, 2. led, nr. 1-5 pålagt en række specifikke forpligtelser over for direktionen, der skal gøre det muligt at føre et effektivt tilsyn med denne.

Bestemmelsen i SL § 115 er generel og angiver alene de overordnede rammer for bestyrelsens opgaver. Det er således op til den enkelte bestyrelse at afgøre, hvordan opgaverne skal varetages i praksis. Dette sikrer bestemmelsen en vis fleksibilitet, hvorefter vurderingen af, om kravene er opfyldt, skal ske ud fra virksomhedens størrelse og behov. For finansielle virksomheder er denne fleksibilitet delvist indskrænket i medfør af reglerne i Fil. §§ 70-71 og ledelsesbekendtgørelsen, jf. kap. 2.3.2.

Direktionens overordnede forpligtelser er fastlagt i SL § 117, hvorefter direktionen skal forestå den daglige ledelse af virksomheden på baggrund af de retningslinjer og anvisninger, som bestyrelsen har udstukket. Hertil hører bl.a. at indgå kontrakter samt at forberede indstillinger til bestyrelsen og fuldbyrde bestyrelsens beslutninger.⁴¹

I det følgende belyses de enkelte elementer af bestyrelsens opgaver og pligter.

2.3.1.1. Den overordnede og strategiske ledelse

I forbindelse med den overordnede og strategiske ledelse skal bestyrelsen tage stilling til alle dispositioner af usædvanlig art eller stor betydning, jf. SL § 117 stk. 1, 3. pkt. modsætningsvis.

⁴⁰ For selskaber optaget til handel på et reguleret marked gælder ”Anbefalinger for god selskabsledelse” udarbejdet af Komitéen for god selskabsledelse (maj 2013, opdateret november 2014). Derudover gælder der for selskaber optaget til handel på Københavns Fondsbørs ”Regler for udstedere af aktier” (af 3. juli 2016). Disse behandles ikke yderligere.

⁴¹ Andersen, Lennart Lyng og Schaumburg-Müller, Peer. *Finansselskabsret - samspillet mellem selskabsret og kapitalmarkedsret*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave 2010 (herefter: Andersen og Schaumburg-Müller), s. 145.

Hvad der nærmere skal forstås herved afhænger af den enkelte virksomheds forhold og defineres bl.a. i virksomhedens praksis og bestyrelsens forretningsorden.⁴² Det betyder, at direktionen træffer alle andre beslutninger og alene kan træffe beslutninger af større betydning, hvis den har fået bemyndigelse hertil, eller bestyrelsens beslutning ikke kan afventes uden væsentlig ulempe for selskabet (uanmodet forretningsførelse).

Selvom direktionen skal varetage den daglige ledelse, kan bestyrelsen beslutte, at den selv skal overtage en konkret sag, der normalt hører under den daglige drift. Dette må dog ikke ske i et sådant omfang, at bestyrelsen de facto overtager den daglige ledelse.⁴³ I modsat fald ville det gøre funktionsadskillelsen og bestyrelsens kontrolfunktion illusorisk.⁴⁴

Den overordnede og strategiske ledelse medfører tillige, at bestyrelsen skal fastsætte retningslinjer for direktionens arbejde og føre kontrol hermed.⁴⁵ I retslitteraturen er begrebet blevet udvidet til at omfatte fastlæggelsen af selskabets firmapolitik, udstedelsen af retningslinjer for enkelte sager samt konkrete bemyndigelser til direktionen til beslutninger, hvor bestyrelsen normalt vil være enekompetent.⁴⁶

Sammenfattende må den overordnede og strategiske ledelse forstås som værende samtlige dispositioner der ikke hører under den daglige ledelse. Det betyder, at bestyrelsen skal udarbejde virksomhedens overordnede strategier, foretage alle dispositioner af usædvanlig art eller større betydning, udstikke retningslinjer for direktionens daglige ledelse og føre en generel kontrol hermed. Det betyder, at bestyrelsen også aktivt deltager i beslutningstagningen i virksomheden i konkrete tilfælde. Bestyrelsen skal i sine beslutninger som udgangspunkt varetage selskabets interesse.⁴⁷

⁴² Hansen og Krenchel, s. 544 og Andersen, s. 331-332.

⁴³ Betænkning 1498/2009, s. 298.

⁴⁴ Bunch, Lars og Rosenberg, Ida. *Selskabsloven med kommentarer*. Karnov Group Denmark A/S, 2. udgave, 2014, s. 436.

⁴⁵ Betænkning 1498/2008, s. 295.

⁴⁶ Werlauff, Erik. *Selskabsret*. Karnov Group Denmark A/S, 10. udgave 2016 (herefter: Werlauff), s. 465ff.

⁴⁷ Schaumburg-Müller, Peer og Erik Werlauff. *Selskabsloven med kommentarer*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave 2014 (herefter: Schaumburg-Müller og Werlauff), s. 635f.

2.3.1.2. Forsvarlig organisation

Ud over varetagelsen af den overordnede og strategiske ledelse skal bestyrelsen sikre en forsvarlig organisation. Det indebærer, at bestyrelsen skal bestemme hovedlinjerne for selskabets drift, rammerne for selskabets investeringer, hvordan selskabet skal finansieres og fastsætte ledelses- og ansættelsespolitikker.⁴⁸ Hvad der nærmere skal forstås ved ledelsespolitikker er uddybet af *Jan Schans Christensen*, der påpeger, at dette tillige omfatter tilrettelæggelsen af øvrige centrale funktioner, herunder retningslinjer for intern rapportering, IT, regnskab og budget.⁴⁹

Begrebet ”forsvarlig” må forstås således, at bestyrelsen skal fastlægge ovenstående hovedlinjer mv. på den for selskabet mest hensigtsmæssige måde. For finansielle virksomheder er kravet til forsvarlig organisation ikke så fleksibelt, idet Fil. § 71 og ledelsesbekendtgørelsen fastlægger klare regler herfor (se kap. 2.3.2.3).

2.3.1.3. Specifikke tilsynsforpligtelser

I forbindelse med bestyrelsens generelle tilsynsfunktion med direktionen er denne pålagt en række specifikke tilsynsforpligtelser i SL § 115, nr. 1-5. Af bestemmelsen fremgår, at bestyrelsen skal ”påse” overholdelsen heraf. Ifølge Dansk Sprognævn betyder ordet ”påse” at ”holde øje med” eller ”føre kontrol med”.⁵⁰ I overensstemmelse hermed må bestemmelsen derfor forstås således, at bestyrelsen ikke selv skal varetage disse forpligtelser, men føre tilsyn med, at direktionen eller virksomheden overholder disse. Hvis bestyrelsen i forbindelse med det løbende tilsyn opdager, at dette ikke sker, er bestyrelsen pålagt en handlepligt.

Ifølge tilsynsforpligtelse *nr. 1* skal bestyrelsen påse, at bogføringen og regnskabsaflæggelsen foregår på en måde, der efter den finansielle virksomheds forhold er tilfredsstillende. Det betyder, at bogføring og regnskabsaflæggelse skal foregå på en betryggende

⁴⁸ Bemærkningerne til § 115 i lovforslag nr. 170 af 25.03.2009 til Lov om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven) – herefter: Lovforslag til selskabsloven.

⁴⁹ Christensen, s. 452.

⁵⁰ <https://dsn.dk/?retskriv=påse&ae=0> (15.03.2017, kl. 12.21).

måde.⁵¹ Hvad der udgør tilfredsstillende bogføring og regnskabsaflæggelse, er derfor en subjektiv vurdering og afhænger af virksomhedens forhold.

Ifølge *nr. 2* skal bestyrelsen påse, at der er etableret fornødne procedurer for risikostyring og intern kontrol med virksomheden. Formuleringen ”fornødne procedurer” betyder, at kontrollen er afhængig af den enkelte virksomheds type og størrelse.⁵²

Selvom bestyrelsen alene skal påse forpligtelserne i *nr. 1-5* er der i retslitteraturen ikke enighed om, hvem der skal etablere de fornødne procedurer. Ifølge *Christensen*, og *Gomard og Schaumburg-Müller* er det bestyrelsens opgave,⁵³ hvorimod bestyrelsen ifølge *Andersen* udelukkende skal føre tilsyn med, at disse etableres.⁵⁴ *Werlauff* er for så vidt enig med *Andersen*, men tilføjer, at bestyrelsen skal sørge for at virksomhedens afdelinger for bl.a. compliance, risk management, controlling og intern revision refererer direkte til bestyrelsen. Dette begrundes med, at risikostyring og intern kontrol tillægges en stigende betydning.⁵⁵

Ud fra ovenstående må bestemmelsen forstås således, at bestyrelsen alene er forpligtet til at føre et tilsyn med, at de fornødne procedurer etableres. Reglen er for finansielle virksomheder præciseret i fil. § 70-71, jf. nedenfor kap. 2.3.2, hvorfor ovennævnte diskussion ikke får samme betydning for disse.

I henhold til *nr. 3* skal bestyrelsen påse, at den løbende modtager fornøden rapportering om selskabets finansielle forhold. For at bestyrelsen kan udføre sine opgaver og tilsynsforpligtelser på en tilfredsstillende måde er den afhængig af den information, som den modtager fra den daglige ledelse. Det er derfor vigtigt, at virksomheden har et tilfredsstillende rapporteringssystem, således at den modtager information af tilstrækkelig kvalitet og omfang.⁵⁶

⁵¹ Bemærkningerne til § 115 i lovforslag til selskabsloven.

⁵² Ibid.

⁵³ Christensen, s. 452 og Gomard, Bernhard og Schaumburg-Müller, Peer. *Kapitalselskaber og erhvervsdrivende fonde*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 8. udgave, 2015 (herefter: Gomard m.fl.), s. 332.

⁵⁴ Andersen, s. 332.

⁵⁵ Werlauff, s. 467.

⁵⁶ Bemærkningerne til § 115 i lovforslag til selskabsloven.

Bestyrelsen skal i medfør af *nr. 4* påse, at direktionen udøver sit hverv på behørig måde og efter bestyrelsens retningslinjer. Sammen med reglen i § 117, stk. 1 om, at direktionen skal følge bestyrelsens retningslinjer, er § 115, nr. 4 udtryk for arbejdsdelingen mellem bestyrelsen og direktionen. Retningslinjerne fungerer således som rammerne for direktionens arbejde.

Ifølge *nr. 5* skal bestyrelsen påse, at selskabet til enhver tid har et forsvarligt kapitalberedskab. Pligten hertil skærpes hvis selskabet har et dårligt kapitalberedskab.⁵⁷ Bestemelsen skal sikre, at bestyrelsen løbende påsér, at selskabet har likvide midler til at opfylde sine forpligtelser samt at selskabet er solvent. Såfremt bestyrelsen opdager, at selskabet ikke har et forsvarligt kapitalberedskab, er denne således underlagt en handlepligt.⁵⁸

Det fremgår af betænkning 1498/2008, at ansvaret for at sikre et forsvarligt kapitalberedskab er ”ganske strengt”.⁵⁹ For finansielle virksomheder indeholder Fil. afsnit 5 særlige regler for kapitaldækning. Som følge heraf har reglen i SL § 115, nr. 5 begrænset betydning for disse.⁶⁰

2.3.2. Bestyrelsens opgaver efter Fil. kapitel 8.

I det følgende gennemgås reglerne i Fil. §§ 70-71 samt ledelsesbekendtgørelsen.⁶¹ Som følge af reglernes omfattende detaljeringsgrad fremhæves de væsentlige dele af bestemmelserne, og de vurderes i forhold til ovenstående regler i SL for at tydeliggøre forskellene.

⁵⁷ Kure, Henrik. *Finansieringsret*. Karnov Group Denmark A/S, 1. udgave 2015, s. 46.

⁵⁸ Bemærkningerne til § 115 i lovforslag til selskabsloven.

⁵⁹ Betænkning 1498/2008, s. 297.

⁶⁰ Brenøe m.fl., s. 567. I medfør af disse regler skal bestyrelsen bl.a. sikre et tilstrækkeligt kapitalgrundlag og opgøre virksomhedens solvensbehov. Bestyrelsen skal i medfør af ledelsesbekendtgørelsens § 3, nr. 7 løbende og mindst én gang årligt tage stilling til solvensbehovet. Reglerne herom behandles ikke yderligere.

⁶¹ Fil. § 70, stk. 4 om kollektiv egnethed egner sig bedst til at blive behandlet sammen med reglerne om egnethed og hæderlighed. Se kap. 3.2.3.2.1.

Hvis bestyrelsen ikke opfylder kravene i Fil. §§ 70-71, har Finanstilsynet en række reaktionsmuligheder (se kap. 3.2.2.). Overtrædelse kan ligeledes straffes med bøde i medfør af Fil. § 373, stk. 1 (for fil. § 65) og § 373, stk. 2 (for Fil. §§ 70-71) og ledelsesbekendtgørelsens § 27, stk. 1 for overtrædelse af denne.

Reglerne for bestyrelsens opgaver gennemgik ændringer i 2010. Der er i retslitteraturen ikke enighed om, hvorvidt ændringen af Fil. §§ 70-71 medførte en skærpelse af kravene. Ifølge *Hørby Jensen* medførte lovændringen ikke en skærpelse, idet den alene præciserede hvad bestyrelsen i finansielle virksomheder i forvejen var forpligtet til i medfør af den dagældende § 70, og at de nugældende stk. 3 og 5 (tidl. stk. 4) fulgte implicit af SL § 115 og Fil. § 71.⁶² Modsat anfører *Birkmose, Clausen og Ohnemus* at lovændringen indebar en skærpelse, hvorefter § 70 foruden at nærme sig reglen i SL § 115 tillige indeholder detaljerede krav til bestyrelsen.⁶³

Tidligere indeholdt reglen i Fil. § 70 alene et krav om, at bestyrelsen skulle udfærdige skriftlige retningslinjer for arbejdsdelingen mellem bestyrelsen og direktionen for virksomhedens væsentligste aktivitetsområder. Lovændringen medførte, at reglen blev mere detaljeret (se kap. 2.3.2.2.). Den nugældende Fil. § 70 indeholder stadig et krav om, at bestyrelsen skal udarbejde skriftlige retningslinjer til direktionen, men knytter sig i langt højere grad til bestyrelsens forretningsmodel, håndtering af virksomhedens risici på baggrund heraf og kontrol med direktionen. Fokus i den nye Fil. § 70 er således på risici, og det taler for, at bestemmelsen er blevet skærpet.

Også lovbemærkningerne støtter dette synspunkt. Fastlæggelsen af mere detaljerede regler skulle således sikre, at finansielle virksomheder drives betryggende, for at sikre stabiliteten i den finansielle sektor.⁶⁴ I forbindelse hermed fik Finanstilsynet hjemmel til at

⁶² Jensen, s. 276.

⁶³ Birkmose, Hanne Søndergaard, Clausen, Nis Jul og Ohnemus, Lars. *Bankbestyrelsens byrder – jura, risikostyring eller forretningsudvikling?* Finans/Invest 01/februar 2017, s. 6 ff. (herefter: Birkmose m.fl.), s. 7.

⁶⁴ Bemærkningerne til pkt. 2.4.2. i lovforslag nr. 175 af 26.03.2010.

udstede bekendtgørelser om bl.a. bestyrelsens opgaver og ansvar. Finanstilsynet har udnyttet denne hjemmel til at udstede ledelsesbekendtgørelsen, hvilket medfører, at Finanstilsynets tidligere vejledninger bliver erstattet af bindende retsfor skrifter.⁶⁵

Som følge heraf lægges det til grund, at ændringen medførte en skærpelse.

Hvor § 71 stiller en række krav på alle organisatoriske niveauer i den finansielle virksomhed, stiller § 70 krav til bestyrelsens opgaver.⁶⁶ Fil. § 70 er således en præcisering af reglen i SL § 115, 1. led vedrørende bestyrelsens overordnede og strategiske ledelse⁶⁷, hvorimod § 71 præciserer kravet om forsvarlig organisation. Ledelsesbekendtgørelsen indeholder mere detaljerede krav hertil.

2.3.2.1. Proportionalitet ved vurderingen af bestyrelsens opgaver

Som beskrevet ovenfor er bestyrelsens opgaver efter SL generelle. Det betyder, at opfyldelsen heraf i høj grad afhænger af virksomhedens størrelse og behov, hvilket er udtryk for en proportionalitetsbetragtning. Når den finansielle lovgivning stiller en række mere *specifikke* krav til ledelsen i finansielle virksomheder rejser det følgende spørgsmål: I hvilket omfang gælder der et proportionalitetsprincip i vurderingen af bestyrelsens opfyldelse af de enkelte opgaver?

I henhold til ledelsesbekendtgørelsens § 2 skal bestyrelsen træffe ”tilstrækkelige foranstaltninger” for at sikre, at den finansielle virksomhed drives betryggende, og at bestemmelserne i ledelsesbekendtgørelsen overholdes. Hvad der udgør tilstrækkelige foranstaltninger, afhænger af virksomhedens forretningsmodel og herunder af en række forhold i § 2, stk. 1, nr. 1-5. Det drejer sig bl.a. om virksomhedens størrelse, struktur, geografiske og forretningsmæssige områder.

⁶⁵ Ibid. pkt. 2.4.3.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ibid. Bemærkningerne til § 1, nr. 14.

Ifølge Henrik Ramlau-Hansen og Jesper Berg (hhv. bestyrelsesformand og direktør i Finanstilsynet) er det Finanstilsynets opfattelse, at bekendtgørelsens § 2 er udtryk for et proportionalitetsprincip.⁶⁸ Herudover anfører forfatterne:

*”Proportionalitet har til formål at udmønte, men ikke undtage, reglerne svarende til kompleksiteten og størrelsen af instituttets forretningsmodel. Er der tale om en simpel forretningsmodel, vil reglerne normalt udmøntes på en enklere måde, end hvad der gælder for store og komplekse institutter. Et eksempel på dette er kravene til instituttets governance, herunder ledelsessystemet. En simplere forretningsmodel kræver mindre kompetence hos bestyrelse og direktion, ligesom omfang og indhold af politikker og forretningsgange er væsentligt mindre.”*⁶⁹ (vores understregninger)

Når forfatterne angiver, at proportionalitetsprincippet finder anvendelse ift. de finansielle virksomheders governance, og at en simpel forretningsmodel medfører, at kravene til omfang og indhold af virksomhedens politikker og forretningsgange er mindre, må det forstås således, at det er Finanstilsynets opfattelse, at proportionalitetsprincippet ikke kun gælder ledelsesbekendtgørelsen, men også de overordnede krav i Fil. §§ 70-71.

En bestemmelse svarende til ledelsesbekendtgørelsens § 2 findes hverken i Fil. §§ 70 eller 71.

Bestyrelsens opgaver i *Fil. § 70* skal vurderes i forhold til virksomhedens forretningsmodel og risikoprofil (se herom nedenfor). Herefter vil opfyldelsen af *Fil. § 70* ligesom ledelsesbekendtgørelsens § 2 afhænge af virksomhedens forhold. Der kan derfor indfortolkes et proportionalitetsprincip i denne bestemmelse.

I medfør af *Fil. § 71* skal virksomhederne have effektive former for virksomhedsstyring. Det fremgår ikke af bestemmelsen eller dens forarbejder, hvad der forstås ved ”effektive”. Betegnelsen må fortolkes således, at der skal foretages en vurdering ud fra den enkelte

⁶⁸ Berg, Jesper og Ramlau-Hansen, Henrik. *Bankbestyrelsens byrder – en replik*. Finans/Invest 01/februar 2017, s. 14ff. (herefter: Berg og Ramlau-Hansen), s. 14.

⁶⁹ *Ibid.*, s. 15-16.

virksomheds forhold, dvs. proportionalt. Denne fortolkning finder støtte i den bagvedliggende EU-regulering, som Fil. § 71 implementerer.⁷⁰ Bestemmelsen blev ved lov nr. 527 af 7. juni 2006 ændret så den svarede til ordlyden af art. 22 i direktiv 2006/48/EU.⁷¹ Det fremgår af art. 22, stk. 2, 1. pkt., at de effektive former for virksomhedsstyring ”... skal omfatte hele virksomheden og være proportionale med arten, omfanget og kompleksitetsgraden af kreditinstituttets aktiviteter.” (vores understregning). Ordlyden af stk. 2 blev ændret ved CRD IV-direktivets art. 74, stk. 2 til: ”... står i rimeligt forhold til arten, omfanget og kompleksiteten af risikoen i forretningsmodellen og instituttets aktiviteter.” (vores understregning). Ordet ”proportionale” er således erstattet med ”står i rimeligt forhold til”, men må stadig være udtryk for, at der skal foretages en proportionalitetsvurdering. Dette stemmer overens med, at der ikke blev foretaget en tilsvarende ændring i den engelske udgave af bestemmelsen. Den lyder således stadig ”...shall be comprehensive and proportionate to...” (vores understregning). Tilsvarende hedder det i den tyske udgave af CRD IV art. 74, stk. 2 ”...des Kreditinstituts angemessen und lassen keinen Aspekt außer Acht.” (vores understregning), hvor betegnelsen ”angemessen” er en videreførelse fra art. 22 i kreditinstitutdirektivet.

Det kan således undre, at art. 22, stk. 2 (nu art. 74, stk. 2) ikke er implementeret i Fil. § 71. Men bestemmelsen må ud fra direktiv-konform fortolkning indeholde et krav om, at bestemmelsen anvendes proportionalt.

Ovenstående medfører, at kravene i Fil. §§ 70-71 til bestyrelsens opgaver skal vurderes proportionalt. Det kan derfor undre, at lovgiver ikke har lovfæstet eller præciseret dette i bestemmelserne.

⁷⁰ Bemærkningerne til pkt. 2.4.3. i lovforslag nr. 175 af 26.03.2010.

⁷¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/48/EF af 14. juni 2006 om adgang til at optage og udøve virksomhed som kreditinstitut (herefter: kreditinstitutdirektivet). Se bemærkningerne til § 1, nr. 2 i lovforslag nr. 197 af 29.03.2006 om ændring af lov om finansiel virksomhed, lov om værdipapirhandel m.v. og lov om gevinstopsparring (herefter: Lovforslag nr. 197 af 29.03.2006). Bestemmelsen blev igen ændret ved lov nr. 579 af 1. juni 2010 om ændring af lov om finansiel virksomhed, lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v., lov om Danmarks Nationalbank og forskellige andre love (herefter: lov nr. 579 af 01.06.2010). Formålet var ifølge bemærkningerne til § 1, nr. 15 i højere grad at tilpasse bestemmelsens ordlyd til indholdet af art. 22 i kreditinstitutdirektivet.

2.3.2.2. Overordnet og strategisk ledelse i finansielle virksomheder

Arbejdsdelingen mellem bestyrelsen og direktionen i SL §§ 115 og 117 suppleres for finansielle virksomheder af Fil. § 70 samt ledelsesbekendtgørelsens kapitel 2 og 3. En væsentlig forskel mellem de to regelsæt er, at reglerne i Fil. samt ledelsesbekendtgørelsen indeholder mere detaljerede krav til bestyrelsens opgaver. Ledelsesbekendtgørelsen indeholder i § 3, nr. 1-10 specifikke pligter for bestyrelsen i forbindelse med dens overordnede og strategiske ledelse.

I det følgende er bestyrelsens opgaver opdelt i a) Virksomhedens forretningsmodel, b) Bestyrelsens retningslinjer til direktionen og c) Bestyrelsens løbende tilsyn.

a) Virksomhedens forretningsmodel

I medfør af Fil. § 70 stk. 1, nr. 1-4 skal bestyrelsen fastlægge virksomhedens hovedtyper af aktiviteter, identificere og kvantificere væsentlige risici, fastlægge virksomhedens risikoprofil samt fastlægge politikker for styring af væsentlige aktiviteter og risici. Derudover skal bestyrelsen fastlægge en politik for mangfoldighed i bestyrelsen.⁷²

Bestyrelsen skal ifølge § 70, stk. 1, nr. 1 og § 3, nr. 1 i ledelsesbekendtgørelsen fastlægge hovedtyperne af virksomhedens forretningsmæssige aktiviteter. Bestemmelsen betyder, at den finansielle virksomhed skal fastlægge en forretningsmodel. Forretningsmodellen beskriver virksomhedens strategi og indeholder en beskrivelse af, hvilke hovedaktiviteter den pågældende virksomhed beskæftiger sig med. For pengeinstitutter kan hovedaktiviteterne fx være indlån og udlån mv.⁷³ Der er således ikke tale om en overdreven detaljeringsgrad, og forretningsmodellen skal derfor ikke indeholde en beskrivelse af virksomhedens enkelte aktiviteter.

Den finansielle virksomheds forretningsmodel får betydning for, hvor udførligt den skal opfylde kravene i Fil. §§ 70-71 samt ledelsesbekendtgørelsen. Dette følger af det førnævnte proportionalitetsprincip. Det betyder ikke, at bestyrelsen kan fravige reglerne, men at reglerne skal ses i forhold til virksomhedens forretningsmodel, og at bestyrelsens

⁷² Bestemmelsen behandles i kap. 3.2.3.2.2.

⁷³ Bemærkningerne til § 1, nr. 14 i lovforslag nr. 175 af 26.03.2010.

opgaver skal fastlægges med udgangspunkt heri. Såfremt virksomheden har en simpel forretningsmodel med færre risici, stilles der således ikke de samme krav til, hvor udføreligt bestyrelsen opfylder sine forpligtelser, som hvis virksomheden har en kompleks og risikofyldt forretningsmodel.⁷⁴

I henhold til § 70, stk. 1, nr. 2 skal bestyrelsen identificere og kvantificere virksomhedens væsentlige risici og ud fra disse fastlægge virksomhedens risikoprofil. Risikoprofilen er et udtryk for de overordnede rammer for hvilke risici samt størrelsen heraf, virksomheden kan påtage sig. Risikoprofilen bliver således et aktivt arbejdsredskab for såvel bestyrelsen som direktionen. Det drejer sig bl.a. om rammer for eksponering mod bestemte geografiske områder eller brancher.⁷⁵

Reglen i nr. 2 præciserer SL § 115, nr. 2, men er væsensforskellig fra denne, idet bestyrelsen ikke blot skal påse, men aktivt fastlægge, hvilke risici virksomheden kan påtage sig. Det betyder dog ikke, at bestyrelsen i almindelige selskaber er undtaget fra at tage stilling til virksomhedens risici. Denne forpligtelse ligger ikke i § 115, nr. 2, men indgår i bestyrelsens overordnede og strategiske ledelse, jf. SL § 115, 1. led.

Det fremgår ikke af bestemmelsen hvad der skal forstås ved ”væsentlige risici”. Ordvalget gør bestemmelsen elastisk. Det må antages, at risici, der knytter sig til virksomhedens hovedaktiviteter, altid er væsentlige. Hvad der herefter er ”væsentligt” må afgøres efter en konkret vurdering ud fra den enkelte virksomheds forhold.

Identifikationen af væsentlige risici sker dels på baggrund af virksomhedens forretningsmodel (hovedaktiviteterne), enkelte konkrete aktiviteter med væsentlige risici, samt ud fra andre væsentlige forhold for virksomhedens risici, som fx forsikringsrisici, kreditrisici samt markedsrisici.⁷⁶ Bestyrelsen er tillige efter ledelsesbekendtgørelsens § 3, nr. 4 forpligtet til at vurdere og træffe beslutninger om virksomhedens ”særlige” risici. Det må

⁷⁴ Berg og Ramlau-Hansen, s. 15.

⁷⁵ Bemærkningerne til § 1, nr. 14 i lovforslag nr. 175 af 26.03.2010.

⁷⁶ Ibid. Bemærkningerne til pkt. 2.4.1.

forstås således, at bestyrelsen også skal forholde sig til risici, der er atypiske for den finansielle virksomhed, uden at de nødvendigvis er væsentlige.

På baggrund af virksomhedens risikoprofil skal bestyrelsen ifølge § 70, stk. 1 nr. 3 fastlægge politikker for styringen af virksomhedens væsentlige aktiviteter og enkelte risici. ”Politikker” er principper for, hvordan risikoprofilen overholdes, og har således til formål at sikre, at fremtidige aktiviteter holder sig inden for rammerne heraf.⁷⁷

Med ordlyden ”væsentlige aktiviteter” (vores understregning) må bestemmelsen omfatte flere aktiviteter end forretningsmodellen, der alene indeholder hovedaktiviteterne. Dette stemmer overens med, at risikoprofilen som nævnt ovenfor under nr. 2 ikke udelukkende baserer sig på risici fra virksomhedens hovedaktiviteter, men samtlige væsentlige risici.

Bestemmelsen i nr. 3 suppleres i ledelsesbekendtgørelsens § 3, nr. 2, hvorefter bestyrelsen skal træffe beslutninger om virksomhedens politikker på baggrund af forretningsmodellen. Der er ikke kongruens mellem ordlyden i Fil. § 70, stk. 1, nr. 3 (der angiver ”væsentlige aktiviteter”) og ledelsesbekendtgørelsens § 3, nr. 2 (der angiver ”forretningsmodellen”). Som følge heraf må politikkerne skulle udarbejdes på baggrund af alle væsentlige aktiviteter og risikoprofilen og ikke alene forretningsmodellen (dvs. hovedaktiviteterne). Politikker skal i medfør af bekendtgørelsens § 4 indeholde overordnede strategiske mål for de pågældende risikoområder, bl.a. ved en identifikation og afgrænsning af risici på hvert enkelt område. Bestyrelsen skal i medfør af § 4, stk. 2 bl.a. fastlægge en kreditpolitik, markedsrisikopolitik og politik for operationelle risici mv.

Indholdet af virksomhedens kreditpolitik er nærmere uddybet i ledelsesbekendtgørelsens bilag 1. Ifølge denne skal kreditpolitikken vedtages ud af et ”forsigtighedsprincip”. Det indebærer, at bestyrelsen skal fastlægge en kreditpolitik, der ikke påfører virksomheden større risici end virksomhedens forhold tillader. Kreditpolitikken sikrer altså, at virksomhedens kreditrisici holdes inden for rammerne af risikoprofilen.⁷⁸ Eksempelvis kunne bestyrelsen fastsætte principper for, at virksomhedens udlån til ejendomsspekulanter med

⁷⁷ Ibid. bemærkningerne til § 1, nr. 14.

⁷⁸ Ibid.

høj risiko alene må udgøre en vis procentdel af virksomhedens samlede udlån, og at der i sådanne tilfælde kræves betryggende sikkerhed.

b) Bestyrelsens retningslinjer til direktionen

Fil. § 70, stk. 2 indeholder regler for bestyrelsens retningslinjer til direktionen. Retningslinjerne skal udarbejdes på baggrund af virksomhedens risikoprofil og de fastlagte politikker efter bestemmelsens stk. 1.

I forbindelse med direktionens varetagelse af den daglige drift skal direktionen i medfør af ledelsesbekendtgørelsens § 8, stk. 1 holde sig inden for rammerne af bestyrelsens retningslinjer. Bestemmelsen svarer til SL §§ 115, nr. 4 og 117, stk. 1, 2. Pkt., men indeholder derudover et krav om, at retningslinjerne skal være skriftlige samt en række krav som retningslinjerne som minimum skal indeholde ift. § 70, stk. 2, nr. 1-4.⁷⁹ Derudover fastlægger ledelsesbekendtgørelsen specifikke indholdsmæssige krav til retningslinjerne. Formålet med retningslinjerne er således, at der skal fastlægges helt klare rammer for, hvad direktionen kan foretage på egen hånd, og hvad der skal forelægges bestyrelsen.

Før lovændringen i 2010 stillede reglen kun krav om retningslinjer for virksomhedens *væsentligste aktivitetsområder*.⁸⁰ Den nuværende udformning er en skærpelse, idet retningslinjerne efter ændringen skal udformes på baggrund af virksomhedens *væsentlige aktiviteter*. Indholdet og omfanget af retningslinjerne må derfor antages at blive mere detaljerede.

Ifølge Fil. § 70, stk. 2, nr. 1 skal retningslinjerne indeholde *kontrollerbare* rammer for, hvilke og hvor store risici direktionen må påføre virksomheden. Dette er en naturlig forudsætning for, at bestyrelsen kan føre et effektivt tilsyn med direktionens arbejde. Eksempelvis, at direktionen bemyndiges til at udstede lån til landmænd, men at et lån på grund af branchens ustabile karakter ikke må overskride 10 mio. kr., uden bestyrelsens godkendelse.

⁷⁹ Det må antages at bestyrelser i almindelige virksomheder i praksis også udfærdiger skriftlige retningslinjer, bl.a. som bevis for hvilke dispositioner direktionen er ansvarlig for.

⁸⁰ Lov nr. 453 af 10.06.2003 om finansiel virksomhed.

Derudover skal retningslinjerne i medfør af § 70, stk. 2, nr. 2 indeholde principper for opgørelsen af virksomhedens enkelte risikotyper. Formålet hermed må være at klarlægge, hvordan de enkelte risici opgøres, for at sikre at direktionen og bestyrelsen ikke har forskellige opfattelser heraf. Det sikrer at direktionen ikke handler uden for rammerne.⁸¹

Arbejdsdelingen mellem bestyrelsen og direktionen skal fastsættes i retningslinjerne i medfør af § 70, stk. 2, nr. 3. Retningslinjerne skal angive, hvilke dispositioner der kræver bestyrelsens stillingtagen, og hvilke dispositioner direktionen må foretage på egen hånd. Formålet er at sikre, at beslutninger af usædvanlig art eller stor betydning for virksomheden træffes af bestyrelsen i forhold til virksomhedens risikoprofil og politikkerne. Dette følger tillige af ledelsesbekendtgørelsens § 6, stk. 3, hvorefter bestyrelsen ikke kan overlade dispositioner til direktionen, som er en del af bestyrelsens overordnede ledelsesopgaver i medfør af § 3-5, eller dispositioner af usædvanlig art eller stor betydning.⁸²

Hvad der skal forstås ved dispositioner af usædvanlig art eller stor betydning, afhænger af forholdene i den konkrete virksomhed. For pengeinstitutter er det antaget, at bestyrelsen som hovedregel bør inddrages i tilfælde hvor engagementerne er så store, at de har væsentlig betydning for pengeinstituttet eller såfremt der er tale om nødlidende engagementer.⁸³ Herved sikres, at kun uvæsentlige aktiviteter kan udelades fra bestyrelsens stillingtagen.

Bestemmelsen i nr. 3 betyder, at bestyrelsen i finansielle virksomheder ikke kan nøjes med at regulere, hvilke dispositioner direktionen skal foretage (som det er tilfældet efter SL § 115, nr. 4 og § 117, stk. 1), men tillige skal angive, hvilke dispositioner der henregnes til bestyrelsen. Herved sikres det, at arbejdsdelingen mellem de to organer er helt klar.

⁸¹ Bestemmelserne i § 70, stk. 2, nr. 1 og 2 er nærmere uddybet i ledelsesbekendtgørelsens § 7, stk. 1.

⁸² Derudover indeholder ledelsesbekendtgørelsens § 6, stk. 3, nr. 1-7 en række beføjelser der ikke kan uddelegeres til direktionen. Desuden angiver § 7, stk. 3, at bestyrelsen i retningslinjerne kan tillade, at direktionen undtagelsesvist kan fravige risikoprofilen og retningslinjerne, hvis betingelserne herfor er fastlagt.

⁸³ Baldvinsson, Cato, Bender, Torben, Busck-Nielsen, Kim og Rasmussen, Flemming Nytoft. *Dansk Bankvæsen*. Karnov Group Denmark A/S, 6. udgave, 2011 (herefter: Baldvinsson m.fl.), s. 212 og Jensen, Camilla Hørby. *Ændrede regler for pengeinstitutters ledelse - helliger midlet målet?* Ugeskrift for Retsvæsen 2011, s. 275 (herefter: Jensen), fodnote 3.

Bestyrelsens arbejde afhænger i høj grad af den information, som denne modtager fra direktionen. Fil. § 70, stk. 2, nr. 4 forpligter derfor bestyrelsen til at sikre, at den modtager de nødvendige oplysninger fra direktionen. Pligten angår specifikt virksomhedens risici, hvilket tydeliggør Fil. § 70s fokus på risikostyring. Omfanget heraf skal være fastsat i retningslinjerne. Bestemmelsen er en præcisering af SL § 115, nr. 3, idet bestyrelsen udover at påse, at den modtager den fornødne rapportering om selskabets finansielle forhold, tillige aktivt skal fastlægge retningslinjerne for direktionens rapporteringspligt.

Formålet med bestemmelsen er, at bestyrelsen skal have kendskab til den finansielle virksomheds aktuelle risici og virksomhedens overholdelse af de lovmæssige krav til de risici, som denne må påtage sig.⁸⁴ Det betyder bl.a., at direktionen skal informere bestyrelsen om forhold i virksomheden eller på de finansielle markeder, der medfører, at virksomhedens risikoprofil og politikker ikke længere kan overholdes. Herved kan bestyrelsen gribe ind overfor uønskede risici og fremadrettet inddrage disse ved beslutninger om risikoprofilen.⁸⁵

Ifølge ledelsesbekendtgørelsens § 3, nr. 6 skal bestyrelsen beslutte frekvensen og omfanget af direktionens rapportering for at bestyrelsen kan få et overblik over virksomheden og dens risici. Desuden skal bestyrelsen sikre, at rapporteringen i øvrigt er fyldestgørende. Det medfører, at bestyrelsens pligt efter Fil. er udvidet ift. den tilsvarende regel i SL, idet bestyrelsen udover rapportering om risici skal sikre, at den modtager øvrige informationer af væsentlig betydning for bestyrelsens arbejde. Bestemmelsen modsvares af § 8, stk. 3, hvorefter direktionen skal videregive information som direktionen vurderer kan have betydning for bestyrelsens arbejde.

Ovenstående betyder, at bestyrelsen skal forholde sig til såvel den information som den har anmodet om (fastsat i retningslinjerne), som den information direktionen har vurderet som væsentlig. Det kan få betydning for vurderingen af bestyrelsens ansvar, hvis den ikke har sikret, at den modtager den fornødne information. Se kap. 4.3.1.2.

⁸⁴ Bemærkningerne til § 1, nr. 14 i lovforslag nr. 175 af 26.03.2010.

⁸⁵ Ibid.

c) Bestyrelsens løbende tilsyn

Bestyrelsen i finansielle virksomheder skal i medfør af Fil. § 70, stk. 3 og 5 løbende vurdere, om virksomheden drives forsvarligt.⁸⁶ Bestemmelserne er således udtryk for en løbende tilsynspligt med virksomhedens forhold og direktionens arbejde samt en pligt til at handle, hvis omstændighederne kræver det.

I medfør af Fil. § 70, stk. 3 skal bestyrelsen løbende tage stilling til virksomhedens forhold. Det indebærer, at bestyrelsen skal tage stilling til hvorvidt virksomhedens risikoprofil, politikker og retningslinjer er implementeret forsvarligt og stemmer overens med virksomhedens forretningsmodel mv.⁸⁷ Ifølge ledelsesbekendtgørelsen og forarbejderne til bestemmelsen skal vurderingen ske mindst én gang årligt, dog således, at vurderingen skal ske oftere, hvis forholdene i virksomheden eller markedet tilsiger dette.⁸⁸

Efter Fil. § 70, stk. 5 skal bestyrelsen løbende vurdere om direktionens daglige drift er forsvarlig. Bestemmelsen præciserer for finansielle virksomheder bestyrelsens generelle kontrol med den daglige ledelse som udledt af SL § 115, 1. led samt tilsynspligten i SL § 115, nr. 4.

Hvorvidt den daglige drift er forsvarlig, afhænger af om direktionen varetager sine opgaver i overensstemmelse med virksomhedens risikoprofil, politikker og retningslinjer.⁸⁹ Det fremgår hverken af stk. 5, ledelsesbekendtgørelsen eller Finanstilsynets tidligere vejledning⁹⁰, hvor ofte vurderingen som minimum skal foretages. *Brenøe m.fl.* anfører at vurderingen ikke skal foretages på et bestemt tidspunkt, men er en naturlig del af bestyrelsens arbejde.⁹¹ Det betyder at vurderingen ikke nødvendigvis skal foretages årligt, men

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Ibid. og ledelsesbekendtgørelsens §§ 3, nr. 3 og 5, stk. 1.

⁸⁹ Ledelsesbekendtgørelsens § 3, nr. 5.

⁹⁰ Bl.a. Vejledning nr. 10114 for pengeinstitutter i henhold til § 71, stk. 1, nr. 1-8, i lov om finansiell virksomhed.

⁹¹ *Brenøe m.fl.*, s. 345.

at bestyrelsen på sine bestyrelsesmøder skal foretage en vurdering såfremt det er nødvendigt. Uanset hvad skal bestyrelsen dokumentere, at der er foretaget en vurdering af hvorvidt den daglige drift er forsvarlig.⁹²

2.3.2.3. Forsvarlig organisation

Fil. § 71 implementerer CRD IV-direktivets art. 91, stk. 9 samt dele af art. 92 og solvens-II-direktivets art. 44.⁹³ Ifølge bestemmelsen skal en finansiel virksomhed have effektive former for virksomhedsstyring (forsvarlig organisation). Bestemmelsen henvender sig ikke til et bestemt organisatorisk led, men til samtlige organisatoriske niveauer i virksomheden. Som det øverste ledelsesorgan må det dog være bestyrelsens ansvar at sikre, at den øvrige organisation overholder bestemmelsen.

Fil. § 71 anvendes i overensstemmelse med kap. 2.3.2.1. proportionalt ift. den konkrete virksomheds forretningsmodel, risikoprofil og størrelse.

§ 71 er opbygget således, at hovedkravet om effektive former for virksomhedsstyring er opfyldt, såfremt de enkelte delkrav i bestemmelsens stk. 1, nr. 1-9 er opfyldt.⁹⁴ Til opfyldelsen af hovedkravet hører tillige, at bestyrelsen opfylder sine forpligtelser efter Fil. § 70.

Relevant for bestyrelsens opgaver er særligt § 71, stk. 1, *nr. 1*, hvorefter virksomheden skal have en klar organisatorisk struktur med en klar ansvarsfordeling. Det betyder, at der skal være klart definerede ansvars- og arbejdsområder for at sikre en adskillelse mellem den der udfører en opgave, og den der fører kontrol hermed.⁹⁵ På ledelsesniveau kommer dette bl.a. til udtryk ved, at der i finansielle virksomheder ikke må være personsammenfald mellem bestyrelsen og direktionen, og at arbejdsdelingen mellem de to organer skal være helt klar.

⁹² Ibid. Det sikres ved bestyrelsens protokollering efter Fil. § 74, stk. 3.

⁹³ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/138/EF af 25. november 2009 om adgang til og udøvelse af forsikrings- og genforsikringsvirksomhed (Solvens II).

⁹⁴ Bemærkningerne til § 1, nr. 2 i lovforslag nr. 197 af 29.03.2006 og bemærkningerne til § 1, nr. 15 i lovforslag nr. 175 af 26.03.2010.

⁹⁵ Bemærkningerne til § 1, nr. 2 i lovforslag nr. 197 af 29.03.2006.

Efter § 71, stk. 1, *nr. 3* skal virksomheden have skriftlige forretningsgange for alle væsentlige aktivitetsområder. Forretningsgange er procedurer på alle organisatoriske niveauer for udførelsen af virksomhedens enkelte opgaver. Forretningsgangene omfatter de hovedaktiviteter, som bestyrelsen har fastlagt i retningslinjerne til direktionen.⁹⁶ Ledelsesbekendtgørelsens § 13, stk. 1 præciserer, at alle aktiviteter, der vedrører virksomheden i dens egenskab af finansiel virksomhed, som udgangspunkt er væsentlige.

I henhold til § 71, stk. 1, *nr. 4* skal virksomheden have effektive procedurer til at identificere, forvalte, overvåge og rapportere om virksomhedens risici. Det betyder at virksomheden skal sikre, at der sker rapportering om de risici, som virksomheden påtager sig, til et højere ledelsesniveau og sikring af en løbende overvågning af virksomhedens forretningsområder.⁹⁷ På ledelsesniveau fremgår pligten til at identificere og håndtere risici af § 70, stk. 1, nr. 2, og rapporteringspligten fra direktionen til bestyrelsen fremgår af § 70, stk. 2, nr. 4.

Virksomheden skal i medfør af Fil. § 71, stk. 1, *nr. 7* sikre at der er fyldestgørende interne kontrolprocedurer. Det betyder, at virksomheden skal have en intern kontrol, der sikrer, at manglende overholdelse af forretningsgange opdages, og at det er fastlagt hvem der skal rette op herpå.⁹⁸ Bestemmelsen skal ses i sammenhæng med ledelsesbekendtgørelsens § 17, hvorefter virksomheden skal have en compliancefunktion. Denne skal bidrage til at ledelsen kan styre og kontrollere virksomheden forsvarligt.⁹⁹

2.4. Bestyrelsens forretningsorden

Reglerne om bestyrelsens forretningsorden findes i hhv. SL § 130 og Fil. § 65, hvor sidstnævnte præciseres i ledelsesbekendtgørelsens bilag 6.

⁹⁶ Bemærkningerne til § 70 i lovforslag nr. 176 af 12.03.2003 om lov om finansiel virksomhed.

⁹⁷ Bemærkningerne til § 1, nr. 2 i lovforslag nr. 197 af 29.03.2006.

⁹⁸ Brenøe m.fl., s. 350.

⁹⁹ Clausen m.fl., s. 110.

Forretningsordenen er et internt arbejdsredskab til brug for bestyrelsen og udgør det regelsæt hvorunder bestyrelsen arbejder, med mindre der er fastsat regler herom i lovgivningen.¹⁰⁰

2.4.1. Forretningsordenen efter selskabsloven

Bestyrelsen skal i henhold til SL § 130, stk. 1 udarbejde en forretningsorden der skal indeholde bestemmelser om, hvordan bestyrelsen udfører sit hverv. Ifølge lovbemærkningerne har § 130 til formål at sikre, at bestyrelsen udfører sit arbejde hensigtsmæssigt.¹⁰¹ Derfor stemmer det godt overens hermed, at forretningsordenen efter bestemmelsens stk. 2 skal udfærdiges på baggrund af den konkrete virksomhed og dennes behov.

Før selskabsreformen i 2009 indeholdt bestemmelsen en række minimumskrav til forretningsordenens indhold.¹⁰² Minimumskravene er ikke videreført til den gældende selskabslov, der i stk. 2 udelukkende indeholder en række punkter, som bestyrelsen særligt bør overveje at inddrage i forretningsordenen (bør-pligter). Grunden hertil er, at den tidligere bestemmelse var ufleksibel og for detaljeret.¹⁰³ At bestyrelsen nu alene ”bør” overveje disse, viser at der er sket en liberalisering af bestemmelsen og medvirker til, at forretningsordenen nu i højere grad end tidligere kan tilpasses den enkelte virksomhed.

Det kan virke forvirrende, at bestemmelsen på den ene side er fleksibel og på den anden side indeholder en række specifikke pligter, der bør overvejes. Baggrunden herfor er, at lovgiver har ønsket at gøre hvert enkelt bestyrelsesmedlem opmærksom på disse pligter. Det gør det lettere at statuere et ansvar for det enkelte medlem såfremt vedkommende har forsømt én af disse forpligtelser (se kap. 4.3.1.1.).¹⁰⁴

¹⁰⁰ Brenøe m.fl., s. 334, Baldvinsson m.fl., s. 208 og Clausen m.fl., s. 112.

¹⁰¹ Bemærkningerne til § 130 i lovforslag til selskabsloven.

¹⁰² ASL § 56, stk. 7.

¹⁰³ Betænkning 1498/2008, s. 328.

¹⁰⁴ Bemærkningerne til § 130 i lovforslag til selskabsloven.

2.4.2. Forretningsordenen efter Fil.

Reglen i SL § 130 suppleres for finansielle virksomheder af en tilsvarende regel i Fil. § 65. Det følger af ledelsesbekendtgørelsens § 3, nr. 8, at bestyrelsen skal ”tilrettelægge sit arbejde således, at ledelsen af virksomheden er betryggende, jf. bilag 6”. Kravene i bilag 6 skal således sikre, at virksomheden drives forsvarligt.

Ifølge bilag 6, nr. 1 skal forretningsordenen udarbejdes på baggrund af både Fil. § 65 og SL § 130, dvs. at de to regelsæt gælder sideløbende. Ifølge forarbejderne er kravene i bilag 6 i overensstemmelse med Finanstilsynets tidligere vejledninger og hensynene bag SL § 130.¹⁰⁵ Overgangen fra vejledning til bekendtgørelse har således alene haft den betydning, at kravene nu er fastsat som bindende forskrifter.

Derudover fastsætter bilag 6 pkt. 2, litra a-k en række forhold, som forretningsordenen i finansielle virksomheder som minimum *skal* indeholde. Det drejer sig om bestyrelsens konstitution samt procedurer for bl.a. fastlæggelsen af arbejdsdelingen mellem bestyrelsen og direktionen, bestyrelsens tilsyn med direktionen, løbende stillingtagen til virksomhedens forretningsmodel og risikoprofil mv. og bestemmelser om rapportering.

I medfør af bilag 6, nr. 3 skal bestyrelsen løbende og mindst én gang årligt gennemgå forretningsordenen for at sikre, at den stemmer overens med virksomhedens forretnings- og aktivitetsområder. Bestyrelsen skal desuden i henhold til bilag 6, nr. 4 sikre og dokumentere, at samtlige bestyrelsesmedlemmer har kendskab til forretningsordenen. Dette er en naturlig del af hvervet som bestyrelsesmedlem. Ifølge Erhvervsankenævnets kendelse af 5. marts 1999, J.nr. 98-89.155 skal dokumentationen foreligge skriftligt. Det betyder, at hvert enkelt bestyrelsesmedlem skal underskrive forretningsordenen.

Kravene i bilag 6 kan siges at præcisere bestyrelsens pligter i finansielle virksomheder.¹⁰⁶

I medfør af bilag 6, nr. 2 skal forretningsordenen afspejle virksomhedens kompleksitet

¹⁰⁵ Bemærkningerne til pkt. 2.4.3. i lovforslag nr. 175 af 26.03.2010.

¹⁰⁶ Birkmose m.fl., s. 8.

og forretnings- og aktivitetsområder. Forretningsordenens detaljeringsgrad skal således være proportional med virksomhedens forhold, jf. kap. 2.3.2.1.

Forskellen mellem de to regelsæt viser, at lovgiver ikke har ønsket samme liberalisering for finansielle virksomheders forretningsorden som efter den almindelige selskabsret. Formålet med de detaljerede regler er netop, at finansielle virksomheders forretningsorden skal afspejle de ofte komplekse forretningsområder, som finansielle virksomheder beskæftiger sig med, og den omfattende regulering, som finansielle virksomheder er underlagt.¹⁰⁷

2.5. Delkonklusion

Bestyrelsen i finansielle virksomheder er underlagt skærpede regler i forbindelse med deres opgaver og forpligtelser sammenlignet med almindelige virksomheder. Det betyder, at der skal mere til før en finansiell virksomhed drives forsvarligt, end det er tilfældet i en almindelig virksomhed.

Flere af de lovfæstede opgaver i Fil. vil også være en naturlig del af den overordnede og strategiske ledelse i almindelige virksomheder. Forskellen er dog at reglerne i Fil. §§ 65, 70-71 og særligt den omfattende detailregulering i ledelsesbekendtgørelsen medfører, at bestyrelsen i finansielle virksomheder skal overholde reglerne, hvorimod bestyrelsen i en almindelig virksomhed kan indrette sig på samme vilkår. Derudover medfører reguleringen, at bestyrelsen i finansielle virksomheder har en mere fremtrædende og aktiv rolle.

Hvordan bestyrelsen opfylder sine opgaver og forpligtelser afhænger af virksomhedens forhold, herunder særligt dens forretningsmodel og risikoprofil. Det medfører, at den omfattende regulering til en vis grad også for finansielle virksomheder bliver fleksibel. Ulempen herved er, at det skaber en vis usikkerhed om, hvordan kravene konkret finder anvendelse på den enkelte virksomhed.

¹⁰⁷ Bemærkningerne til § 1, nr. 12 i lovforslag nr. 175 af 26.03.2010.

Kapitel 3 - Egnethed og hæderlighed

3.1. Indledning

Foruden krav til bestyrelsens opgaver er de enkelte bestyrelsesmedlemmer og den samlede bestyrelse i finansielle virksomheder underlagt særlige kompetencekrav i Fil. kap. 8, §§ 64-64b, 70, stk. 1, nr. 4 og 70, stk. 4.¹⁰⁸ Disse er bedre kendt som reglerne om egnethed og hæderlighed eller ”fit & proper”. Den almindelige selskabslovgivning stiller ud over reglen i SL § 112 om myndighed ikke krav til, hvem der kan sidde i bestyrelsen.¹⁰⁹ Det er således særegent for den finansielle sektor, at der gælder særlige lovkrav til bestyrelsens kompetencer.

Formålet med kapitlet er at finde frem til, hvilke særlige krav der stilles til bestyrelsens kompetencer, både individuelt og kollektivt. Reglerne om egnethed og hæderlighed drejer sig altså alene om, hvem der kan sidde i bestyrelsen i finansielle virksomheder, og ikke om at pålægge de enkelte medlemmer et erstatningsansvar.

Reglerne om egnethed og hæderlighed analyseres hver for sig, fordi reglerne om egnethed drejer sig om de evner, som bestyrelsesmedlemmer i finansielle virksomheder som minimum skal besidde for at kunne sidde i bestyrelsen, hvorimod reglerne om hæderlighed bl.a. skal sikre, at medlemmer der ikke varetager hvervet forsvarligt ikke (længere) kan sidde i bestyrelsen.

3.2. Egnethed og hæderlighed

Den generelle bestemmelse om de enkelte bestyrelsesmedlemmers egnethed og hæderlighed findes i Fil. § 64. Hvor stk. 1 handler om de enkelte bestyrelsesmedlemmers egnethed, handler stk. 2-3 om medlemmernes hæderlighed. I medfør af § 64b skal bestyrel-

¹⁰⁸ I en række andre finansielle love findes der bestemmelser, der svarer til fit&proper-reglerne i Fil. §

64. Disse behandles ikke.

¹⁰⁹ SL § 112 behandles ikke yderligere.

sesmedlemmerne gennemgå et grundkursus efter indtræden i bestyrelsen. Bestemmelserne i Fil. §§ 70, stk. 1, nr. 4 og stk. 4 indeholder krav til bestyrelsens kollektive egnethed.

3.2.1. Overordnet formål med reglerne om egnethed og hæderlighed

Manglende kompetencer hos såvel de enkelte bestyrelsesmedlemmer som den samlede bestyrelse har været anført som medvirkende faktorer til finanskrisen. I sin Grønbog om Corporate Governance anfører Kommissionen, at *”deres manglende evne til at forudse, forstå og i sidste ende kontrollere de risici, de finansielle institutioner stod over for, var en central årsag til finanskrisen”* (vores understregning).¹¹⁰ Derudover kritiserer Kommissionen, at der ikke har været tilstrækkelig mangfoldighed eller kollektive kompetencer i bestyrelserne.¹¹¹

Kommissionens kritik af den mangelfulde ledelse i finansielle virksomheder afspejles i den efterfølgende skærpelse af reglerne for bestyrelsens egnethed og hæderlighed. Reglerne har således til formål at beskytte imod ledelsessvigt og sikre, at bestyrelsens medlemmer kan påtage sig de ledelsesmæssige opgaver som hvervet kræver. Herved sikres at bestyrelsen handler på en måde, der sikrer tillid til og stabilitet i den finansielle sektor.¹¹² For at opnå dette skal medlemmer af bestyrelsen have en ”høj standard” såvel i deres faglige og ledelsesmæssige kompetencer som i deres personlige forhold.¹¹³

Reglerne om egnethed og hæderlighed skal med andre ord sætte bestyrelsen i stand til at varetage den overordnede og strategiske ledelse på en forsvarlig måde samt føre et effektivt tilsyn med direktionen. Det er således naturligt, at kravene til bestyrelsens kompetencer og viden skærpes, når der stilles detaljerede krav til dens opgaver, og når finansielle virksomheder har stor betydning for samfundsøkonomien.

¹¹⁰ (KOM(2010) 284 endelig af 2. juni 2010 – herefter: Grønbog om Corporate Governance), s. 6.

¹¹¹ Ibid., s. 6-7. Lignende anføres i ”DEN FINANSIELLE KRISE I DANMARK - årsager, konsekvenser og læring”. Erhvervs- og vækstministeriet, 2013 (herefter: Rangvid-rapporten), s. 20 og 355-356.

¹¹² Bemærkningerne til pkt. 2.5.2. i lovforslag nr. 175.

¹¹³ Ibid. samt bemærkningerne til § 1, nr. 20 i lovforslag nr. 133 af 07.02.2014.

3.2.2. Finanstilsynets reaktionsmuligheder

Finanstilsynet fører tilsyn med overholdelsen af kravene til egnethed og hæderlighed. Ved indtræden i bestyrelsen i en finansiel virksomhed skal det enkelte bestyrelsesmedlem godkendes af Finanstilsynet.¹¹⁴ Vurdering af, om et bestyrelsesmedlem løbende opfylder kravene til egnethed og hæderlighed er todelt. I første omgang forventes, at virksomheden selv påser, om ledelsesmedlemmer opfylder kravene. Finanstilsynet griber derfor kun ind efter Fil. § 351, hvis virksomheden ikke selv reagerer. For at lette tilsynet skal de enkelte bestyrelsesmedlemmer ifølge Fil. § 64, stk. 5, ved indtræden orientere Finanstilsynet om de forhold, der kræves efter § 64, stk. 1 og 3 og løbende om ændringer i forholdene nævnt i § 64, stk. 2 og 3.

Finanstilsynet har en række indgrebsmuligheder, hvis et bestyrelsesmedlem ikke lever op til kravene om egnethed og hæderlighed.

Finanstilsynet kan i medfør af Fil. § 351, stk. 2 pålægge et medlem af bestyrelsen at nedlægge sit hverv, såfremt vedkommende ikke overholder kravene i Fil. §§ 64, stk. 2 eller 3 (hæderlighed) eller § 64b (grundkursus).¹¹⁵ Påbuddets varighed beror på en konkret vurdering, og ifølge lovbemærkningerne kan påbuddet ansættes fra 1-5 år eller indtil videre, dvs. tidsubegrænset.¹¹⁶ Påbuddet kan i medfør af Fil. § 372, stk. 1 hhv. § 351, stk. 8 og grundlovens § 63 inden 4 uger indbringes for Erhvervsankenævnet hhv. forlanges indbragt for domstolene. Alt efter overtrædelsens grovhed har Finanstilsynet forinden mulighed for at give påbud om at bringe overtrædelsen til ophør. Dette viser sig særligt i Finanstilsynets praksis efter Fil. § 64, stk. 3, nr. 4 (se kap. 3.2.4.2.). Finanstilsynet kan ligeledes i medfør af Fil. § 344b påbyde virksomheden at foretage fornødne foranstaltninger, hvis det er sandsynligt, at virksomheden indenfor 12 måneder vil overtræde kravene i Fil. Denne bestemmelse vil bl.a. kunne finde anvendelse, hvis virksomheden bevæger sig ind på et nyt forretningsområde og bestyrelsen ikke har sikret sig tilstrækkelig kollektiv viden.

¹¹⁴ Pkt. 4.2. i fit&proper-vejledningen.

¹¹⁵ Herudover kan et bestyrelsesmedlem i medfør af straffelovens § 79 fratages retten til at sidde i bestyrelsen og efter konkurslovens § 157 pålægges konkurskarantæne. Reglerne behandles ikke yderligere.

¹¹⁶ Bemærkningerne til § 1, nr. 32 i lovforslag nr. 102 af 12.03.2008 om ændring af lov om finansiel virksomhed og forskellige andre love.

Såfremt et bestyrelsesmedlem ikke nedlægger sit hverv inden for den fastsatte frist kan Finanstilsynet pålægge vedkommende en bøde i medfør af Fil. § 373, stk. 3 og i yderste konsekvens inddrage den finansielle virksomheds tilladelse, jf. Fil. § 224, stk. 1, nr. 2., jf. § 351, stk. 10.

Kravene til et bestyrelsesmedlems egnethed kan ændre sig hvis der sker ændringer i virksomheden, fx forretningsmodellen. Hvis et medlem af bestyrelsen eller den samlede bestyrelse ikke længere besidder den fornødne egnethed, kan Finanstilsynet i medfør af Fil § 64, stk. 3, nr. 4 afsætte hvert enkelt medlem med den begrundelse, at medlemmet ved ikke selv at reagere herpå har udvist en uforsvarlig adfærd. Det kan undre, at Finanstilsynet ikke har hjemmel til at afsætte et bestyrelsesmedlem i medfør af Fil. § 64, stk. 1. hvis medlemmet ikke længere lever op til egnethedskravet.

3.2.3. Egnethed

3.2.3.1. Det enkelte bestyrelsesmedlems egnethed

Der stilles en række krav til bestyrelsesmedlemmernes kompetencer (egnethed) i Fil. §§ 64, stk. 1 og 64b. Reglerne angår udelukkende det enkelte medlem, hvorfor de øvrige bestyrelsesmedlemmers kompetencer ikke har betydning for den pågældendes egnethed.¹¹⁷

3.2.3.1.1. Egnethedsvurderingen efter Fil. § 64, stk. 1

Bestemmelsen i Fil. § 64, stk. 1 gennemfører dele af art. 91, stk. 1 i CRD IV-direktivet og har følgende ordlyd:

”Et medlem af bestyrelsen eller direktionen i en finansiel virksomhed skal til enhver tid have tilstrækkelig viden, faglig kompetence og erfaring til at kunne udøve sit hverv eller varetage sin stilling i den pågældende virksomhed.”

Formuleringen er generel. Hvilke kompetencer der nærmere kræves af det enkelte bestyrelsesmedlem, kan således ikke umiddelbart udledes af bestemmelsen. Bestemmelsen er

¹¹⁷ Bemærkningerne til § 1, nr. 20 i lovforslag nr. 133 af 07.02.2014 og pkt. 5.1. i fit&proper-vejledningen.

således ikke udtryk for et ønske fra lovgiver om, at alle bestyrelsesmedlemmer skal besidde de samme kompetencer, men at de enkelte medlemmer skal besidde et vist "niveau", der gør dem i stand til være bestyrelsesmedlemmer i finansielle virksomheder.

For at undersøge kravets nærmere indhold er det nødvendigt at foretage en opdeling af de væsentligste elementer i bestemmelsen. Disse består af a) "*tilstrækkelig*" og b) "*viden, faglig kompetence og erfaring*".

a) Tilstrækkelig

Når bestemmelsen anvender et upræcist begreb som "tilstrækkelig" er det et udtryk for, at det ikke er hensigtsmæssigt at fastlægge detaljerede krav til, hvad der udgør egnethed på tværs af de finansielle virksomheder. Begrebet sikrer at bestemmelsen er fleksibel, idet kravene til det enkelte bestyrelsesmedlems kompetencer vurderes subjektivt ud fra den konkrete virksomhed. Bestemmelsen er således udtryk for, at der skal foretages en proportionalitetsafvejning. Denne afvejning skal på den ene side tage højde for virksomhedernes selvbestemmelse og på den anden side for samfundets interesse i, at bestyrelsen i finansielle virksomheder har en høj standard. Det medfører også, at det nærmere indhold af kravet til viden, faglig kompetence og erfaring kan ændre sig i takt med samfundsudviklingen, hvorfor bestemmelsen har elementer, der minder om en retlig standard.

Bestemmelsen har ikke altid anvendt formuleringen "tilstrækkelig". Ved lov nr. 268 af 25. marts 2014 erstattede udtrykket "*tilstrækkelig viden, faglig kompetence og erfaring*" formuleringen "*fyldstgørende erfaring*" (vores understregninger) som en konsekvens af, at ordlyden i den tilsvarende bestemmelse i kreditinstitutdirektivets art. 11, stk. 1, 2. led blev ændret i CRD IV-direktivets art. 91, stk. 1. Spørgsmålet er herefter, om ordlydsændringen har medført en ændring af vurderingen af egnethedskravet i § 64, stk. 1.

Umiddelbart kunne det tyde på, at der er sket en lempelse af kompetencekravene, idet udtrykket "fyldstgørende" ud fra en sproglig forståelse kræver mere af det enkelte bestyrelsesmedlem end "tilstrækkelig".

En sammenligning af den danske direktivtekst med den engelske, tyske og franske udgave af hhv. kreditinstitutdirektivets art. 11, stk. 1, 2. led og CRD IV-direktivets art. 91, stk. 1 viser, at der også er sket en ændring i den tyske og den franske udgave, men ikke i den engelske. Således har udtrykket ”*ausreichende Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrung*” erstattet ”*angemessene Erfahrung*” i den tyske udgave, hvor ”ausreichende” ifølge Gyldendals juridiske ordbog kan oversættes til ”betryggende, forsvarlig, rimelig, tilstrækkelig”¹¹⁸ (vores understregninger) og ”angemessene” oversættes til ”rimelig, passende”¹¹⁹. Ligeledes har udtrykket ”*des connaissances, des compétences et de l'expérience nécessaires à l'exercice de leurs attributions.*” erstattet ”*l'expérience adéquate*” (vores understregninger), hvor ”nécessaires” oversættes til ”nødvendig, påkrævet, fornøden, uundværlig, uundgåelig, uomgængelig”¹²⁰ og ”adéquate” oversættes til ”adækvat, passende, ramrende, dækkende”¹²¹. De tyske og franske versioner såvel før som efter ændringen tilnærmer sig udtrykket ”tilstrækkelig”, og det må derfor formodes, at der ikke i disse har været tiltænkt en ændring af vurderingen.

I den engelske udgave er det samme udtryk bibeholdt i CRD IV-direktivet, idet udtrykket ”*sufficient knowledge, skills and experience*” har erstattet udtrykket ”*sufficient experience*” (vores understregninger), hvor ”sufficient” oversættes til ”tilstrækkeligt”¹²².

De forskellige sprogversioner lægger sig således tæt op ad hinanden. Den engelske udgave har ikke ændret sig, og ændringen af de tyske og franske udgaver tyder på, at der ikke har været tiltænkt en ændring i vurderingen. Det må herefter formodes, at det ikke har været intentionen at ændre vurderingen af egnethedskravet i den danske udgave. Dette

¹¹⁸ <http://ordbog.gyldendal.dk.proxy3-bib.sdu.dk:2048/#/pages/result/dade/ausreichende/expert> (07.04.2017, kl. 08.32).

¹¹⁹ <http://ordbog.gyldendal.dk.proxy3-bib.sdu.dk:2048/#/pages/result/deda/angemessene/expert> (07.04.2017, kl. 09.22).

¹²⁰ <http://ordbog.gyldendal.dk.proxy3-bib.sdu.dk:2048/#/pages/result/dafr/necessaires/expert> (07.04.2017, kl. 08.42).

¹²¹ <http://ordbog.gyldendal.dk.proxy3-bib.sdu.dk:2048/#/pages/result/frda/adequate/expert> (07.04.2017, kl. 09.26).

¹²² <http://ordbog.gyldendal.dk.proxy3-bib.sdu.dk:2048/#/pages/result/enda/sufficient/expert> (07.04.2017, kl. 08.49).

resultat støttes af lovbemærkningerne til ændringsloven, der flere steder anvender udtrykket ”som hidtil” i forbindelse med de momenter der skal inddrages i vurderingen af, hvad der er tilstrækkeligt.¹²³

Hvad der herefter nærmere ligger i udtrykket ”tilstrækkelig” uddybes af lovbemærkningerne og fit&proper-vejledningen. Heraf fremgår, at vurderingen skal være proportional med størrelsen og kompleksiteten af virksomheden.¹²⁴ I praksis har Finanstilsynet bl.a. anvendt proportionalitetsafvejningen ved vurderingen af en direktørs egnethed i afgørelsen af 16. september 2015, hvor det anføres, at der ”skal være proportionalitet mellem virksomhedens størrelse og kompleksitet og kravene til den ledelsesansvarlige.” (vores understregning).

Som fortolkningsbidrag kan EBAs Consultation Paper inddrages, hvori følgende yderligere momenter angives: (vores oversættelse): Virksomhedens børsnotering, forskellige tilladelser, geografiske tilstedeværelse, forretningsmodel og strategi, organisatoriske struktur, risikostrategi, risikovillighed og risikoprofil.¹²⁵

Hvad der udgør ”tilstrækkelige” kompetencer afhænger altså af den konkrete finansielle virksomhed og det konkrete hverv og lægger sig til den viden, faglige kompetence og erfaring, som det enkelte bestyrelsesmedlem skal besidde for at udøve sit hverv. Det medfører, at der stilles strengere krav i en stor virksomhed med en kompleks forretningsmodel end i en lille virksomhed med en simpel forretningsmodel.¹²⁶ Proportionalitetsafvejningen skal dog ikke forstås således, at der stilles astronomiske krav til bestyrelsen i store og komplekse virksomheder og minimale krav i små og simple virksomheder. Således fremhæver Finanstilsynet i afgørelsen af 16. september 2015: ”... en virksomheds ringe størrelse ændrer ikke ved, at der skal stilles reelle krav til direktørens erfaring...” (vores understregning). Uanset størrelsen af den finansielle virksomhed stilles der således egentlige krav til bestyrelsesmedlemmernes kompetencer (se pkt. b nedenfor).

¹²³ Bemærkningerne til § 1, nr. 20 i lovforslag nr. 133 af 07.02.2014.

¹²⁴ Bemærkningerne til § 1, nr. 11 i lovforslag nr. 175 af 26.03.2010 og pkt. 5.1. i fit&proper-vejledningen.

¹²⁵ Consultation Paper, s. 26-27.

¹²⁶ Bemærkningerne til § 1, nr. 20 i lovforslag nr. 133 af 07.02.2014.

Vurderingen medfører også, at der i praksis stilles større krav til en direktørs egnethed end til et medlem af bestyrelsen.¹²⁷ Grunden hertil er, at det ikke vil være proportionalt at stille de samme krav til bestyrelsesmedlemmer, da disse ikke forestår den daglige drift af virksomheden. Det betyder, at et bestyrelsesmedlem ikke nødvendigvis er egnet til at varetage stillingen som direktør i den samme virksomhed.

Når bestemmelsen angiver, at kompetencerne skal være tilstrækkelige til, at det enkelte bestyrelsesmedlem kan udøve "sit hverv", kan det herefter diskuteres, om der stilles strengere krav til egnethed til nogle bestyrelsesmedlemmer end til andre. *Lynge Andersen og Schaumburg-Müller* anfører således: "Til de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer må det antages, at Finanstilsynet først og fremmest vil kontrollere at valget ikke er i strid med betingelserne i § 64, stk. 2 [nu stk. 3], mens erfaringskravene må være meget beskedne."¹²⁸ (vores understregninger og tilføjelse). Dette kan ikke tiltrædes. Selvom der tidligere kan have været tvivl herom, er det nu fastslået i fit&proper-vejledningens pkt. 2., at kravene til bestyrelsesmedlemmernes egnethed og hæderlighed er den samme uanset om medlemmet er valgt på generalforsamlingen, af et repræsentantudvalg eller er medarbejdervalgt. Der gøres altså ikke forskel på de forskellige medlemmer af bestyrelsen. Havde dette været tilfældet, ville det både skabe usikkerhed omkring kravene til medlemmernes kompetencer og betyde, at visse medlemmer af bestyrelsen ikke ville besidde en høj standard.

I forlængelse heraf kan det alligevel diskuteres, om der stilles strengere krav til bestyrelsesformandens egnethed end til de menige medlemmer, fordi denne er underlagt en række selvstændige pligter.¹²⁹ Dette må antages ikke at være tilfældet, idet der ikke findes støtte for et sådant argument i hverken lovtekst, forarbejder eller praksis. Hertil kan tillige anføres, at bestemmelsen i stk. 1 kun angår, hvem der er egnet til at sidde i bestyrelsen, og

¹²⁷ Ibid. samt Finanstilsynets afgørelser af 16. september 2015, 22. august 2011, 11. februar 2011 og 27. maj 2010 og pkt. 5.1. i fit&proper-vejledningen.

¹²⁸ Andersen og Schaumburg-Müller, s. 140.

¹²⁹ Således skal bestyrelsesformanden bl.a. i medfør af Fil. § 74, stk. 1. og SL § 123 sikre, at der indkaldes til bestyrelsesmøde, når dette er nødvendigt, og at alle medlemmer indkaldes. Derudover skal bestyrelsesformanden sikre, at forhandlingsprotokollen efter Fil. § 74, stk. 3 indeholder de fornødne oplysninger, jf. Erhvervsankenævnets kendelse af 25. marts 2011 (J.nr. 2010-0022787).

ikke hvem der kan vælges som formand hertil. Er vedkommende egnet til at sidde i bestyrelsen, er denne også egnet til at være formand for denne.¹³⁰

I § 64, stk. 1 indgår udtrykkene ”i den pågældende virksomhed” og ”til enhver tid”. Begge udtryk har nær sammenhæng med kravet om ”tilstrækkelige” kompetencer, idet de fastslår, at vurderingen af, hvad der er tilstrækkeligt, skal ske løbende og afhænger af den pågældende virksomhed.

Udtrykket ”i den pågældende virksomhed” blev indført i bestemmelsen ved lov nr. 579 af 01.06.2010, hvorved det blev konkretiseret, at bestyrelsesmedlemmets egnethed skal vurderes ift. det pågældende hverv i den konkrete virksomhed. Formuleringen betyder, at et bestyrelsesmedlem ikke kan ”medtage” en tidligere godkendelse eller et afslag til en ny virksomhed. Vurdering er således forskellig fra virksomhed til virksomhed, hvorfor der skal foretages en ny egnethedsvurdering af medlemmet, hvis den pågældende vil skifte virksomhed.¹³¹ Det modsatte ville betyde, at reglerne kunne omgås ved at modtage en godkendelse i en lille virksomhed og derigennem blive godkendt til samtlige finansielle virksomheder.

Formuleringen ”til enhver tid” blev indsat i bestemmelsen ved lov nr. 268 af 25. marts 2014 og betyder, at bestyrelsesmedlemmerne ikke blot ved deres indtræden i bestyrelsen skal opfylde kravene om tilstrækkelig viden, faglig kompetencer og erfaring, men tillige løbende i hele den periode, hvor hvervet varetages.¹³² Det sikrer en kontinuerlig høj standard i bestyrelsen, idet der kan foretages en fornyet vurdering af bestyrelsesmedlemmernes egnethed, såfremt forholdene i virksomheden kræver det. Det kan således være nødvendigt, at bestyrelsens medlemmer tilegner sig yderligere kompetencer, fx hvis virksomheden bevæger sig ind på nye forretningsområder.

¹³⁰ Det er dog relevant for vurderingen af formandens erstatningsansvar, at denne er pålagt flere opgaver.

¹³¹ Finanstilsynets afgørelse af 16. september 2015, pkt. 3 og pkt. 5.

¹³² Bemærkningerne til § 1, nr. 20 i lovforslag nr. 133 af 07.02.2014. Tidligere blev vurderingen kun foretaget ved indtræden, jf. bemærkningerne til § 1, nr. 11 lovforslag nr. 175 af 26.03.2010.

b) Viden, faglig kompetence og erfaring

Formuleringen ”viden, faglig kompetence og erfaring” afgrænser, hvad der kan indgå i vurderingen af, om et medlem af bestyrelsen besidder de tilstrækkelige kompetencer.

Formuleringen erstattede det tidligere udtryk ”erfaring” ved lov nr. 268 af 25. marts 2014. Ligesom ovenfor under afsnit a) kan det diskuteres, om ordlydsændringen har medført en ændret vurdering af kravet. Retskilderne tyder ikke herpå.¹³³ Således er de specielle bemærkninger til den nye formulering i stk. 1 i lovforslag nr. 133 af 7. februar 2014 i store træk lig forarbejderne til det tidligere stk. 1 (lovforslag nr. 175 af 26. marts 2010). Heller ikke Finanstilsynets praksis har ændret sig efter ordlydsændringen, idet såvel tidligere som nuværende praksis angiver: ”*Det afgørende for, om en person kan anses for at opfylde kravene til egnethed, er således, om den pågældendes uddannelse og praktiske erfaring har bibragt den pågældende en tilstrækkelig viden...*”.¹³⁴ Det viser, at Finanstilsynet også tidligere inddrog viden og faglige kompetencer, selvom det ikke fremgik af ordlyden. Et yderligere tegn herpå er, at EBAs Consultation Paper på dette punkt minder om de nugældende retningslinjer fra 2012. Der er således alene tale om en præcisering af hvad der tidligere blev forstået ved ”erfaring”.

Ud fra ordlyden må ”viden, faglig kompetence og erfaring” umiddelbart forstås som bestyrelsesmedlemmets tidligere erhvervs erfaring og uddannelsesmæssige baggrund. Henset til bestemmelsens placering i Fil. kap. 8, der stiller krav til ledelsen og indretningen af finansielle virksomheder, giver ordlyden umiddelbart det indtryk, at bestyrelsesmedlemmets kompetencer skal stamme fra den finansielle sektor.

Ifølge lovbemærkningerne er fortolkningen ikke så stringent. Heri anføres, at der ikke kan opstilles generelle kriterier for, hvilke teoretiske eller praktiske krav medlemmet skal

¹³³ Det bemærkes dog, at det af s. 15 i Grøn bog om Corporate Governance fremgår, at det synes ”...påkrævet, at tilsynsmyndighederne udstrækker kriterierne for fremtidige bestyrelsesmedlemmers valgbarhed (”egnhedstesten”) til også at omfatte tekniske og faglige kompetencer...” (vores understregning). Dette tyder på, at i hvert fald visse medlemslande ikke har inddraget faglige kompetencer. Det kan ikke udelukkes, at Finanstilsynet tidligere ikke inddrog faglige kompetencer og efter offentliggørelsen af Grøn bogen har rettet sin praksis efter denne.

¹³⁴ Pkt. 3 i bl.a. Finanstilsynets afgørelser af 22. august 2011 (offentliggjort 29. august 2011) og 16. september 2015.

opfylde. I vurderingen kan bl.a. indgå, om bestyrelsesmedlemmet har ”...*relevant uddannelse, om vedkommende har haft ansættelse indenfor den finansielle sektor og om vedkommende har ledelseserfaring*”.¹³⁵ Det fremgår yderligere, at der ikke kan kræves at bestyrelsesmedlemmer (modsat direktører) har særlig indsigt i finansielle virksomheders forhold, og at særlig indsigt i andre brancher eller i lokale forhold af relevans for virksomheden kan være tilstrækkelige.¹³⁶ Det betyder lidt forsimplet, at en økonomisk landbrugskonsulent kan være egnet som bestyrelsesmedlem i en lokalbank der hovedsageligt yder lån til landbrug i lokalområdet, fordi denne har en særlig viden om landbrugsbranchen. Men konsulenten vil ikke nødvendigvis være egnet til bestyrelseshvervet i en landsdækkende bank, hvis hovedaktivitet ikke er at yde lån til landbrug.

Forarbejderne angiver blot, hvilke forhold der kan inddrages i vurderingen. Det betyder, at forholdene er vejledende og ikke nødvendigvis skal inddrages. Hvad der præcist skal forstås ved ”viden, faglig kompetence og erfaring”, kan derfor ikke udledes alene på baggrund heraf. Det er dog heller ikke formålet med bestemmelsen at opstille generelle kriterier til bestyrelsesmedlemmets teoretiske eller praktiske kompetencer, idet vurderingen netop skal være subjektiv og tilpasses virksomhedens forretningsmodel og risikoprofil.

Ifølge EBAs Consultation Paper bør bestyrelsesmedlemmer have en forståelse for virksomhedens forretningsmodel, risici samt deres opgaver og ansvar.¹³⁷ Dette krav må antages at relatere sig til det løbende hverv i bestyrelsen, idet en sådan viden ikke kan forventes ved tiltræden. Men det betyder også, at bestyrelsesmedlemmerne skal have tilstrækkelige kompetencer til at kunne opnå denne forståelse.

For at finde frem til, hvad der nærmere ligger i kravet om ”viden, faglig kompetence og erfaring” opdeles den følgende gennemgang i tre overordnede momenter. Disse er 1) relevant uddannelse, 2) relevant praktisk erhvervs erfaring, 3) relevant ledelseserfaring. I overensstemmelse med forarbejderne bør disse momenter indgå i vurderingen af egnetheden, men de er ikke udtryk for en udtømmende liste eller kumulative krav, ligesom de

¹³⁵ Bemærkningerne til § 1, nr. 20 i lovforslag nr. 133 af 07.02.2014.

¹³⁶ Ibid. Samt Finanstilsynets afgørelse af 27.05.2010.

¹³⁷ Consultation Paper, s. 31.

naturligvis kombineres, når vurderingen foretages. Som bidrag hertil inddrages praksis fra Finanstilsynet¹³⁸, fit&proper-vejledningen samt EBAs fit&proper-retningslinjer og Consultation Paper, der indeholder en række forhold, som kan indgå i vurderingen.¹³⁹

Ad 1) Relevant uddannelse

Relevant uddannelse er enhver uddannelse, der bibringer bestyrelsesmedlemmet en viden, som har relevans for bestyrelseshvervet i den finansielle virksomhed. Ifølge EBAs fit&proper-retningslinjer skal der lægges vægt på uddannelsesniveau, uddannelsesprofil og uddannelsens relation til finansielle virksomheder, finansielle tjenesteydelser eller andre relevante områder. Det angives yderligere, at uddannelser inden for bank&finanssektoren, jura, økonomi, forvaltning, finansiell regulering og kvantitative metoder generelt kan anses for at være relevante.¹⁴⁰

Relevant uddannelse vil dog ikke altid i sig selv være tilstrækkeligt til at anse den pågældende som egnet, jf. bl.a. *Finanstilsynets afgørelse af 16. september 2015*, hvor en direktørs uddannelse som Cand.merc. i Økonomisk Markedsføring var relevant, idet den gav økonomisk viden, men ikke i sig selv tilstrækkelig, fordi vedkommende manglede praktisk erfaring.

Afgørelsen af *29. august 2011* viser, at der skal foretages en samlet vurdering af en persons kompetencer. Således var vedkommendes erfaring med drift af webbutik og markedsføring ikke i sig selv tilstrækkelig. Sammenholdt med dennes uddannelse (cand.merc.) fandt Finanstilsynet dog, at vedkommende havde opnået tilstrækkelige kompetencer. Afgørelsen tydeliggør herved, at flere ikke tilstrækkelige momenter efter en samlet vurdering kan medføre, at et bestyrelsesmedlem besidder de fornødne kompetencer.

¹³⁸ Praksis fra Finanstilsynet er begrænset til én afgørelse om Fil. § 64, stk. 1 (Finanstilsynets afgørelse af 27. maj 2010 [offentliggjort d. 1. juni 2010] - denne behandles ikke yderligere) og en række afgørelser om betalingstjenestelovens (BTL) § 18, stk. 1. Se om de metodiske overvejelser herom kap. 1.4.2.

¹³⁹ EBAs Consultation Paper indeholder i Annex II en liste med personlige kvalifikationer ("skills"), der ifølge EBA tillige kan indgå i vurderingen. Disse inddrages ikke i behandlingen, idet de ikke er relevante i denne sammenhæng.

¹⁴⁰ Pkt. 14 i EBAs fit&proper-retningslinjer.

Ad 2) Relevant praktisk erhvervs erfaring

Som nævnt angiver lovbemærkningerne, at tidligere ansættelse i den finansielle sektor kan indgå i egnethedsvurderingen. Området for, hvad der udgør relevant praktisk erhvervs erfaring må antages at være bredere. Således må al erhvervs erfaring, der kan bidrage til bestyrelseshvervet i den pågældende finansielle virksomhed kunne inddrages, herunder også erfaring fra virksomheder udenfor den finansielle sektor. Dette støttes af EBAs retningslinjer, hvorefter vurderingen bl.a. kan inddrage erfaring med finansielle markeder, risikostyring (herunder identifikation, vurdering, overvågning og kontrol af væsentlige risikotyper samt medlemmets ansvar herfor) samt strategisk planlægning og forståelse af forretningsmodeller.¹⁴¹

Det er vanskeligt præcist at fastlægge, hvad relevant erfaring for den finansielle sektor kan udgøre, men Finanstilsynet har i en række afgørelser fastlagt, hvilke tidligere stillinger, der i hvert fald ikke udgør relevant erfaring. Dette drejer sig bl.a. om en postmedarbejder, taxachauffør, projektleder og Junior Konsulent hos et reklame- og PR-bureau (telemarketing), studentermedhjælper, telefoninterviewer, kasseansvarlig, selvstændig vognmand samt lager- og servicemedarbejder.¹⁴²

Selvom en persons praktiske erfaring delvist angår den finansielle sektor, vil det ikke nødvendigvis være tilstrækkeligt til, at vedkommende er egnet, jf. bl.a. *Finanstilsynets afgørelse af 11. februar 2011 (offentliggjort d. 17. februar 2011)*, hvor en direktør bl.a. havde erfaring med bankregnskab, fakturering og debitorregnskab i en møbelvirksomhed, samt formidling og afregning af banklån igennem to udbydere af forbrugslån. I den forbindelse kan ligeledes nævnes *Finanstilsynets afgørelse af 6. december 2010 (offentliggjort d. 17. februar 2011)*, hvor den pågældende havde erfaring som ”teller exchange and transfer officer” (kundebetjening, herunder veksling og overførsel) i Kenya. Heroverfor står *Finanstilsynets afgørelse af 21. november 2012* som et eksempel på, hvornår erfaring, der delvist angik den finansielle sektor, var tilstrækkelig. I sagen havde vedkommende

¹⁴¹ Pkt. 14 i EBAs fit&proper-retningslinjer.

¹⁴² Finanstilsynets afgørelser af hhv. 22. august 2011 (offentliggjort d. 29. august 2011), 16. september 2015 og 6. december 2010 (offentliggjort d. 17. februar 2011).

20 års erfaring med drift af selvstændig virksomhed (indenfor bogføring, revision og pengeoverførelsesvirksomhed) og havde gennemgået en række juridiske og økonomiske kurser.

I afgørelsen af 6. december 2010 stammede erfaringen som ”teller exchange and transfer officer” fra årene 1990-1992. Finanstilsynet anså erfaringen som forældet, idet der på betalingstjenestekområdet var sket store ændringer. Det er særligt interessant, at Finanstilsynet anser vedkommendes erfaring og viden for forældet, idet det hverken fremgår af lovgrundlaget, forarbejderne eller vejledninger og retningslinjer, at der kan ske forældelse.¹⁴³ Men idet vurderingen af egnethed som tidligere nævnt kan ændre sig med samfundsudviklingen medfører det, at bestyrelsesmedlemmernes viden, faglig kompetence og erfaring skal være tidssvarende. Dette er tillige hensigtsmæssigt, især i betragtning af den teknologiske udvikling og udviklingen af nye produkter. På linje hermed må også relevant uddannelse kunne forældes, såfremt den viden, der opnås herved, ikke længere er tidssvarende.

Samlet kan det anføres, at tidligere erhvervs erfaring skal være relevant ift. den pågældende virksomhedstype, den konkrete virksomhed og det konkrete hverv, som den pågældende skal indtræde i. Om dette er tilfældet afhænger bl.a. af tidligere stillingers karakter, længden og antallet af tidligere ansættelser.

Ad 3) Relevant ledelseserfaring

Som angivet ovenfor kan ”eventuel” tidligere ledelseserfaring ifølge forarbejderne indgå i vurderingen. Hverken forarbejderne eller EBA angiver, hvilken ledelseserfaring der kan indgå i vurderingen. Det kan derfor ikke kræves, at en eventuel ledelseserfaring stammer fra andre finansielle virksomheder.¹⁴⁴ Dette finder støtte i fit&proper-vejledningens pkt. 5, hvorefter personer ved indtræden i hvervet skal oplyse om tidligere ledelseserfaring både indenfor og udenfor den finansielle sektor. Men det er klart, at jo mere relevant

¹⁴³ Ifølge pkt. 5 i fit&proper-vejledningen skal personer i forbindelse med indtræden oplyse Finanstilsynet om tidligere ansættelser inden for de seneste 10 år – både indenfor og udenfor den finansielle sektor. Det kunne tyde på, at Finanstilsynet er af den opfattelse, at ældre erfaring ikke er relevant (og dermed forældet).

¹⁴⁴ Dette udgangspunkt modificeres af det kollektive krav i Fil. § 70, stk. 4 for enkelte medlemmer (kap. 3.2.3.2.1.).

ledelseserfaring, des tungere vil det veje i medlemmets favør. I *Finanstilsynets afgørelse af 16. september 2015* blev vedkommendes ledelseserfaring ikke nævnt i Finanstilsynets afslag. Dette må skyldes, at ledelseserfaringen stammede fra egen (mindre) virksomhed og var begrænset til seks måneder. Tilsvarende blev en persons ledelseserfaring i Finanstilsynets *afgørelse af 22. august 2011 (offentliggjort den 29. august 2011)* som formand i en unavngivet organisation og bestyrelsesmedlem i en unavngivet forening/virksomhed ikke nævnt i afslaget.

Finanstilsynets praksis tyder således på, at kortvarig ledelseserfaring, ledelseserfaring fra mindre virksomheder eller foreninger mv. ikke vejer tungt i vurderingen. Modsat vil ledelseserfaring fra finansielle virksomheder eller andre relevante (større) virksomheder veje tungt.

Øvrige forhold

Ifølge Fil. § 64, stk. 2 om hæderlighed skal bestyrelsesmedlemmer ”*have et tilstrækkelig godt omdømme og udvise hæderlighed, integritet og uafhængighed for effektivt at kunne vurdere og anfægte afgørelser truffet af den daglige ledelse.*” Et lignende krav fremgår ikke af Fil. § 64, stk. 1 om egnethed eller den tilsvarende regel i CRD IV-direktivets art. 91, stk. 1. EBA fremhæver dog i retningslinjerne, at de enkelte medlemmer ”bør” have tilstrækkelig erfaring til at kunne anfægte direktionens beslutninger og til at kunne føre et effektivt tilsyn. Denne erfaring kan stamme fra teoretisk eller tidligere praktisk erfaring og kan, men behøver ikke nødvendigvis, være fra finansiell virksomhed.¹⁴⁵

Selvom kravet ikke fremgår af § 64, stk. 1, må det kunne indfortolkes i bestemmelsen. Til hvervet som bestyrelsesmedlem i en finansiell virksomhed hører den overordnede og strategiske ledelse, herunder at føre et effektivt tilsyn med direktionen. Det må indebære, at medlemmet skal være i stand til at anfægte direktionen. Relevant uddannelse, erhvervs-erfaring og ledelseserfaring bidrager netop hertil.

3.2.3.1.2. Grundkursus efter indtræden i bestyrelsen

Hidtil har der ikke været stillet et krav om, at personer ved indtræden i bestyrelsen i finansielle virksomheder skal gennemgå en særlig uddannelse eller kurser for at bestride

¹⁴⁵ Pkt. 14.6. i EBAs fit&proper-retningslinjer.

hvervet. Hvis man én gang var blevet erklæret egnet i medfør af Fil. § 64 ved indtræden i bestyrelsen, så var man som udgangspunkt også egnet til at bestride hvervet efterfølgende.¹⁴⁶

Ved lov nr. 1490 af 23. december 2014¹⁴⁷ er der med Fil. § 64b indført regler for, hvilke yderligere kompetencer bestyrelsens medlemmer skal tilegne sig. Ifølge § 64b, stk. 1 skal bestyrelsesmedlemmer i en række typer af finansielle virksomheder¹⁴⁸ hurtigst muligt og senest 12 måneder efter indtræden i bestyrelsen “... gennemføre et grundkursus i de kompetencer, der er nødvendige for at varetage de forpligtelser og funktioner, som kræves af bestyrelsesmedlemmer i den virksomhedstype, som den pågældende er indtrådt i.” Bestemmelsen trådte i kraft 1. januar 2017 og gælder for alle bestyrelsesmedlemmer, der indtræder i bestyrelsen på eller efter denne dato.¹⁴⁹ Såfremt Finanstilsynet vurderer, at det enkelte medlem har tilstrækkelige kompetencer, kan vedkommende undtages fra grundkurset, jf. Fil. § 64b, stk. 2.¹⁵⁰

Kravet om grundkursus skal styrke bestyrelsens kompetencer. Således fremgår det af lov-bemærkningerne, at bestemmelsen har til formål at sikre, ”...at alle medlemmer i bestyrelsen er bevidste om deres ansvar inden for de fastsatte kompetenceområder, og at det samlede generelle kompetenceniveau i bestyrelsen højnes”¹⁵¹ (vores understregninger). Kurset skal give en introduktion i de opgaver, som bestyrelsesmedlemmer skal varetage samt sikre, at bestyrelsesmedlemmerne opnår en basal viden inden for hvert kompetenceområde.¹⁵² Grunden hertil må først og fremmest være, at der er så stor forskel på de enkelte finansielle virksomheder, at det vil være svært (hvis ikke umuligt), at give en

¹⁴⁶ Som angivet i kap. 3.2.3.1.1. kan det være nødvendigt at opkvalificere kompetencerne, hvis virksomhedens forhold ændrer sig.

¹⁴⁷ Lov nr. 1490 af 23. december 2014 om ændring af lov om finansiel virksomhed, lov om værdipapirhandel m.v., lov om betalingstjenester og elektroniske penge og forskellige andre love.

¹⁴⁸ Pengeinstitutter, realkreditinstitutter og forsikringsselskaber.

¹⁴⁹ § 1, stk. 1 i bekendtgørelse nr. 1424 af 29. november 2016 om grundkursus for medlemmer af bestyrelsen i pengeinstitutter, realkreditinstitutter og forsikringsselskaber (herefter: grundkursusbekendtgørelsen). Bestemmelsen i § 1, stk. 1 må tillige betyde, at siddende bestyrelsesmedlemmer ikke skal gennemføre kurset. Det samme må gælde ved genvalg.

¹⁵⁰ Finanstilsynet kan i medfør af bekendtgørelsens § 12, stk. 1, 2. pkt. betinge dispensationen af, at medlemmet gennemfører anden relevant undervisning eller på anden måde tilegner sig viden.

¹⁵¹ Bemærkningerne til § 1, nr. 6 i lovforslag nr. 73 af 14.11.2014.

¹⁵² Ibid.

dybdegående undervisning. Derfor undervises der kun i de kompetenceområder, der er specifikke for den enkelte virksomhedstype. Der kan derfor ikke stilles krav om, at enkelte bestyrelsesmedlemmer kan gennemskue enhver risiko eller enhver beslutning taget af direktionen blot fordi disse har gennemført kurset. Hertil kommer at kravet i § 64b alene forudsætter, at bestyrelsesmedlemmet gennemfører kurset og ikke, at der skal bestås en prøve i det gennemgåede materiale.¹⁵³

De nærmere krav til kursets indhold fremgår af grundkursusbekendtgørelsens §§ 2-12 og dennes bilag 1-18 og er opdelt efter virksomhedstype. Af bekendtgørelsens § 2, stk. 1 fremgår, at kurset for pengeinstitutter og realkreditinstitutter skal omfatte undervisning i bl.a. rammerne for bestyrelsens arbejde, rammerne for indretning af virksomheden, operationel risiko, kreditgivning, markedsrisiko, kapitalkrav, likviditet og tilsynsdiamenten.¹⁵⁴ Undervisning i ”rammerne for bestyrelsens arbejde” uddybes i bilag 1, hvorefter der bl.a. undervises i bestyrelsens opgaver, tilsynsfunktion, arbejdsdeling med direktionen, rapportering, tilrettelæggelse af arbejdet i bestyrelsen, bestyrelsens ansvar samt de lovgivningsmæssige rammer for direktionen. Kurset sikrer således, at det enkelte bestyrelsesmedlem er fortrolig med bestyrelsens opgaver efter Fil. § 70 og bestyrelsens forretningsorden efter Fil. § 65. Tilsvarende uddybes ”rammerne for indretning af virksomheden” i bilag 2, hvorefter der bl.a. skal undervises i ledelsesbekendtgørelsen, virksomhedens organisation, ansvarsfordeling og compliance. Kurset skal således også bringe det enkelte medlem i stand til at forstå og opfylde kravene i Fil. § 71. Særligt relevant er også bilag 7 om kreditgivning, hvorefter der skal undervises om kreditpolitik, retningslinjer til direktionen, indstillinger fra direktionen som skal bevilges af bestyrelsen, årlig gennemgang af væsentlige eksponeringer samt tilsyn og rapportering.

Bekendtgørelsens § 7 angiver 3 læringsmålsniveauer for, hvilket kendskab det enkelte bestyrelsesmedlem skal have til de enkelte kompetenceområder. Læringsmålsniveau 1 forudsætter et overordnet kendskab hertil. Læringsniveau 2 forudsætter, at medlemmet opnår ”*tilstrækkeligt kendskab til kompetenceområdet til at kunne medvirke til udførelsen*”

¹⁵³ Ibid. Bestyrelsesmedlemmet skal dog i medfør af grundkursusbekendtgørelsens § 4 efter anmodning skal sende en kopi af kursusbeviset til Finanstilsynet som dokumentation for at have gennemført kurset.

¹⁵⁴ § 3, stk. 1 indeholder en lignende opremsning af relevante kompetenceområder for forsikringsselskaber.

af en bestyrelses opgaver inden for kompetenceområdet, herunder til at kunne stille spørgsmål til en direktion og forholde sig til besvarelsen.” (vores understregninger). Læringsmålsniveau 2 kræves bl.a. ved områderne om bestyrelsens arbejde, indretning af virksomheden, operationel risiko og markedsrisiko. Niveau 3 forudsætter at medlemmet opnår viden og kompetencer til at kunne udføre bestyrelsesopgaver selvstændigt. Dette kræves bl.a. ved området for kreditgivning.

Sammenfattende fører grundkurset til en professionalisering af bestyrelsen. Når bestyrelsesmedlemmer undervises i bestyrelsens opgaver og ansvar, sættes bestyrelsen i højere grad i stand til at sikre, at opgaverne udføres tilfredsstillende, også selvom kurset alene er introducerende. Kurset højner med andre ord kvaliteten i bestyrelsen, idet det enkelte bestyrelsesmedlem – og dermed bestyrelsen som helhed – bliver ”mere egnet”.

Tilmed sikres det, at det enkelte medlem og den samlede bestyrelse i højere grad end tidligere sættes i stand til at kunne vurdere og anfægte afgørelser truffet af direktionen samt føre tilsyn hermed. Lige netop den manglende evne til at anfægte direktionens afgørelser har været anført som en medvirkende årsag til de ledelsessvigt, der i sidste ende førte til finanskrisen.¹⁵⁵ Hertil kommer, at grundkurset må antages at få en gavnlig effekt på problematikken om ”gruppetænkning” i bestyrelsen (se kap. 3.2.3.2.2.).

Det er i den sammenhæng vigtigt at bemærke, at kravet om grundkursus i Fil. § 64b ikke får indflydelse på vurderingen af bestyrelsesmedlemmets egnethed efter Fil. § 64, stk. 1. Bestemmelsen skærper således ikke kravene til den viden, faglig kompetence og erfaring som bestyrelsesmedlemmet skal besidde ved indtræden i hvervet, men har til formål at gøre bestyrelsesmedlemmet ”mere egnet” til at bestride hvervet efter dennes indtræden. Kurset medfører med andre ord, at bestyrelsesmedlemmer efter gennemførelsen af kurset får en vis indsigt i finansielle virksomheders forhold.

¹⁵⁵ Grønbog om Corporate Governance, s. 6.

3.2.3.2. Bestyrelsesmedlemmernes kollektive egnethed

Ved siden af kravet i Fil. § 64, stk. 1 om *individuel* egnethed, stilles der også et krav om bestyrelsens *kollektive* egnethed i Fil. § 70, stk. 4¹⁵⁶ og et krav om en *mangfoldighedspolitik* i Fil. § 70, stk. 1 nr. 4.

3.2.3.2.1. Kollektiv egnethed

I medfør af Fil. § 70, stk. 4 skal bestyrelsen i finansielle virksomheder ”...sikre, at dens medlemmer har tilstrækkelig kollektiv viden, faglig kompetence og erfaring til at kunne forstå virksomhedens aktiviteter og de hermed forbundne risici.”

Bestemmelsen i Fil. § 70, stk. 4 er indført ved lov nr. 268 af 25. marts 2014 om ændring af lov om finansiel virksomhed og forskellige andre love og implementerer art. 91, stk. 1, 2. pkt. og stk. 7 i CRD IV-direktivet. Forinden fremgik en lignende regel af den dagældende ledelsesbekendtgørelses § 3, 1. pkt.¹⁵⁷ Med indførelsen af § 70, stk. 4 blev kravet således lovfæstet, hvilket understreger vigtigheden heraf.

Kravet om kollektiv egnethed har til formål at sikre en mere robust ledelse og den nødvendige viden og erfaring i bestyrelsen til at sikre en forsvarlig drift af virksomheden. Det er netop bestyrelsens samlede kompetencer der sætter denne i stand til at udarbejde en forretningsmodel, forstå risici herved samt udstikke retningslinjer for direktionen og føre et effektivt tilsyn. Derudover skal bestemmelsen sikre, at bestyrelsen er i stand til at anfægte direktionens beslutninger, stille konstruktive spørgsmål samt vurdere svarene herpå.¹⁵⁸

For at sikre opfyldelsen af kravet om kollektiv egnethed skal bestyrelsen ikke blot sikre, at de påkrævede kompetencer er tilstede, men også løbende vurdere, om dette fortsat er

¹⁵⁶ Der gælder særlige regler for bestyrelsens sammensætning i pkt. 2.4.1.1. i OMXs udstederregler (af 3. juli 2016) og i pkt. 3 i anbefalingerne for god selskabsledelse anbefalinger. Reglerne behandles ikke.

¹⁵⁷ Bekendtgørelse nr. 1325 af 1. december 2010 om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl.

¹⁵⁸ Pkt. 2.7.2.2. i bemærkningerne til lovforslag nr. 133 af 07.02.2014 og bemærkninger til § 1, nr. 28 i lovforslag nr. 133 af 07.02.2014.

tilfældet (selvevaluering).¹⁵⁹ Ifølge vejledning til bestyrelsens selvevaluering skal vurderingen foretages minimum én gang årligt.¹⁶⁰ 1-årsfristen kan hverken udledes af bestemmelsen eller dets forarbejder, men det må antages, at den lægger sig til kravet i ledelsesbekendtgørelsens bilag 6, nr. 3 hvorefter bestyrelsen løbende og én gang årligt skal gennemgå forretningsordenen.¹⁶¹

For løbende at kunne sikre opfyldelsen af kravet bør bestyrelsen fastlægge en kompetenceprofil som beskriver, hvilke kompetencer den samlede bestyrelse skal besidde. Kompetenceprofilen kan således anvendes som et arbejdsredskab til at sikre, at sammensætningen til enhver tid opfylder kravet i § 70, stk. 4.¹⁶²

Selvom bestemmelsens ordlyd ligner Fil. § 64, stk. 1 er vurderingen af hvad der *udgør* tilstrækkelig viden, faglige kompetencer og erfaring ikke den samme. Det skyldes, at den kollektive egnethed angår den samlede bestyrelses kompetencer, dvs. summen af de enkelte bestyrelsesmedlemmers kompetencer. Derfor kan der stilles strengere krav til bestyrelsen som helhed end til de enkelte medlemmer. *Måden* hvorpå kompetencerne opnås, er dog den samme, altså gennem relevant uddannelse, relevant praktisk erfaring og relevant ledelseserfaring.

Hvad der herefter udgør tilstrækkelig¹⁶³ kollektiv egnethed, afhænger ifølge ordlyden af virksomhedens aktiviteter og risici forbundet hermed. Selvom ordlyden af § 70, stk. 4 kunne tyde på, at vurderingen skal foretages på baggrund af samtlige aktiviteter i den finansielle virksomhed, så angiver såvel lovbemærkningerne, EBAs Consultation Paper samt retslitteraturen, at vurderingen skal foretages på baggrund af virksomhedens forretningsmodel og risikoprofil.¹⁶⁴ Når ordlyden angiver ”virksomhedens aktiviteter” skal det derfor forstås som virksomhedens hovedaktiviteter (se kap. 2.3.2.2.).

¹⁵⁹ Bemærkningerne til § 1, nr. 28 i lovforslag nr. 133 af 07.02.2014.

¹⁶⁰ Vejledning til bestyrelsens selvevaluering, s. 6.

¹⁶¹ Bl.a. § 3, nr. 3 om vurdering af virksomhedens risici og § 3, nr. 7 om solvensbehov.

¹⁶² Eksempelvis Danske Bank: https://www.danskebank.com/da-dk/om-os/ledelse/bestyrelse/Documents/Bestyrelsens%20kompetenceprofil_20160929.pdf (17.04.2017, kl. 10.30).

¹⁶³ Vurderingen af, hvad der er tilstrækkeligt, er den samme for Fil. § 64, stk. 1. (kap. 3.2.3.1.1.).

¹⁶⁴ Bemærkningerne til § 1, nr. 28 i lovforslag nr. 133 af 07.02.2014, Consultation Paper, s. 24 samt Bre-nøe m.fl., s. 345 og Birkmose m.fl., s. 10-11.

Kravet om den kollektive egnethed kan opdeles i et krav om *grundviden* og et krav om *specialviden*. Kravet om grundviden betyder, at bestyrelsen skal have en generel forståelse for de lovgivningsmæssige rammer for ledelsen (se hertil kap. 2) og virksomhedens økonomiske forhold.¹⁶⁵ Derudover må grundviden også indeholde et krav om en generel forståelse for virksomhedens forretningsmodel og risikoprofil.

Kravet om grundviden suppleres af reglen i Fil. § 64b om grundkursus for bestyrelsens medlemmer, idet kurset netop giver en vis indsigt i typen af finansiel virksomhed og de lovgivningsmæssige rammer herfor. Kurset må således antages at opfylde kravet om, at bestyrelsen skal kende til de lovgivningsmæssige rammer for dets opgaver og ledelse af virksomheden, jf. hertil ovenfor kap. 3.2.3.1.2.

Hvad der udgør *specialviden*, afhænger af virksomhedens særlige forhold.¹⁶⁶ Hvis virksomheden i kraft af dennes forretningsmodel eller risikoprofil udfører særlige aktiviteter, skal der sidde ét eller flere medlemmer i bestyrelsen, der besidder specialviden herom. Ifølge lovbemærkningerne kan sådanne aktiviteter bl.a. være en særlig eksponering mod én eller få brancher, fx inden for ejendomssektoren eller finansiering af pantebreve.¹⁶⁷ Der er kun tale om eksempler, hvorfor der kan være andre konkrete forhold der kræver specialviden. Fx vil en økonomisk landbrugskonsulent kunne bidrage med specialviden til et pengeinstitut, der som led i dets forretningsmodel har store eksponeringer mod landbrugssektoren i form af kreditter og lån.

Kravet om specialviden sikrer således, at bestyrelsen er i stand til at anfægte direktionen på alle områder omfattet af forretningsmodellen, også på områder, som bestyrelsen normalt ikke har særlig indsigt i eller viden om. Det betyder desuden, at de enkelte medlemmer af bestyrelsen individuelt kan være egnede efter Fil. § 64, stk. 1, men at den samlede bestyrelse på trods heraf ikke opfylder kravet om kollektiv egnethed, idet der ikke er den fornødne samlede grund- eller specialviden til stede.

¹⁶⁵ Bemærkningerne til § 1, nr. 28 i lovforslag nr. 133 af 07.02.2014.

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ Ibid. Desuden må de pågældende bestyrelsesmedlemmer ikke være involveret i, eller have tilknytning til, de specifikke eksponeringer, som de har specialviden om. Det minder om kravet om uafhængighed i Fil. § 64, stk. 2.

Selvom der ikke kan stilles krav om specialviden hos et enkelt medlem ved vurderingen i medfør af § 64, stk. 1, så medfører kravet altså, at enkelte medlemmer af bestyrelsen skal besidde specialviden. Herved får reglen om kollektiv viden karakter af et individuelt krav til enkelte medlemmer.

Ifølge vejledningen skal store finansielle virksomheder også have mindst ét bestyrelsesmedlem, der har egentlig praktisk ledelseserfaring fra anden relevant finansiel virksomhed.¹⁶⁸ Ledelseserfaring kan fx være opnået gennem ansættelse som direktør, vicedirektør, kreditchef eller lignende.¹⁶⁹ Når der kræves ”egentlig praktisk ledelseserfaring”, og idet eksemplerne alene angår medlemmer af den daglige ledelse (direktionen), tyder det på, at tidligere erfaring som bestyrelsesmedlem ikke er tilstrækkelig.

Ifølge vejledningen skal ledelseserfaringen stamme fra ”en anden relevant finansiel virksomhed”; dvs. at erfaringen ikke må stamme fra den samme virksomhed. Vejledningen angiver desuden at det pågældende medlem skal kunne forholde sig til driften af en finansiel virksomhed i den ”nævnte størrelse”. Det tyder på, at alene erfaring fra finansielle virksomheder af lignende størrelse er tilstrækkelig.

Kravet om ledelseserfaring fremgår hverken af § 70, stk. 4, forarbejderne eller bagvedliggende EU-regulering og savner derfor hjemmel. Selvom kravet kan virke hensigtsmæssigt, idet erfaring i ledelse af finansiel virksomhed kan bidrage til at sikre en forsvarlig drift af virksomheden, så er kravet indgribende, og Finanstilsynet vil i mangel af hjemmel hertil ikke kunne støtte ret herpå.

Hvis der sker ændringer i virksomhedens forretningsmodel og/eller risikoprofil, skal bestyrelsen sikre, at dens samlede kompetencer er tilstrækkelige.¹⁷⁰ Såfremt bestyrelsens

¹⁶⁸ Disse virksomheder udgør ifølge faktaarkets s. 2 pengeinstitutter i Gruppe 1 og Gruppe 2, større realkreditinstitutter, skadesforsikringselskaber med en bruttopræmieindtægt på 4 mia. og derover og livsforsikringselskaber og pensionskasser med en balancesum større end 30 mia. kr.

¹⁶⁹ Vejledning til bestyrelsens selvevaluering, s. 5-6 og faktaarket, s. 2.

¹⁷⁰ Bemærkningerne til § 1, nr. 28 i lovforslag nr. 133 af 07.02.2014.

kompetencer ikke stemmer overens med forretningsmodellen og risikoprofilen skal bestyrelsen således reagere herpå. Dette kan ske ved at bestyrelsen supplerer sine kompetencer eller tilpasser forretningsmodellen ved enten afstå fra at penetrere et forretningsområde eller forlade et sådant. Måden hvorpå bestyrelsen kan supplere sine kompetencer, er fx gennem efteruddannelse (opkvalificering) eller ved at indhente et eller flere nye medlemmer, der besidder de nødvendige kompetencer.¹⁷¹

Erhvervsankenævnets kendelse af 21. december 2016 (J.nr. 2016-6608) er et godt eksempel herpå. I sagen fik en andelskasse ad to omgange påbud om at sikre, at bestyrelsen skulle besidde den fornødne viden om virksomhedens forhold og de lovgivningsmæssige krav.

Forud for påbuddene var flere medlemmer blevet udskiftet inden for ét år, heriblandt både formand og næstformand. Finanstilsynet konstaterede efterfølgende flere styringsmæssige mangler, herunder ukendskab til krav om kreditbevillinger og den finansielle lovgivning samt utilstrækkelige vurderinger og analyser af bl.a. risici ved kreditgivning. En del af forklaringen herpå var, at bestyrelsen ikke havde sikret sig, at den besad den fornødne kollektive viden efter udskiftningen. Tilsynet udtalte, at ”...den store udskiftning indebærer en større risiko for tab af viden om og indsigt i instituttet, en større risiko for svigt i væsentlige forretningsmæssige sagsgange og kontroller samt et behov for større fokus på bevaring og styrkelse af ledelsens viden og kompetencer vedrørende drift og ledelse af pengeinstitutter.”

Virksomheden havde desuden bevæget sig ind på nye forretningsområder uden at tilegne sig fornøden viden herom forinden. Finanstilsynet påbød i den forbindelse virksomheden at sikre, at den samlet besad de fornødne kompetencer hertil, så den kunne håndtere de nye risici.

Kendelsen viser således, at stor udskiftning i bestyrelsen kan føre til, at den kollektive egnethed ”forsvinder”. Bestyrelsen skal derfor være særligt opmærksom og hurtigt reagere på, at den kan miste viden, hvis et enkelt eller flere medlemmer udtræder. Ligeledes viser kendelsen, at bestyrelsen skal sikre sig de fornødne kompetencer før forretningsmodellen udvides.

¹⁷¹ Vejledning til bestyrelsens selvevaluering, s. 6.

3.2.3.2.2. *Mangfoldighed i bestyrelsen*

I forlængelse af kravet om kollektiv egnethed er der ved lov nr. 268 af 25. marts 2014 i Fil. § 70, stk. 1, nr. 4 indsat en pligt for bestyrelsen til at fastlægge en politik for mangfoldighed, der skal fremme tilstrækkelig diversitet i kvalifikationer og kompetencer blandt dens medlemmer.¹⁷²

Reglen implementerer art. 91, stk. 10 i CRD IV-direktivet. Det følger af præambelbetragtning 60 til direktivet, at formålet med mangfoldighed i bestyrelsen bl.a. er at undgå ”gruppetænkning”. Gruppetænkning opstår, hvor bestyrelsen bliver enig om en beslutning uden at der forinden har været grundige overvejelser om mulige alternativer eller konsekvenserne herved, og kan bl.a. forekomme når bestyrelsesmedlemmerne ikke vil anfægte en stærk direktion, bestyrelsesformand mv.¹⁷³ Mangfoldighed skal således gøre det lettere for bestyrelsens medlemmer at fremsætte selvstændige holdninger og kritiske spørgsmål.¹⁷⁴ Dette vil tillige sikre at bestyrelsen effektivt kan varetage den overordnede og strategiske ledelse og sikre en forsvarlig organisation.

Hvordan bestyrelsen vil sikre mangfoldighed er op til den selv. Forarbejderne angiver alene, at politikken bl.a. ”bør” indeholde en beskrivelse af, hvordan mangfoldigheden sikres samt hvilke kvalifikationer og kompetencer, der er relevante ved udvælgelsen af egnede kandidater (fx uddannelsesmæssig, erhvervmæssig eller personlig erfaring).¹⁷⁵ Det må derfor antages, at politikken skal afspejle kompleksiteten af forretningsmodellen og risikoprofilen. I præambelbetragtning nr. 60 angives yderligere, at der bør være tilstrækkelig mangfoldighed mht. alder, køn, geografisk herkomst samt uddannelses- og erhvervmæssig baggrund.

¹⁷² I SL § 139a stk. 1, nr. 1-2 findes et krav om måltal og politik for at øge andelen af det underrepræsenterede køn. I virksomheder, som har nedsat et nomineringsudvalg i medfør af Fil. § 80a, påhviler pligten nomineringsudvalget i medfør af § 80a, stk. 3, nr. 3, jf. Fil. § 70, stk. 6.

¹⁷³ Rangvid-rapporten, boks 4.5, s. 83.

¹⁷⁴ CRD IV-direktivets præambelbetragtning 60 og Consultation Paper, s. 11-12.

¹⁷⁵ Bemærkningerne til § 1, nr. 27 i lovforslag nr. 133 af 07.02.2014.

3.2.4. Hæderlighed

I det følgende undersøges kravene til de enkelte bestyrelsesmedlemmers hæderlighed. Reglerne herom findes i Fil. § 64, stk. 2-4. Bestemmelsen i Fil. § 64, stk. 2 fastsætter et overordnet krav om, at medlemmer af bestyrelsen til enhver tid¹⁷⁶ skal have et godt omdømme og udvise hæderlighed, integritet og uafhængighed for effektivt at være i stand til at vurdere og anfægte direktionens afgørelser. Stk. 3 supplerer stk. 2, idet der heri anføres fire konkrete forhold der indebærer, at en person ikke har et godt omdømme og dermed ikke den fornødne hæderlighed til at varetage hvervet. De fire forhold diskvalificerer således den pågældende fra at varetage hvervet som bestyrelsesmedlem. Ifølge stk. 4 skal der ved hæderlighedsvurderingen efter stk. 2 og 3 lægges vægt på hensynet til tilliden til den finansielle sektor.

Kravene til hæderlighed sætter grænser for, hvilken adfærd der accepteres. Reglerne sikrer altså, at kun personer, der anvender deres faglige kompetencer forsvarligt, kan varetage bestyrelseshvervet. Således sikrer både kravene til egnethed og hæderlighed, at bestyrelsen sættes i stand til at opfylde de detaljerede opgaver og forpligtelser på en forsvarlig måde.

Ved vurderingen af, om kravene til hæderlighed er opfyldt, skal der foretages en objektiv og en subjektiv vurdering. *Den objektive vurdering* er en konstatering af, om den udviste adfærd falder ind under stk. 2 eller ét af de forhold i stk. 3, nr. 1-4. Når dette er konstateret, foretages en *subjektiv vurdering* af, om den udviste adfærd har en sådan karakter, at bestyrelsesmedlemmet er uhæderligt. Vurderingen er forskellig fra vurderingen af kravet om egnethed, fordi proportionalitetsbetragtningen ved hæderlighedskravene lægger vægt på *typen* af finansiell virksomhed.¹⁷⁷ Det betyder, at der ikke som ved egnethedsvurderingen skal lægges vægt på den konkrete virksomhed, fx dennes størrelse og kompleksitet. Den subjektive vurdering er således den samme for medlemmer af bestyrelsen i Danske Bank A/S og Ringkjøbing Landbobank A/S, men forskellig for medlemmer af Danske

¹⁷⁶ Kravet om ”til enhver tid” er det samme, som under § 64, stk. 1.

¹⁷⁷ Bemærkningerne til § 1, nr. 20 i lovforslag nr. 133 af 07.02.2014 og Finanstilsynets afgørelse af 15. september 2015, hvor det anføres, at størrelsen og kompleksiteten af virksomheden kun inddrages ved egnethedsvurderingen.

Bank og Codan Forsikring A/S. Det betyder også, at et bestyrelsesmedlem medtager sin hæderlighedsvurdering inden for den konkrete type af finansiel virksomhed hvorfor man ikke kan varetage hvervet som bestyrelsesmedlem i ét pengeinstitut, hvis man er blevet erklæret uhæderlig i et andet. Det bemærkes, at der stadig kan være forskel på hvorvidt en person er hæderlig, alt efter om denne varetager stillingen som direktør eller hvervet som bestyrelsesmedlem.¹⁷⁸

I den subjektive vurdering af, om bestyrelsesmedlemmet opfylder kravene til hæderlighed i Fil. § 64, stk. 2 og stk. 3, nr. 1, 3 og 4 skal der ifølge Fil. § 64, stk. 4 lægges vægt på hensynet til at opretholde tilliden til den finansielle sektor. Hvordan denne vurdering skal foretages, er ikke umiddelbart klart. I lovbemærkningerne til bestemmelsen fremhæves det, at ledelsessvigt i en enkelt finansiel virksomhed har en afsmittende effekt på hele sektoren, hvorfor ledelsessvigt i selv små finansielle virksomheder har betydning for tilliden til den samlede branche.¹⁷⁹ Det betyder, at der ikke gøres forskel på størrelsen af virksomheden. Bestemmelsens vage og elastiske formulering medfører derfor, at vurderingen kommer til at basere sig på et skøn, hvor Finanstilsynet får relativt frie rammer i vurderingen af, om hæderlighedskravene er opfyldt.¹⁸⁰ Skønsbeføjelsen medfører også at vurderingen af, hvornår man er hæderlig eller ej kan ændre sig i takt med, at der indføres flere og skærpede krav til den adfærd og de opgaver, som bestyrelsens medlemmer skal opfylde.

Bestemmelsen i stk. 4 medfører også, at Finanstilsynet på baggrund af sin erfaring og kendskab til den konkrete virksomhed og markedsforholdene kan gribe ind på et tidspunkt, hvor der er behov for det.¹⁸¹ Dvs. at Finanstilsynet kan påbyde et medlem af bestyrelsen at nedlægge sit hverv inden det er konstateret, at tilliden til sektoren har lidt skade.

¹⁷⁸ Pkt. 5.2. i fit&proper-vejledningen.

¹⁷⁹ Bemærkningerne til § 1, nr. 11 i lovforslag nr. 175 af 26.03.2010.

¹⁸⁰ Tidligere anvendtes den samme proportionalitetsafvejning som efter straffelovens § 78, stk. 2 om retlighedsfrakendelse. Efter denne kunne der ikke foretages et indgreb, hvis adfærden endnu ikke havde medført en konstaterbare skade på virksomheden (bemærkningerne til § 1, nr. 11 i lovforslag nr. 175 af 26.03.2010).

¹⁸¹ Bemærkningerne til § 1, nr. 12 i lovforslag nr. 119 af 29. januar 2014 om ændring af lov om finansiel virksomhed, lov om værdipapirhandel m.v., straffeloven, retsplejeloven, lov om forvaltere af alternative investeringsfonde m.v. og forskellige andre love.

Vurderingen af om et medlem skal erklæres for uhæderligt bliver således en afvejning af hensynet til medlemmets interesse i at forblive (eller kunne indtræde) i bestyrelsen overfor den konkrete adfærd, herunder hensynet til at opretholde tilliden til den finansielle virksomhed.

3.2.4.1. Tilstrækkeligt godt omdømme og hæderlighed

I medfør af Fil. § 64, stk. 2 skal et bestyrelsesmedlem have et tilstrækkelig godt omdømme og udvise hæderlighed, integritet og uafhængighed for effektivt at kunne vurdere og anfægte afgørelser truffet af den daglige ledelse. Bestemmelsen blev indført i bestemmelsen ved lov nr. 268 af 25. marts 2014 og implementerer CRD IV-direktivets art. 91, stk. 1, 1. pkt., første led og stk. 8.

Ordlyden er upræcis og vag, og dette giver Finanstilsynet et skøn ved vurderingen. Rækkevidden af skønnet begrænses ikke af bestemmelsens forarbejder. Det fremgår dog af pkt. 5.2. i fit&proper-vejledningen, at et bestyrelsesmedlem ikke anses for at have et godt omdømme, ”...*hvis vedkommendes personlige eller forretningsmæssige adfærd giver anledning til begrundet tvivl om vedkommendes evner til at sikre en sund og sikker ledelse af den finansielle virksomhed.*” (vores understregning). Skønnet er således ikke frit idet der skal påvises ”begrundet tvivl” om personens evner til at sikre en forsvarlig drift. Det betyder, at et bestyrelsesmedlem som udgangspunkt har den fornødne hæderlighed såfremt intet andet kan påvises.¹⁸²

Begreberne ”omdømme”, ”hæderlighed” og ”integritet” er vanskelige at definere hver for sig. Betydningen af hvert begreb relaterer sig til bestyrelsesmedlemmets tidligere og nuværende adfærd og fremtoning. Det er derfor svært at forestille sig en situation, hvor en person er uhæderlig, men har et godt omdømme. Begreberne udgør således et samlebegreb for, hvornår en person er ”hæderlig” og behandles derfor i det følgende samlet under

¹⁸² Pkt. 5.2. i fit&proper-vejledningen og pkt. 13.1. i EBAs fit&proper-retningslinjer.

denne betegnelse.¹⁸³ Begrebet ”uafhængighed” angår ikke nødvendigvis en persons hæderlighed og behandles derfor særskilt.

Ved hæderlighedsvurderingen kan der ifølge pkt. 5.2. i fit&proper-vejledningen bl.a. lægges vægt på tidligere kriminelle og administrative overtrædelser, inddragelse af tilladelser mv. samt afskedigelser og særligt baggrunden herfor.

EBA har i sine retningslinjer uddybet disse momenter.¹⁸⁴ Ved vurderingen af *strafbare forhold mv.* inddrages bl.a. overtrædelser af finansiel lovgivning samt skatte- og afgiftslovgivning. Ved vurderingen af *tilladelser og afskedigelser* inddrages bestyrelsesmedlemmets adfærd i tidligere og nuværende forretningsaktiviteter, herunder om personen tidligere ikke er fundet kvalificeret til at bestride en post i ledelsen. Ifølge EBA kan der desuden lægges vægt på personlige forhold, herunder bl.a. om bestyrelsesmedlemmet optræder på en liste over dårlige betalere, og om vedkommende selv eller dennes selskaber har været konkurs.¹⁸⁵

Vurderingen er ikke begrænset til disse forhold, idet fit&proper-vejledningen anfører at der ”bl.a.” kan lægges vægt herpå og EBAs retningslinjer anfører, at der især ”bør” lægges vægt på de uddybende forhold. Det betyder, at alle forhold der har relevans for vurderingen af bestyrelsesmedlemmets hæderlighed, skal inddrages.

Ved vurderingen af et bestyrelsesmedlems hæderlighed kan flere separate forhold efter en samlet vurdering medføre, at vedkommende erklæres uhæderlig, selvom disse ikke særskilt kan begrunde uhæderlighed, jf. Finanstilsynets afgørelse af 17. december 2012 (offentliggjort d. 20. december 2012). På linje hermed anfører EBA, at flere mindre hændelser kumulativt kan føre til, at et bestyrelsesmedlem ikke er hæderligt.¹⁸⁶

¹⁸³ Lignende fremgår af pkt. 13.3. i EBAs fit&proper-retningslinjer og Consultation Paper, s. 34. Consultation Paper har ikke ændret sig særligt ift. retningslinjerne, selvom vurderingen i Consultation Paper anvender betegnelsen ”reputation, honesty and integrity”. Det bestyrker, at begrebet ”hæderlighed” er en samlet betegnelse for disse udtryk.

¹⁸⁴ Pkt. 13.5.-13.7. i EBAs fit&proper-retningslinjer og Consultation Paper, s. 34-36.

¹⁸⁵ Dette følger tillige af pkt. 5 i fit&proper-vejledningen.

¹⁸⁶ Pkt. 13.4. i EBAs Fit&proper-retningslinjer og Consultation Paper, s. 34.

Ud over kravet om hæderlighed indeholder stk. 2 et krav om, at bestyrelsesmedlemmerne skal udvise *uafhængighed*. Hverken lovbemærkningerne eller fit&proper-vejledningen anfører, hvad der skal forstås ved begrebet.¹⁸⁷

Ud fra en sproglig forståelse kan uafhængighed forstås på flere måder. Således vil det kunne fortolkes som fx økonomisk, personlig og selskabsretlig uafhængighed. *Økonomisk uafhængighed* kan indebære at bestyrelsesmedlemmets beslutninger ikke må være styret af egne interesser, fx gennem høje lån fra den finansielle virksomhed. Situationer, hvor et bestyrelsesmedlems nærmeste har en ledelsespost i den samme virksomhed, konkurrenter eller kunder kan medføre, at medlemmet ikke er *personligt uafhængigt*. *Selskabsretlig afhængighed* vil kunne foreligge hvor bestyrelsesmedlemmet ejer, kontrollerer eller leder virksomheder, der enten er konkurrenter eller kunder til den finansielle virksomhed.

Ifølge EBA betyder uafhængighed, at bestyrelsens medlemmer skal være i stand til at foretage fornuftige, objektive og selvstændige beslutninger. Det sikrer, at det enkelte medlem er i stand til at vurdere og anfægte forslag fra andre bestyrelsesmedlemmer og direktionen. Herved sikres bl.a., at der ikke opstår gruppetænkning (se ovenfor kap. 3.2.3.2.2).¹⁸⁸ Selvom denne udlægning ikke umiddelbart kan læses ud fra formuleringen af art. 91, stk. 8 i CRD IV-direktivet eller Fil. § 64, stk. 2 tiltrædes det, at uafhængighed i højere grad end omdømme, hæderlighed og integritet gør bestyrelsens medlemmer i stand til at anfægte direktionen.

Herefter anfører EBA en række situationer, hvor der kan opstå interessekonflikter der medfører, at et bestyrelsesmedlem ikke længere er personligt, professionelt eller økonomisk uafhængigt. Det angår bl.a. afhængighed af virksomhedens ejere, eksterne aktører (konkurrenter, kunder, myndigheder mv.), øvrige medlemmer af ledelsen samt andre økonomiske interesser. Herudover kan der i vurderingen inddrages politisk afhængighed, om

¹⁸⁷ Ifølge pkt. 5 i fit&proper-vejledningen skal personer ved indtræden oplyse om snævre forbindelser til virksomheden i medfør af Fil. § 5, stk. 1, nr. 19. Denne oplysningspligt må antages at lægge sig til kravet om uafhængighed.

¹⁸⁸ Consultation Paper, s. 36-37.

medlemmet arbejder for en konkurrerende virksomhed samt andre interesser, herunder familiære forhold.¹⁸⁹

EBA's fortolkning af begrebet ”uafhængig” er meget vidtgående. Fortolkningen indskrænker betydeligt, hvem der kan sidde i bestyrelsen i en finansiel virksomhed. Dog sikrer EBA's liste med interessekonflikter, at der alene kan sidde personer i bestyrelsen, der træffer beslutninger i selskabets interesse (om interessekonflikternes indflydelse på erstatningsretten se kap. 4.2.3 og 4.3.1.2.).

3.2.4.2. Konkrete forhold, der kan medføre uhæderlighed

Bestemmelsen i § 64, stk. 3, nr. 1-4 indeholder fire konkrete forhold, der medfører, at en person ikke kan sidde i bestyrelsen. Nr. 1-3 om hhv. strafansvar, konkursbehandling mv. og risiko for at påføre virksomheden et tab behandles ikke nærmere, idet disse forhold er mere eller mindre objektivt konstaterbare og ikke bidrager yderligere til forståelsen af, hvilke krav der stilles til bestyrelsesmedlemmernes kompetencer.¹⁹⁰

I henhold til Fil. § 64, stk. 3, nr. 4 må et bestyrelsesmedlem ikke udvise eller have udvist en adfærd, hvor der er grund til at antage, at vedkommende ikke vil varetage hvervet på en forsvarlig måde.

Det objektive element i bestemmelsen er konstateringen af adfærden, mens det subjektive element er vurderingen af, om den udviste adfærd medfører, at bestyrelsesmedlemmet ikke kan varetage sit hverv forsvarligt. Adfærden kan både relatere til aktive handlinger og undladelser.

Bestemmelsen i nr. 4 retter sig ikke imod en bestemt adfærd. Det betyder, at der skal foretages en konkret vurdering af den pågældendes adfærd ved vurderingen af, om kravet er opfyldt. Som følge af bestemmelsens generelle karakter er det nærmere indhold heraf blevet udfyldt af praksis fra Finanstilsynet og Erhvervsankenævnet.

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ § 64, stk. 3, nr. 3 om risiko for tab har en vis sammenhæng med kravet om uafhængighed i § 64, stk. 2 og den i kap. 4 behandlede problemstilling om uvedkommende interesser.

Den adfærd, der falder ind under bestemmelsen kan groft opdeles i to kategorier. Disse består af privat adfærd og erhvervmæssig adfærd.

Den private adfærd angår alt, hvad der ikke relaterer sig til erhvervmæssige forhold. Det drejer sig hovedsageligt om det enkelte bestyrelsesmedlems private økonomi. Hvis en person har en dårlig økonomi, kan det få indflydelse på de beslutninger, som denne træffer i bestyrelsen. Det kan således tænkes, at en person ikke træffer de rigtige beslutninger, fordi privatlivets problemer fjerner fokus fra bestyrelseshvervet eller fordi beslutninger træffes ud fra subjektive interesser, såsom opnåelse af en bonus mv. Også anden adfærd som viser, at den pågældende har et lemfældigt forhold til sin egen privatøkonomi kan inddrages i vurderingen. Det kan fx være tidligere konkurser mv.¹⁹¹

Den erhvervmæssige adfærd omfatter både adfærd i tidligere og nuværende hverv. Eksempler på tidligere adfærd er åbenbare ledelsessvigt, manglende overholdelse af påbud fra offentlige myndigheder samt misbrug af en ledelsesstilling, der skadede virksomheden.¹⁹² Ifølge Finanstilsynets afgørelse af 15. september 2015, er de nævnte tilfælde i forarbejderne ikke udtømmende, og anvendelsesområdet for bestemmelsen er ikke begrænset til overtrædelser af Fil. Det må i sammenhæng med Fil. § 64, stk. 4 herefter antages, at overtrædelse af enhver lovgivning, der kan påvirke tilliden til den finansielle sektor, er omfattet af bestemmelsen. Enkeltstående fejl i tidligere ansættelser vil dog ikke nødvendigvis medføre, at man har udvist en uforsvarlig adfærd, jf. Finanstilsynets afgørelse af 26. oktober 2004.

I Finanstilsynets afgørelse af 23. oktober 2014¹⁹³ blev en person nægtet tilladelse til at starte en forsikringsmæglervirksomhed med sig selv som direktør, fordi denne tidligere havde været direktør i to konkursramte selskaber og i forbindelse hermed nægtet at betale restancer til SKAT og havde foretaget pengeoverførsler fra det konkursramte selskab bl.a.

¹⁹¹ Pkt. 5 i fit&proper-vejledningen.

¹⁹² Bemærkningerne til § 1, nr. 11 i lovforslag nr. 175 af 26.03.2010. Se bl.a. Finanstilsynets afgørelse af 12. december 2012 (offentliggjort d. 20. december 2012), hvor en tidligere adfærd i strid med § 64, stk. 3, nr. 3 blev inddraget i vurderingen efter nr. 4, selvom den tidligere adfærd ikke havde medført et påbud.

¹⁹³ Afgørelsen vedrører lov om forsikringsformidling § 8, stk. 2, nr. 3 (Lovbekendtgørelse nr. 1065 af 22.08.2013 om forsikringsformidling). Vurderingen efter denne er den samme som efter Fil. § 64, stk. 3, nr. 4.

til sig selv.¹⁹⁴ Afgørelsen viser, at tidligere dadelværdig adfærd kan være udtryk for en manglende ledelsesmæssig høj standard, hvorfor der ikke er tillid til, at vedkommende kan drive en finansiell virksomhed på forsvarlig vis.

Nuværende erhvervsmæssig adfærd relaterer sig primært til bestyrelsesmedlemmets opfyldelse af opgaver og forpligtelser i den pågældende finansielle virksomhed.¹⁹⁵ Nuværende adfærd kan derfor medføre at siddende bestyrelsesmedlemmer kan påbydes at nedlægge deres hverv.

Nyligt indvalgte bestyrelsesmedlemmer vurderes på lige fod med siddende bestyrelsesmedlemmer. Dvs. at disse ved indtræden er forpligtede til at gøre sig bekendt med virksomhedens forretningsmodel og historik, herunder tidligere påbud fra Finanstilsynet.¹⁹⁶ Dette stemmer overens med kravet i stk. 2 om ”til enhver tid”.

I den forbindelse henvises til *Erhvervsankenævnets kendelse af 21. december 2016 (J.nr.2016-6608)*, der stadfæstede Finanstilsynets afgørelse af 15. juni 2016 om påbud til fire bestyrelsesmedlemmer om nedlæggelse af hvervet i en andelskasse i medfør af Fil. § 64, stk. 3, nr. 4.

Finanstilsynet gav primo 2015 bestyrelsen en række påbud. Ved en ny undersøgelse konstaterede Finanstilsynet, at påbuddene ikke var blevet efterlevet.¹⁹⁷ Påbuddene angik bl.a. permanent brug af en ekstern konsulent, at virksomheden tilsendte inhabile bestyrelsesmedlemmer oplysninger om egne kreditsager, at bestyrelsen ved erhvervelse af nye aktiviteter ikke sikrede sig et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag (idet den ikke havde fastlagt interne retningslinjer herfor, foretaget analyser af lovgrundlaget eller undersøgt behovet

¹⁹⁴ Ifølge bemærkningerne til § 1, nr. 11 i lovforslag nr. 175 af 26.03.2010 vil der i vurderingen af tidligere konkurser blive lagt vægt på personens rolle i forbindelse hermed. Hvis formålet med den pågældendes bestyrelsespost fx er at lukke den nødlidende virksomhed, skal det således ikke lægges denne til last.

¹⁹⁵ Det bemærkes, at bestyrelsesmedlemmets adfærd i forbindelse med dennes samtidige deltagelse i ledelsen i andre virksomheder også kan begrunde at medlemmet findes uhæderligt ift. den finansielle virksomhed.

¹⁹⁶ Erhvervsankenævnets kendelse af 21. december 2016 (J.nr.2016-6608).

¹⁹⁷ Finanstilsynet foretager tilsynsbesøg, jf. Fil. § 346, stk. 1.

for yderligere kompetencer) og ikke sikrede sig et tilstrækkeligt bevillingsgrundlag for kreditbevillinger.

Finanstilsynet udtalte herom, at ”...*de mange påbud er udtryk for bestyrelsens, herunder KIs, manglende fokus på overholdelse af grundlæggende regler, der har til formål at sikre en betryggende drift af instituttet, herunder kravene til god selskabsledelse, som skal understøtte den betryggende drift. Påbuddene vidner endvidere om en grundlæggende mangel på forståelse fra bestyrelsens side om, hvad det indebærer at drive finansiell virksomhed. Det er en skærpende omstændighed, at sådanne grundlæggende overtrædelser sker gentagende gange.*” (vores understregninger).

Baggrunden for Finanstilsynets (kontante) udtalelse var bl.a. bestyrelsens manglende reaktion på det første påbud, der hverken blev drøftet på efterfølgende bestyrelsesmøder eller forsøgt efterlevet. Det vidner om en gennemgående passivitet hos de pågældende bestyrelsesmedlemmer. Overtrædelserne vidner desuden om manglende kendskab til bestyrelsens grundlæggende opgaver. Erhvervsankenævnet udtalte herom, at adfærden havde en sådan karakter, at virksomheden var blevet drevet på en risikopræget og mangelfuld måde.

Afgørelsen viser, at Finanstilsynets vurdering afhænger af flere faktorer, herunder de konkrete overtrædelser, summen af overtrædelserne, bestyrelsens adfærd samt tilsynets tidligere reaktioner. Vurderingen skærpes ved gentagne overtrædelser og tidligere påbud, og særligt manglende forsøg på efterlevelse af påbud skærper bedømmelsen. Finanstilsynets fremgangsmåde viser dog også, at enkelte overtrædelser ikke nødvendigvis i sig selv begrundet en afsættelse. Bestyrelsens medlemmer blev netop ikke afsat i forbindelse med det første besøg. Dette er udtryk for, at Finanstilsynet anvender reglerne egnethed og hæderlighed i overensstemmelse med det forvaltningsretlige proportionalitetsprincip.¹⁹⁸

I tråd hermed viser *Finanstilsynets afgørelse af 15. september 2015*, at manglende overholdelse af grundlæggende regler og manglende styring og kontrol er en så elementær del

¹⁹⁸ Garde, Jens, Jensen m.fl. *Forvaltningsret. Almindelige emner*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 6. Udgave 2016, s. 267f.

af driften af en finansiel virksomhed, at det i sig selv begrundet et indgreb. I sagen havde den direktør udvist en uhæderlig adfærd ved hverken at have prioriteret eller sikret, at virksomheden overholdt hvidvasklovgivningen og at virksomheden på væsentlige områder levede op til Fil.s krav om styring og kontrol. Direktøren havde desuden ikke formået at rette op på tidligere påtaler fra Finanstilsynet herom. Finanstilsynet anførte, at manglende overholdelse af hvidvasklovgivningen var udtryk for et meget alvorligt ledelsessvigt.

I overensstemmelse med 2016-kendelsen viser *Erhvervsankenævnets kendelse af 25. marts 2011 (J.nr. 2010-0022787)*, at der lægges betydelig vægt på gentagne overtrædelser og manglende efterlevelse af tidligere påbud. Ved et tilsynsbesøg konstaterede Finanstilsynet, at bestyrelsens protokoller var mangelfulde og at bestyrelsesformanden ikke havde sørget for, at bestyrelsen drøftede retningslinjer om dækning af forsikringsmæssige hensættelser, på trods af revisorens gentagne forespørgsler herom. Da Finanstilsynet ved et nyt besøg gennemgik protokollerne, var disse stadig mangelfulde, og bestyrelsesformanden kunne ikke dokumentere, at tilsynets påbud var blevet drøftet. Erhvervsankenævnet lagde særlig vægt på, at formanden havde tilsidesat sine pligter gentagne gange og ikke havde overholdt påbuddene. Disse forhold må således medføre en formodning om, at virksomheden ikke drives betryggende.

Afslutningsvis kan nævnes *Erhvervsankenævnets kendelse af 17. oktober 2014 (J.nr. 2014-0036307)* der viser, at tilsidesættelsen af virksomhedens interesser til fordel for personlige tillægges væsentlig betydning. I sagen var en bestyrelsesformand i strid med Fil. § 73, stk. 1 tillige investeringsansvarlig for virksomheden. Han blev performanceafflønnet for sit arbejde i forbindelse hermed og kunne efter bestyrelsens godkendelse (som han selv deltog i) selv foretage køb og salg af aktiver. Han havde derfor en interesse i, at virksomheden påtog sig væsentlige risici.

Kendelsen viser også, at den øvrige bestyrelse havde udvist en uhæderlig adfærd ved at lade den inhabile formand deltage i bestyrelsens beslutninger. Det betyder altså, at den samlede bestyrelse kan bebrejdes enkelte medlemmers uhæderlige adfærd, hvis de burde have kendt til/reageret herpå.

På baggrund af ovenstående praksis er det svært at fastlægge nøjagtigt hvor grænsen for uhæderlig adfærd går. Der kan dog udledes en række forhold, der særligt bliver afgørende for, om Finanstilsynet foretager et indgreb. Således er det et gennemgående træk, at gentagne overtrædelser og manglende efterlevelse af påbud særligt skærper bedømmelsen. Derudover lægges der også stor vægt på, om adfærden har været udtryk for varetagelsen af egne interesser på bekostning af virksomhedens. Afgørelserne viser dog også, at bestyrelsesmedlemmer forinden afsættelse påbydes at bringe overtrædelser til ophør, hvorfor bestemmelsen anvendes proportionalt.

3.2.4.3. Overimplementering af CRD IV-direktivets artikel 91?

På baggrund af ovenstående analyse af hæderlighedsvurderingen i medfør af hhv. § 64, stk. 2 og stk. 3, nr. 4 kan det diskuteres, om stk. 2 indeholder en selvstændig hæderlighedsvurdering der adskiller sig fra vurderingen efter stk. 3. Dvs. om et bestyrelsesmedlem selvstændigt kan erklæres for uhæderligt i medfør af stk. 2 uden at falde ind under én af de fire diskvalificerende forhold i stk. 3.

Herfor taler *for det første*, at det ikke er utænkeligt, at en specifik situation ikke vil falde ind under én af de fire diskvalificerende forhold i stk. 3, men alene vil kunne begrunde, at den pågældende person ikke er hæderlig efter stk. 2. *For det andet* kan Finanstilsynet håndhæve bestemmelsen selvstændigt i medfør af Fil. § 351, stk. 2, idet denne angiver at der kan gives påbud ”...*efter § 64, stk. 2 eller stk. 3...*” (vores understregning) og *for det tredje* angiver Fil. § 64, stk. 4, at tilliden til den finansielle sektor skal inddrages i vurderingen af kravene efter både stk. 2 og stk. 3. *Endeligt* indeholder stk. 2 på linje med opdelingen i CRD IV-direktivets art. 91, stk. 1 og stk. 8 et selvstændigt krav om, at bestyrelsesmedlemmerne skal udvise hæderlighed, integritet og uafhængighed ”for effektivt at kunne vurdere og anfægte afgørelser truffet af den daglige ledelse”.

Modsat anfører forarbejderne at stk. 3 angiver de forhold, der kan begrunde, at en person ikke besidder et tilstrækkeligt godt omdømme og derfor ikke er hæderlig.¹⁹⁹ Det betyder,

¹⁹⁹ Bemærkningerne til § 1, nr. 20 i lovforslag nr. 133 af 07.02.2014.

at lovgiver opfatter stk. 3 som en fyldestgørende liste over de forhold, der kan medføre uhæderlighed.

Hertil kommer, at de momenter der indgår i hæderlighedsvurderingen efter stk. 2 bygger på de selvsamme betragtninger, som der ligger til grund for vurderingen af de konkrete forhold i Fil. § 64, stk. 3, nr. 1-4. Særligt vurderingen efter den skønsbaserede stk. 3, nr. 4 inddrager de samme forhold, som er afgørende for vurderingen efter stk. 2. Vurderingen efter nr. 4 må derfor også forventes at omfatte situationer, hvor et bestyrelsesmedlem ikke er i stand til at anfægte direktionen. Ud fra ovenstående analyse har det heller ikke været muligt at finde situationer, der ikke falder ind under stk. 3, men alene falder ind under stk. 2. Dette støttes af, at der endnu ikke findes praksis fra Finanstilsynet, hvor stk. 2 er blevet håndhævet selvstændigt. Der er dog righoldig praksis efter især stk. 3, nr. 4, også efter indførelsen af stk. 2.

På baggrund af ovenstående må retstilstanden være, at et bestyrelsesmedlem kan erklæres for uhæderligt efter såvel stk. 2 som stk. 3. Dette støttes især på ordlyden af § 351, stk. 2. Men der kan ikke konstateres en reel forskel på hæderlighedsvurderingen efter de to bestemmelser. Hvis en situation således er omfattet af et forhold i stk. 3, får stk. 2 ingen selvstændig betydning, idet situationen herefter vil blive bedømt efter ét af de mere objektivt konstaterbare forhold i stk. 3, nr. 1-3 eller det mere skønsbaserede forhold i nr. 4.

Om denne retstilstand har været lovgivers intention er tvivlsomt. I mangel af konkrete begrundelser for indførelsen af stk. 2 tyder det på, at indsættelsen blot er en konsekvens af ændringen af fit&proper-bestemmelsen i CRD-IV direktivets art. 91 og derfor er udtryk for et ønske om at anvende direktivets ordlyd i de danske regler. Dette antyder, at indsættelsen af stk. 2 er en overimplementering. En sammenskrivning af stk. 2 og 3 ville have været en smartere løsning, idet stk. 2 ikke er overflødig, men angiver det overordnede krav om, at bestyrelsens medlemmer skal være hæderlige.

3.3. Delkonklusion

Kravene om egnethed og hæderlighed fører til en professionalisering af bestyrelsen og dens medlemmer i finansielle virksomheder. Således sikrer kravet om individuel egnethed, at alene personer med en vis faglig standard kan sidde i bestyrelsen, og kravet om hæderlighed, at bestyrelsesmedlemmer der ikke varetager hvervet forsvarligt, skilles fra. Hertil kommer de kollektive krav, der stiller strenge krav til den samlede bestyrelse, men alene får betydning for det enkelte medlem, hvis der er behov for specialviden eller krav om relevant ledelseserfaring. Kravene sikrer samlet, at bestyrelsen er i stand til at drive den finansielle virksomhed forsvarligt og varetage de særlige opgaver og forpligtelser, som bestyrelsen i finansielle virksomheder er pålagt.

Når vurderingen af egnetheden skal være proportional med virksomhedens størrelse og kompleksitet er det alene muligt at fastlægge overordnede momenter, der skal indgå i egnethedsvurderingen; relevant uddannelse, erfaring og evt. ledelseserfaring. Med de seneste års præcisering af kravene og særligt EBAs omfattende Consultation Paper er disse momenter dog blevet mere konkrete. Særligt kravet om grundkursus medfører, at bestyrelsens medlemmer får en vis indsigt i, hvordan finansielle virksomheder drives, og hvilke opgaver og forpligtelser bestyrelsens medlemmer har.

Når der ikke stilles tilsvarende krav til almindelige virksomheder, betyder det ikke nødvendigvis, at bestyrelsesmedlemmer i almindelige virksomheder er mindre professionelle. Men når kravet er lovfæstet i Fil. er det et udtryk for, at der forventes ”mere” af en bestyrelse og dens medlemmer i finansielle virksomheder.

Kapitel 4 – Ansvarsnormen for bestyrelsen i finansielle virksomheder

4.1. Indledning

Når der for bestyrelsesmedlemmer i finansielle virksomheder gælder strengere krav i forbindelse med udførelsen af hvervet og til deres kompetencer, rejser det spørgsmålet, om det får indflydelse på den ansvarsnorm, som bestyrelsen er underlagt i forbindelse med fastsættelsen af et erstatningsansvar.

I det følgende undersøges, om ansvarsnormen for bestyrelsesmedlemmer i finansielle virksomheder adskiller sig fra ansvarsnormen for bestyrelsesmedlemmer i almindelige virksomheder. Formålet med kapitlet er særligt at undersøge hvilken betydning reglerne om egnethed og hæderlighed har herpå.

Indledningsvist redegøres for den generelle regel om ledelsens erstatningsansvar i SL § 361, hvorefter det undersøges, hvilken indflydelse de særlige regler i Fil. får på ansvarsnormen. Som et led heri analyseres Capinordic-dommen. Herefter vurderes, hvilken betydning Capinordic-sagen vil få for de verserende sager i Roskilde Bank A/S og Amagerbanken A/S.

4.2. Generelt om bestyrelsesansvaret

4.2.1. Ansvarsgrundlag

Som anført ovenfor er finansielle virksomheder underlagt såvel SL som Fil. Idet ansvarsgrundlaget for bestyrelsesmedlemmerne i finansielle virksomheder ikke er reguleret i Fil., finder reglen i SL § 361, stk. 1 anvendelse. Bestemmelsen lyder som følger:

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

SL § 361 er udtryk for den almindelige culparegel, hvorefter et bestyrelsesmedlem kan ifalde erstatningsansvar for påregnelige skader, som forvoldes ved retsstridige handlinger eller undladelser, og som vedkommende har begået forsætligt eller uagtsomt.²⁰⁰ Heri ligger tre momenter: 1) der skal foreligge et konstaterbart og påregneligt tab, 2) bestyrelsesmedlemmet skal have udvist en uforsvarlig (uagtsom eller forsætlig) adfærd og 3) der skal være årsagssammenhæng mellem den uforsvarlige adfærd og tabet.²⁰¹ Dette kapitel angår ansvarsgrundlaget, og de øvrige erstatningsbetingelser behandles kun hvor det findes nødvendigt.²⁰²

Den almindelige culparegel er udtryk for, at simpel uagtsomhed er tilstrækkeligt til at ifalde erstatningsansvar. Der er således for bestyrelsesmedlemmer hverken tale om et objektivt ansvar eller et professionsansvar.²⁰³ Ved et objektivt ansvar foretages der ikke en vurdering af, om en handling er forsvarlig eller ej, hvorfor et bestyrelsesmedlem ville ifalde ansvar ved den blotte konstatering af et tab, uanset om dette er hændeligt. Det almindelige culpaansvar adskiller sig ligeledes fra professionsansvaret idet sidstnævnte er et skærpet ansvar, hvor enhver overtrædelse af professionens fastsatte normer medfører ansvar, uanset om der foreligger en individuel undskyldningsgrund.²⁰⁴

Culpavurderingen er individuel, hvorfor ansvar forudsætter at det enkelte medlem har handlet uforsvarligt. Det udelukker imidlertid ikke, at flere bestyrelsesmedlemmer kan blive erstatningsansvarlige for det samme forhold, men blot at de hver især skal have handlet culpøst.²⁰⁵

²⁰⁰ Betænkning 1498/2008, s. 36-37. Culpareglen tilgodeser også afvejningen mellem hensynet til sikring af kapitalejere, medarbejdere og kreditorer mod tab på den ene side, og hensynet til bestyrelsens handlingsfrihed til at træffe beslutninger i selskabets interesse på den anden. Se nærmere Christensen, s. 693-694.

²⁰¹ Modsat ifalder kapitalejere i medfør af SL § 362 alene ansvar for grov uagtsomhed (med mindre kapitalejeren de facto har ledet selskabet, hvorefter denne omfattes af den almindelige culparegel i § 361, jf. bl.a. U1997.364H (Satair Holding) og U2006.3050H (Taster Wine A/S).

²⁰² For en gennemgang af de øvrige erstatningsbetingelser henvises til kapitel 1 i Eyben, Bo von og Isager, Helle. *Lærebog i erstatningsret*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 8. udgave 2015 (herefter: von Eyben).

²⁰³ Culpareglen er udtryk for den almindelige erstatningsregel i dansk ret, dvs. at den anvendes i mangel af særskilt hjemmel. Et objektivt ansvar eller et professionsansvar kræver derfor særlig hjemmel.

²⁰⁴ von Eyben, s. 122.

²⁰⁵ Hvis flere medlemmer af bestyrelsen er ansvarlige for det samme forhold, hæfter de solidarisk, jf. SL § 363, stk. 2, 1. pkt.

Udgangspunktet er, at alle bestyrelsesmedlemmer i samme virksomhed bedømmes ens, dvs. ud fra den samme ansvarsnorm. Det betyder, at der ikke gøres forskel på, om et bestyrelsesmedlem er professionelt, medarbejdervalgt eller et familiemedlem.²⁰⁶ Besidder et bestyrelsesmedlem særlig sagkundskab, modificeres dette udgangspunkt (se herom kap. 4.2.2.). Hertil kommer, at nye medlemmer af bestyrelsen tillades en vis tid til at sætte sig ind i selskabets forhold, før de kan pålægges et erstatningsansvar, jf. U1961.515H (A/S Filotex).

4.2.2. Hvad udgør forsvarlig adfærd?

Ifølge den traditionelle opfattelse afhang vurderingen af, hvornår en given adfærd var uforsvarlig, om skadevolderen havde udvist den agtpågivenhed, som en bonus pater (gennemsnitsperson) ville have udvist i samme situation.²⁰⁷ Der var med andre ord tale om en sammenligning mellem skadevolders adfærd og en adfærd, som en fiktiv gennemsnitsperson ville have udvist, hvis denne befandt sig i skadevolderens sted. I dag er vurderingen modificeret og mere objektiv, fordi det ikke længere er personen, men handlingen der er udgangspunktet. Vurderingen går herefter på, om handlingen afviger fra en anerkendt adfærdsnorm, som personen i den konkrete situation er underlagt.²⁰⁸

Når der fastsættes en norm for, hvordan en person bør handle i en bestemt situation, er det ikke udtryk for, at culpereglen ændres, men et udtryk for dennes fleksibilitet. Udgangspunktet er således stadig, at der ifaldes ansvar for simpel uagtsomhed. Men hvornår der er handlet uforsvarligt afgøres af normen.

For at finde frem til, hvad normen udgør for bestyrelsesmedlemmer er det nødvendigt at fastlægge, hvordan bestyrelsesmedlemmer i almindelighed bør agere ved udførelsen af deres hverv: der skal fastlægges en bestyrelsesansvarsnorm. Denne norm udgør herefter rammen om, hvorvidt en konkret handling eller undladelse har været uforsvarlig.

²⁰⁶ I stedet har domstolene anvendt lempelsesreglen i SL § 363, stk. 1 særligt for ikke-professionelle medlemmer, jf. betænkning 1498/2008, s. 41.

²⁰⁷ Von Eyben, s. 89.

²⁰⁸ Ibid., s. 91.

Normen afhænger først og fremmest af de opgaver og forpligtelser, som bestyrelsen er pålagt i medfør af lov, virksomhedens vedtægter, forretningsorden, interne retningslinjer, politikker og sædvaner mv. De pålagte opgaver og pligter udgør med andre ord, hvad et bestyrelsesmedlem som minimum skal foretage sig for ikke at ifalde et erstatningsansvar. Dette er bekræftet af Højesteret, der i U2013.1312H (Grundejerforeningen)²⁰⁹ anfører: ”*Om bestyrelsesansvar i en grundejerforening bemærker Højesteret [...]. Anvendelsen af denne ansvarsnorm forudsætter, at der sker en fastlæggelse af de pligter, der påhviler bestyrelsesmedlemmer.*” (vores understregning). Præmissen viser også at normen afhænger af den konkrete virksomhedstype.

Men ansvarsnormen afhænger ikke alene af opgaver og forpligtelser. Bestyrelsesmedlemmet skal også være i stand til at varetage disse på en forsvarlig måde og være i stand til at træffe kvalificerede skøn. Derfor afhænger normen også af, hvilke kompetencer og hvilken viden et bestyrelsesmedlem forventes at besidde ved udførelsen af hvervet.²¹⁰

Som angivet i kap. 3 stiller SL ikke lovbestemte krav til, hvem der kan sidde i bestyrelsen. Dette er dog ikke ensbetydende med, at der ikke forventes en vis kvalitet af bestyrelsens beslutninger. Hvor kap. 3 handlede om krav til bestyrelsesmedlemmernes faglighed for overhovedet at kunne sidde i bestyrelsen, så handler ansvarsbedømmelsen om, hvad der forventes af bestyrelsens kompetencer og viden, når den træffer en konkret beslutning.

Hvad der kan forventes af bestyrelsesmedlemmernes viden og kompetencer afhænger af de aktiviteter den pågældende virksomhed udøver.²¹¹ Således stilles der fx forskellige krav til, hvad der kan forventes af et bestyrelsesmedlem i en erhvervsvirksomhed og et bestyrelsesmedlem i en frivillig forening.²¹² Gomard formulerer det således, at ”...det i

²⁰⁹ Grundejerforeningen er ikke en erhvervsdrivende virksomhed, hvorfor medlemmerne af bestyrelsen som udgangspunkt ikke bedømmes efter den samme ansvarsnorm.

²¹⁰ Hansen og Krenchel, s. 664 og Gomard, Bernhard. *Bestyrelsesansvar*. Ugeskrift for Retsvæsen, 1993, s. 145f. (herefter: Gomard, 1993), s. 147 samt Samuelsson, Morten og Søgaard, Kjeld. *Bestyrelsesansvar*. Forsikringshøjskolens Forlag, 1. udgave 1997, s. 27 (herefter: Samuelsson).

²¹¹ U2013.1312H (Grundejerforeningen) og Sofsrud, Thorbjørn. *Bestyrelsens beslutning og ansvar*. Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar. Greens&Jura, Akademisk Forlag A/S, 1. udgave 1999, s. 559 (herefter: Sofsrud).

²¹² Samuelsson, s. 28.

*almindelighed kun er forsvarligt at foretage handlinger og udøve virksomhed, som kræver særlige kvalifikationer, hvis man har disse kvalifikationer.*²¹³

Ifølge *Gomard* må det kunne forlanges, at et bestyrelsesmedlem i et kapitalselskab er ”en fornuftig generalist”, men det kan ikke kræves, at denne er branchekyndig.²¹⁴ *Christensen* anfører ligeledes, at et bestyrelsesmedlem som minimum skal have kendskab til dennes forpligtelser efter SL og årsregnskabsloven samt et grundlæggende kendskab til forretningsforhold.²¹⁵ Selvom der ikke stilles specifikke lovkrav til kompetencerne, forudsættes det således, at et bestyrelsesmedlem har en viden, der passer til de beslutninger, som denne skal træffe. Man forventer med andre ord, at hvert bestyrelsesmedlem er sin opgave voksen. Dette er netop én af grundene til, at ikke-professionelle bestyrelsesmedlemmer som udgangspunkt bedømmes efter den samme ansvarsnorm som professionelle bestyrelsesmedlemmer i samme virksomhed (se kap. 4.2.1.). Har bestyrelsen ikke den viden eller de kompetencer, som er nødvendige til at træffe en forsvarlig beslutning, kan den bl.a. inddrage ekstern bistand i form af fx en advokat eller en revisor.²¹⁶

Ansvarsnormen fraviges i konkrete tilfælde. Således bedømmes bestyrelsesmedlemmer der har en særlig sagkundskab, fx advokater, revisorer, arkitekter mv., i praksis strengere, når der tages beslutninger i bestyrelsen på områder, hvor de har en særlig viden, jf. U2003.915Ø (arkitekt Jan Nørgaard).²¹⁷

Ansvarsnormen fastlægger således, hvad der kræves af et bestyrelsesmedlem for ikke at ifalde et erstatningsansvar.²¹⁸ Hvor opgaver og forpligtelser fastlægger klare krav til, hvad det enkelte bestyrelsesmedlem som minimum skal foretage sig, så afgør kompetencerne, hvor høj en standard der kan forventes af det enkelte bestyrelsesmedlem ved opfyldelsen heraf og i forbindelse med konkrete beslutninger. Træder et bestyrelsesmedlem ved siden

²¹³ Gomard, Bernhard. *Moderne Erstatningsret*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave 2002, s. 39.

²¹⁴ Gomard, 1993, s. 147 og Dansk selskabsret, s. 670. Som nævnt under kap. 2 er børsnoterede aktieselskaber underlagt særlige udstederregler. Det hæver standarden i disse.

²¹⁵ Christensen, s. 699.

²¹⁶ Sofsrud, s. 463-464.

²¹⁷ Betænkning 1498/2008, s. 41. Handler den pågældende ikke i sin egenskab af bestyrelsesmedlem, men i egenskab af fx advokat for virksomheden, er denne dog underlagt professionsansvaret.

²¹⁸ Andersen, s. 512.

af ansvarsnormen, kan det medføre et erstatningsansvar. Normbrud er dog ikke ensbetydende med, at den pågældende rent faktisk bliver erstatningsansvarlig. Hvis det var tilfældet, ville individuelle undskyldningsgrunde ikke kunne medføre ansvarsfrihed, dvs. et professionsansvar. Erstatningsspørgsmålet afhænger således af, om den konkrete adfærd, der har medført et tab, ud fra den givne norm har været uforsvarlig.

4.2.3. Det forretningsmæssige skøn (Business Judgement Rule)

Bestyrelsen træffer i en række situationer forretningsmæssige skøn. Det kan bl.a. være beslutninger af stor betydning for virksomheden, fx udvidelse forretningsmodellen eller store udlån. Viser det sig senere at beslutningen har medført et tab, rejser spørgsmålet sig, om bestyrelsens medlemmer kan blive erstatningsansvarlige herfor.

I den forbindelse har det tidligere været omdiskuteret, om de danske domstole er tilbageholdende med at tilsidesætte bestyrelsens forretningsmæssige skøn ("Business Judgement Rule"). Ifølge denne grundsætning bliver bestyrelsens medlemmer ikke erstatningsansvarlige for forretningsmæssige skøn der senere viser sig at være tabsgivende, hvis skønnet 1) er foretaget i god tro og i selskabets interesse og 2) på et tilstrækkeligt oplyst beslutningsgrundlag.²¹⁹ Handler et bestyrelsesmedlem ikke i selskabets interesse eller på et uforsvarligt, ikke kvalificeret grundlag, kan denne adfærd potentielt skade virksomheden. I sådanne situationer er der ingen hensyn at tage til bestyrelsens skøn, og bestyrelsen må derfor selv bære risikoen for fejlskøn.

Business Judgement Rule er i dag anerkendt i retspraksis. I Capinordic-dommen anfører landsretten: "... der bør udvises forsigtighed med at tilsidesætte det forretningsmæssige skøn, der er udøvet af Bankens bestyrelse og direktion ved bevillingen af et lån."²²⁰ (vores understregning). Ligeledes har Højesteret i afgørelsen U1981.973H (Røde Vejmølle) anført: "...og at han har foretaget nedsættelserne ud fra et loyalt forretningsmæssigt skøn." (vores understregning).

²¹⁹ Christensen, s. 700.

²²⁰ Capinordic-sagen, s. 1261.

Ræsonnementet bag Business Judgement Rule er, at bestyrelsen skal være i stand til at træffe risikable beslutninger i selskabets interesse uden at ifalde ansvar herfor. Domstolene bør ikke sætte deres skøn over bestyrelsens, idet domstolene ikke har den samme indsigt i virksomhedens forretningsmæssige forhold.²²¹ Dvs. at der gælder en formodning om, at bestyrelsens beslutning var forsvarlig, hvis betingelserne er opfyldt, selvom skønnet senere viser sig at være et fejlskøn.

Business Judgement Rule beskytter aktive handlinger, dvs. beslutninger eller undladelser. Derfor ifalder bestyrelsen i langt højere grad ansvar for en passiv ledelse af virksomheden end en dårlig, aktiv ledelse af denne²²², jf. bl.a. U2011.1290H (Brdr. Erleben), hvor bestyrelsesformanden havde tilsidesat sine forpligtelser ved at forholde sig passiv og ikke ført tilsyn med selskabets økonomi. På den baggrund lægger Business Judgement Rule sig hovedsageligt til bestyrelsens arbejde i forbindelse med den overordnede og strategiske ledelse af virksomheden i medfør af SL § 115, 1 led. (se kap. 2.3.1.).

Kravet om, at en beslutning skal foretages i *selskabets interesse* handler om interessekonflikter. Hvis der inddrages uvedkommende interesser i beslutningstagningen, vil domstolene ikke være tilbageholdende med at tilsidesætte bestyrelsens beslutning. Uvedkommende interesser kan bl.a. være beslutninger, der tilgodeser bestyrelsesmedlemmernes egne (personlige) interesser, bestemte kapitalejeres interesser, eller koncernforbundne virksomheders interesser. Selvom der foreligger en interessekonflikt betyder det ikke nødvendigvis, at der er handlet uforsvarligt, såfremt beslutningen ikke tilsidesætter selskabets interesse, jf. U1981.973 H (Røde Vejmølle), hvor beslutningen var forsvarlig, fordi det blev påvist, at selskabets handler med direktørens selskab skete på forretningsmæssige vilkår.

Hvad der udgør et *tilstrækkeligt oplyst grundlag* afhænger af den konkrete situation. Vurderingen foretages på et objektivt grundlag. Det afgørende er således hvad der sædvanligvis må anses som værende tilstrækkeligt, og ikke hvad det enkelte bestyrelsesmedlem

²²¹ Ibid, s. 700 og Andersen, s. 517.

²²² Werlauff, s. 637.

selv fandt tilstrækkeligt.²²³ Således anfører Højesteret i U2013.1312H (Grundejerforeningen): ”Hvis bestyrelsen disponerer ud fra et rimeligt beslutningsgrundlag, vil fejlskøn som udgangspunkt ikke være ansvarspådragende for bestyrelsens medlemmer.” (vores understregning). Således vil bestyrelsen som minimum skulle indhente oplysninger som påkrævet i medfør af lov, interne forretningsgange, vedtægter mv. – i modsat fald er der ikke tale om et rimeligt beslutningsgrundlag.

Når beslutningsgrundlaget vurderes objektivt og skal være ”rimeligt” betyder det, at det er relevant, hvad bestyrelsesmedlemmerne vidste og ”burde vide”. I U2001.873H (Konkursboet ASX) var et bestyrelsesmedlem medansvarlig for overdragelsen af en ejendom fra selskabet til et andet selskab med samme ejerkreds til en betydelig underpris. Højesteret udtalte, at ”Hans ansvarspådragende fejl bestod i at undlade at søge nærmere oplysninger om og gribe ind over for en kritisabel disposition...” (vores understregning). Hvis medlemmet havde sikret sig et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag (hans burde vide), ville vedkommende have opdaget, at dispositionen ikke var forsvarlig.

Vurderingen af, om beslutningsgrundlaget var forsvarligt, foretages ud fra de oplysninger, der forelå på beslutningstidspunktet, jf. U2013.1312H (Grundejerforeningen), hvor bestyrelsesmedlemmer blev frifundet for en beslutning om gennemførelse af en anke på baggrund af oplysninger fra foreningens advokat, der senere viste sig at være forkerte.

Hvis bestyrelsen har foretaget et fejlskøn, er denne forpligtet til at reagere og begrænse tabet, når dette konstateres. Det betyder at bestyrelsens medlemmer kan ifalde ansvar fra det tidspunkt, hvor de burde have begrænset tabet, selvom beslutningen som udgangspunkt var forsvarlig.

4.3. Ansvarsnormen i finansielle virksomheder

Når ansvarsnormen som angivet i kap. 4.2.2. afhænger af, hvilken type af virksomhed der er tale om og hvilke opgaver, pligter og kompetencer bestyrelsen har, må der være forskel

²²³ Samuelsson, s. 66-67.

på ansvarsnormen for virksomheder, der er underlagt den finansielle lovgivning, og virksomheder der ikke er.²²⁴ Viser denne tese sig at være korrekt, vil culpabedømmelsen for bestyrelsens medlemmer i finansielle virksomheder være strengere.

I det følgende undersøges hvilken indflydelse den finansielle lovgivning (som behandlet i kap. 2 og 3) har på ansvarsnormen i finansielle virksomheder. Formålet hermed er at undersøge om ansvarsnormen på tværs af den finansielle branche er skærpet ift. almindelige virksomheder. Undersøgelsen inddrager alene konkrete omstændigheder og proportionalitetsbetragtninger hvor det findes nødvendigt.

Herefter analyseres Capinordic-sagen for at belyse, om reglerne får indflydelse på ansvarsnormen i praksis og om bestyrelsen i Capinordic Bank A/S blev underlagt en skærpet forsvarlighedsvurdering sammenlignet med afgørelser om ansvar for bestyrelsen i almindelige virksomheder.

4.3.1. Hvilken rolle spiller den finansielle regulering?

4.3.1.1. Betydningen af Fil.s regler til bestyrelsens opgaver og pligter

Ansvarsnormen udgøres først og fremmest af de retsregler, som bestyrelsen er underlagt. For bestyrelsen i almindelige virksomheder er SL §§ 115 og 130 udtryk for, hvad bestyrelsen som minimum skal foretage sig for ikke at ifalde ansvar – dvs. den nedre grænse for ansvarsnormen. For bestyrelsen i finansielle virksomheder udgør den nedre grænse for ansvarsnormen ikke alene reglerne i SL, men også reglerne i Fil. §§ 65 og 70-71 samt ledelsesbekendtgørelsen.

Som anført i kap. 2.5 kan flere af de pligter, der særligt fremgår af Fil. og ledelsesbekendtgørelsen, også være en naturlig del af den overordnede og strategiske ledelse og forsvarlige organisation i visse almindelige virksomheder. Dette kan ifølge *Fode og Sørensen* give det indtryk, at ansvarsnormen for bestyrelsen i finansielle virksomheder er

²²⁴ I samme retning Sofsrud, s. 463-464.

den samme som i almindelige virksomheder.²²⁵ Det kan ikke tiltrædes. Selvom virksomhedens indretning har betydning for ansvarsnormen i den enkelte virksomhed, så ligger forskellen netop i, at bestyrelser i finansielle virksomheder skal overholde begge regelsæt, hvorimod almindelige virksomheder kan vælge at indrette sig på lignende vilkår. Kravene til indhold og omfang af bl.a. forretningsorden, politikker, retningslinjer mv. er netop fastsat som bindende retsfor skrifter i Fil. og ledelsesbekendtgørelsen og er ikke alene generelle krav, som det er tilfældet i SL.

Når lovgiver således har fundet det nødvendigt at lovfæste særlige krav i Fil. og fastsætte detaljerede regler i ledelsesbekendtgørelsen, er det et udtryk for, at reglerne i SL ikke i tilstrækkelig grad sikrer, at finansielle virksomheder drives betryggende. Dette ses særligt ved reguleringen af bl.a. risikohåndtering, hvor Fil. § 70 og ledelsesbekendtgørelsen har langt større fokus på risikostyring end reglen i SL § 115, nr. 2. Der er helt klare regler for, hvad bestyrelsen skal tage stilling til. Således fastlægger ledelsesbekendtgørelsen meget detaljerede krav til bestyrelsens håndtering af bl.a. kreditområdet (bilag 1) og markedsrisici, operationelle risici samt likviditetsrisici (bilag 2-4).

Foruden de mere detaljerede regler har bestyrelsen i finansielle virksomheder en mere fremtrædende og aktiv rolle end i almindelige virksomheder. Således skal den træffe alle beslutninger af større betydning eller usædvanlig art, der modsat almindelige virksomheder ikke kan overlades til direktionen og udarbejde en lang række politikker og retningslinjer (se kap. 2.3.2.2.). Dette viser særligt, at minimumsgrænsen for, hvad bestyrelsen kan blive ansvarlig for, er højere for finansielle virksomheder.

Hertil kommer de detaljerede krav til bestyrelsens forretningsorden. Forretningsordenen er udtryk for, hvad et bonus-pater-bestyrelsesmedlem normalt skal overholde.²²⁶ Hvor SL § 130, stk. 2 kan ses som et udtryk for den indsats, der med rimelighed kan kræves af

²²⁵ Fode, Carsten og Sørensen, Mads Reinholdt. *Retsopgøret i den finansielle sektor – afsmitning på det almindelige bestyrelsesansvar?* Publiceret i: Neville, Mette og Sørensen, Karsten Engsig. *Selskaber. Aktuelle emner*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave 2013, s. 332, 336 og 343 (herefter: Fode og Sørensen).

²²⁶ Werlauff, s. 434.

bestyrelsen i almindelige virksomheder omfattet af SL,²²⁷ så angiver ledelsesbekendtgørelsens bilag 6 langt mere udførligt, hvad der som minimum kræves af bestyrelsen i finansielle virksomheder (kap. 2.4.2.). De forpligtelser, der fremgår af forretningsordenen, er blevet synliggjort og indskærpet for de enkelte bestyrelsesmedlemmer.²²⁸ Når minimumskravene i ledelsesbekendtgørelsen således er væsentlig mere detaljerede end ”bør”-pligterne i SL § 130, stk. 2, kræves der tilsvarende mere af bestyrelsen i en finansiell virksomhed.

Som følge heraf er den nedre grænse for ansvarsnormen i finansielle virksomheder højere end for selskaber, der alene er underlagt selskabslovgivningen. Manglende overholdelse af reglerne i Fil. og ledelsesbekendtgørelsen giver således et klarere grundlag for at pålægge et ansvar. En overtrædelse heraf skaber en formodning om, at der er handlet uforvarligt.

Det forventes ikke kun, at bestyrelsen opfylder sine forpligtelser, men også at dette sker forsvarligt (kap. 4.2.2.). Når bestyrelsen i finansielle virksomheder er underlagt flere opgaver og forpligtelser, må det derfor også medføre, at dens medlemmer skal besidde en tilsvarende større viden for at kunne udføre disse forsvarligt. Med andre ord kræves der mere af bestyrelsens viden, når arbejdet er mere omfattende og kompliceret. Dette er netop én af grundene til, at bestyrelsen i finansielle virksomheder er underlagt krav til egnethed og hæderlighed.

Heroverfor er der en række udfordringer ved vurderingen af, om der kan pålægges et erstatningsansvar i forbindelse med opfyldelsen af bestyrelsens opgaver og forpligtelser.

Overholder bestyrelsen ikke kravene til *overordnet og strategisk ledelse og sikring af en forsvarlig organisation* i SL § 115 og Fil. §§ 70-71 vil det som udgangspunkt være uforvarligt og udtryk for en mangelfuld ledelse, eksempelvis at bestyrelsen ikke implementerer politikker eller interne forretningsgange eller ikke sikrer sig, at direktionen holder sig inden for sine beføjelser. Ligeledes vil overtrædelser af *konkrete interne regler* som

²²⁷ Ibid., s. 632.

²²⁸ Bemærkningerne til § 130 i lovforslag til selskabsloven.

udgangspunkt medføre, at der er handlet uforsvarligt, fx hvis bestyrelsen bevilger et lån, der er i strid med sin egen kreditpolitik. Det vil dog ofte være nemmere at påvise årsags-sammenhæng mellem et tab og en konkret handling, der overskrider en intern regel, end en mangelfuld ledelse af virksomheden, jf. bl.a. Capinordic-sagen (se kap. 4.3.2.2.).

I den sammenhæng kan også nævnes, at omfanget og opfyldelsen af bestyrelsen opgaver og forpligtelser skal være proportional med virksomhedens forretningsmodel og risiko-profil. Det vil således ikke være vanskeligt at vurdere, om bestyrelsen bl.a. har imple-menteret en kreditpolitik, men om denne er fyldestgørende ift. virksomhedens risici, vil være vanskeligt for domstolene at bedømme. En sådan sagkundskab ligger hos ledelsen i den enkelte virksomhed og hos Finanstilsynet.

4.3.1.2. Betydningen af Fil.s særlige kompetencekrav

I modsætning til bestyrelsens opgaver, hvor det er relativt enkelt at fastlægge reglernes betydning for ansvarsnormen, er indflydelsen af kravene om egnethed og hæderlighed vanskeligere at fastlægge. Formålet med reglerne om egnethed og hæderlighed er *ikke* at gøre bestyrelsen i finansielle virksomheder erstatningsansvarlige. Således angiver reglerne ikke hvordan et bestyrelsesmedlem skal handle, men ”kun” hvilken standard (dvs. hvilken grad af professionalisme) denne skal besidde for at sidde i bestyrelsen. Desuden medfører proportionalitetsprincippet at det som udgangspunkt er svært at fastlægge en nøjagtig målestok for ansvarsnormen på tværs af branchen.

Men når der ved afgørelsen af, om en beslutning er forsvarlig, lægges vægt på den viden og de kompetencer, som det enkelte bestyrelsesmedlem har og bør have, må de særlige kompetencekrav i Fil. § 64 mv. få en indflydelse på ansvarsnormen.

I retslitteraturen er der ikke enighed om, hvilken betydning reglerne har på ansvarsnormen. Ifølge *Fode og Sørensen* lægger kompetencekravene i Fil. § 64 op til, at bestyrelsen i finansielle virksomheder underlægges et professionsansvar.²²⁹ *Lynge Andersen og*

²²⁹ Fode og Sørensen, s. 336-337.

Schaumburg-Müller er ikke enige heri, idet professionsansvaret som anført ovenfor kræver hjemmel.²³⁰ Forfatterne fremkommer dog ikke med en selvstændig holdning til, hvilken rolle kompetencekravene i givet fald spiller.

Den væsentligste bestemmelse ved vurderingen af, om kravene til egnethed og hæderlighed skærper ansvarsnormen, er Fil. § 64, stk. 1. Et sådant lovkrav stilles ikke til bestyrelsesmedlemmer i almindelige virksomheder.

Reglerne om egnethed er ikke bare en ”tom skal”. Der stilles således reelle krav til bestyrelsesmedlemmernes viden, faglige kompetencer og erfaring. Dette kommer bl.a. til udtryk ved, at Finanstilsynets skal godkende hvert enkelt bestyrelsesmedlem. Derudover viste analysen af kravet, at det ikke uden videre kan opfyldes af enhver.

Som angivet i kap. 3.2.3.1.1. indgår relevant uddannelse, erhvervs erfaring eller ledelses erfaring eller en kombination af disse i vurderingen af, om bestyrelsesmedlemmerne er egnede, dvs. om de vil være i stand til at varetage hvervet på betryggende vis. Når det er muligt at fastlægge sådanne momenter, og særligt når disse er blevet uddybet af bl.a. EBAs retningslinjer, får de en normerende karakter, der alene gælder for bestyrelsen i finansielle virksomheder. Det normerende ved ”relevant uddannelse” er bl.a. den liste med eksempler på uddannelser som Consultation Paper angiver som relevante for den finansielle sektor, der alle angår længerevarende uddannelser og giver en brugbar teoretisk viden. Ligeledes virker det normerende, at såvel forarbejder som Consultation Paper angiver tidligere ansættelser i den finansielle sektor eller erfaring med bl.a. risikostyring eller strategisk planlægning som eksempler på ”relevant erhvervs erfaring”. Selvom ”relevant ledelses erfaring” ikke nødvendigvis giver en teoretisk eller praktisk viden af relevans for sektoren, så giver ledelses erfaring en vis forståelse for, hvilke opgaver og forpligtelser der påhviler ledelsen.

Selvom ovenstående momenter ikke er kumulative krav, men netop kun momenter i vurderingen, viser de, at medlemmer af bestyrelsen i finansielle virksomheder skal have en

²³⁰ Pkt. 4 i Andersen, Lennart Lyng og Schaumburg-Müller, Peer. *Anmeldelse af Mette Neville & Karsten Engsig Sørensen (red.): ”Selskaber aktuelle emner”*. Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2014, s. 359f.

højere faglig standard end bestyrelsesmedlemmer i andre brancher, for at disse overhovedet kan sidde i bestyrelsen. Dette viser sig også ved, at hvert enkelt bestyrelsesmedlem skal have tilstrækkelige kompetencer til at kunne anfægte direktionen, herunder stille kritiske spørgsmål og forstå svarene (kap. 3.2.3.1.1. og 3.2.3.2.2.).

Når ansvarsnormen således tager højde for kompetencer og viden må det kunne kræves, at bestyrelsens ”højere standard” i finansielle virksomheder afspejler sig i dennes adfærd i form af større omhu og bedre beslutninger. Derfor får § 64, stk. 1 normerende karakter.

Kravet om grundkursus i Fil. § 64b fastsætter præcise rammer for, hvilken viden det enkelte bestyrelsesmedlem som minimum skal tilegne sig for at sidde i bestyrelsen. Bestemmelsen får herved betydning for ansvarsnormen, særligt i medfør af detailreguleringen i grundkursusbekendtgørelsen. Når bestyrelsen således *foretager et skøn*, forventes det, at de enkelte bestyrelsesmedlemmer kender til deres opgaver og ansvar, den finansielle lovgivning og øvrige områder af relevans for den pågældende type af finansiell virksomhed (bl.a. risici). Det må medføre, at bestyrelsens margin for fejlskøn indskrænkes.

§ 64b tydeliggør, at bestyrelsesmedlemmer i finansielle virksomheder efter gennemførelse af kurset forventes at have en viden, der strækker sig ud over de generelle pligter for bestyrelsen i almindelige virksomheder, og at de opnår en vis indsigt i hvordan finansielle virksomheder fungerer og agerer. Denne indsigt får betydning for ansvarsnormen.²³¹ Eksempelvis undervises bestyrelsens medlemmer i kreditgivning. Det må derfor forventes, at et bestyrelsesmedlem ved, hvilke regulatoriske krav der gælder hertil, og bl.a. kan gennemskue, hvis en kreditindstilling fra direktionen er utilstrækkelig.

Det kan herefter diskuteres, hvorvidt bestyrelsesmedlemmer der (endnu) ikke har gennemført kurset skal bedømmes efter den samme ansvarsnorm.²³² Imod taler, at culpavurderingen er individuel, og at bestyrelsesmedlemmer tillades en periode til at sætte sig ind

²³¹ Det har ingen betydning for ansvarsnormen, at der ikke skal bestås en prøve for at gennemføre kurset – det er medlemmets eget ansvar at tilegne sig den viden, som kurset angår.

²³² Overfor siddende bestyrelsesmedlemmer må det antages, at § 64b anvendes som ”rettesnor” for, hvad der forventes af deres viden.

i virksomhedens forhold (afsnit 4.2.1.). Modsat kan det anføres, at alle bestyrelsesmedlemmer i samme virksomhed som udgangspunkt bedømmes ens (kap. 4.2.1.) og at kurset skal gennemføres hurtigst muligt og inden 12 måneder, hvorfor det enkelte bestyrelsesmedlem selv bør bære risikoen for, at det er i stand til at træffe tilstrækkeligt forsvarlige beslutninger. Sidstnævnte må anses som værende for vidtgående. Når lovgiver har fastlagt en frist på 12 måneder må den være udtryk for, at medlemmer skal tillades en periode, hvor de ikke besidder kursets kompetencer.²³³

Spørgsmålet er, om kurset tillige medfører, at kravene til bestyrelsesmedlemmernes *udførelse* af de lovpligtige opgaver i Fil. §§ 65, 70-71 og ledelsesbekendtgørelsen skærpes, dvs. at de i højere grad bliver gjort ansvarlige for ikke at opfylde kravene ”godt nok”, selvom reglerne i sig selv er overholdt. Manglende opfyldelse vil som udgangspunkt være et brud på ansvarsnormen og vil derfor ud fra en konkret vurdering kunne medføre et erstatningsansvar. Når kursets fokus er på opfyldelse af bestyrelsens opgaver og forpligtelser og ansvaret forbundet hermed, må det indgå som en skærpende omstændighed, at medlemmerne har fået undervisning heri.

Som følge af, at culpavurderingen er individuel, får kravene til *bestyrelsens kollektive egnethed og mangfoldighed* ikke samme betydning for bestyrelsens ansvarsnorm i finansielle virksomheder som de individuelle krav. Det er således klart at et bestyrelsesmedlem ikke skal vurderes ud fra de strengere krav, som gælder for den samlede bestyrelse.²³⁴

Uanset dette får kravet om kollektiv egnethed betydning for ansvarsvurderingen i enkelte tilfælde. Såfremt et medlem af bestyrelsen besidder specialviden, må vurderingen skærpes for vedkommende i de tilfælde, hvor en beslutning vedrører dennes fagområde (se kap. 3.2.3.2.1.). Har et bestyrelsesmedlem fx en særlig viden om risici i landbrugssektoren forventes vedkommende, modsat de resterende bestyrelsesmedlemmer, at kunne foretage forsvarlige beslutninger om lån til bl.a. landmænd.

²³³ Gennemfører medlemmet ikke kurset inden for den fastsatte frist på 12 måneder, kan det ikke udelukkes, at den nævnte ”beskyttelse” falder bort.

²³⁴ Det kan dog ikke udelukkes, at bestyrelsens medlemmer enkeltvist kan blive erstatningsansvarlige for en konkret handling, såfremt kravene til den kollektive egnethed ikke er overholdt. Det må dog anses for yderst vanskeligt at løfte bevisbyrden for årsagssammenhæng mellem et konkret tab og den manglende overholdelse af kravet.

Tilsvarende gør sig gældende for kravet om, at mindst ét medlem af bestyrelsen i større finansielle virksomheder skal besidde praktisk ledelseserfaring fra anden finansiell virksomhed. Såfremt den finansielle virksomhed systematisk overtræder grundlæggende krav til den overordnede og strategiske ledelse i SL, Fil. og ledelsesbekendtgørelsen, taler det for, at vedkommende bør vurderes strengere end de resterende medlemmer. Indførelsen af § 64b synes dog at udvande forskellen mellem et bestyrelsesmedlem med ledelseserfaring fra anden finansiell virksomhed og de øvrige medlemmer. Det vil derfor bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfælde om et medlems tidligere ledelseserfaring fra finansielle virksomheder skal lægges denne til last.

Kravene om *hæderlighed* synes umiddelbart ikke at få en betydning for ansvarsnormen, idet de ikke fastlægger hvilken viden eller hvilke evner de enkelte bestyrelsesmedlemmer skal være i besiddelse af. Alligevel spiller de en rolle, idet reglerne sikrer, at der forbliver en høj standard i bestyrelsen. Når et medlem af bestyrelsen ikke lever op til den standard, der forventes, vil vedkommende som nævnt i kap. 3.2.4.2.3. ikke kunne sidde i bestyrelsen. Med andre ord er et bestyrelsesmedlem ikke egnet, hvis vedkommende 1) ikke evner at leve op til de krav, som denne er underlagt (fx ved ikke at overholde pligter), selvom denne på ”papiret” besidder tilstrækkelige kompetencer, og 2) ikke længere besidder de fornødne kompetencer til at sidde i bestyrelsen (fx hvis virksomheden ændrer sin forretningsmodel). Finanstilsynets praksis i medfør af Fil. § 64, stk. 3, nr. 4 er på den måde med til at fastlægge en målestok for, hvad der er acceptabel adfærd og hvad der udgør tilstrækkelige kompetencer for bestyrelsesmedlemmer i finansielle virksomheder.

4.3.1.3. Betydningen af Fils regler på Business Judgement Rule

Når ansvarsnormen for bestyrelsen i finansielle virksomheder er påvirket af den særlige brancheregulering i Fil. og ledelsesbekendtgørelsen, er det interessant at undersøge om domstolene vil være mere tilbøjelige til at tilsidesætte et forretningsmæssigt skøn i finansielle virksomheder.

For bestyrelsesmedlemmer i finansielle virksomheder er bestyrelsens opgaver, og dermed også kravene til deres beslutningsgrundlag bl.a. gennem fastlæggelsen af forretningsordenen, politikker og retningslinjer for direktionens rapportering mv., væsentligt mere detalreguleret end for virksomheder, der alene er omfattet SL.

Det medfører for det første at et bestyrelsesmedlem i en finansiell virksomhed skal sikre sig et "bedre" og mere udførligt *beslutningsgrundlag* end bestyrelsesmedlemmer i almindelige virksomheder, før dette er tilstrækkeligt kvalificeret. Med andre ord skal bestyrelsen indhente en betydelig mængde oplysninger, før denne træffer en beslutning. Det kommer bl.a. til udtryk ved de omfattende krav til bestyrelsens kreditpolitik og bestyrelsens pligt til at sikre, at denne modtager tilstrækkelig rapportering fra direktionen (se kap. 2.3.2.2.). Det må desuden kunne forventes, at bestyrelsen i højere grad er i stand til at vurdere den information der kommer fra direktionen end bestyrelsesmedlemmer i almindelige virksomheder.

Hertil kommer, at bestyrelsen skal inddrage et bestyrelsesmedlem med specialviden i en beslutning hvis specialviden er nødvendig for at beslutningsgrundlaget er forsvarligt. Hvis en beslutning træffes uden medlemmet med specialviden eller uden at denne har haft mulighed for at kommentere på beslutningen, taler det for at bestyrelsens medlemmer ikke har sikret et tilstrækkeligt oplyst beslutningsgrundlag.

For det andet medfører det "bedre" beslutningsgrundlag, at bestyrelsen er bedre rustet til at foretage et konkret skøn. Derudover medfører kravene til egnethed og hæderlighed at bestyrelsen er bedre til at vurdere beslutningens konsekvenser. Der forventes altså mere af bestyrelsens konkrete skøn, hvorfor marginen for fejlskøn må være mindre i en finansiell virksomhed end i andre virksomheder.

Umiddelbart skulle man tro, at *interessekonflikter* er de samme for bestyrelsen i finansielle virksomheder som i almindelige virksomheder. Således vil transaktioner med en virksomhed ejet af et bestyrelsesmedlem være problematisk i alle typer virksomhed. Men det er alene bestyrelsesmedlemmer i finansielle virksomheder der er underlagt et særligt krav om uafhængighed i medfør af Fil. § 64, stk. 2. Den omfattende liste fra EBAs Consultation Paper med forhold der kan bevirke, at et bestyrelsesmedlem ikke længere er

uafhængigt (fx politisk uafhængighed) medfører, at det ikke kan afvises, at det er nemmere at statuere, at der foreligger en interessekonflikt.²³⁵

Ovenstående medfører således en formodning om, at grænsen for Business Judgement Rule er en anden for finansielle virksomheder. Marginen for fejlskøn er mindre, hvorfor domstolene ikke i samme grad som i den almindelige selskabsret vil afholde sig fra at tilsidesætte bestyrelsens forretningsmæssige skøn.

4.3.2. Analyse af Capinordic Bank A/S

4.3.2.1. Indledning

Den 9. oktober 2015 afsagde Østre Landsret dom i første instans mod tre ledelsesmedlemmer i den tidligere Capinordic Bank A/S (herefter: Banken), hhv. bestyrelsesformand Claus Ørskov (herefter: Ørskov), bestyrelsesmedlem Henrik Lasse Lindblad (herefter: Lindblad) og direktør Henrik Juul (herefter: Juul). Sagen var anlagt af Finansiell Stabilitet A/S. Bankens aktiviteter blev den 11. februar 2010²³⁶ (ca. tre år efter stiftelsen i oktober 2006) overdraget til Finansiell Stabilitet fordi den ikke kunne opfylde de krav, som Finanstilsynet stillede til bankens solvens.²³⁷

Virksomhedens ejerstruktur og forhold til kunderne var komplekst. Således havde Banken en snæver kundekreds, hvor flere kunder var indbyrdes forbundne.²³⁸ Derudover var flere af Bankens kunder forbundet med medlemmer i bankens ledelse og investorerne bag Capinordic-koncernen, og flere ledelsesmedlemmer i banken var også ledelsesmedlemmer i Capinordic A/S (moderselskabet).²³⁹

²³⁵ Praksis fra Finanstilsynet og Erhvervsankenævnet kan tjene som inspiration hertil (se kap. 3.2.4.3.).

²³⁶ Dommen er afsagt efter det dagældende regelsæt. Bestyrelsens erstatningsansvar blev således bedømt efter den dagældende ASL § 140, stk. 1 (SL § 361) og bestyrelsens pligter i forhold til den dagældende ASL § 54 (SL § 115) og de dagældende Fil. §§ 64 og 70-71.

²³⁷ Capinordic-sagen, s. 7.

²³⁸ Ibid., s. 1023.

²³⁹ Ibid., s. 9-10.

Finansiel Stabilitet A/S påstod de sagsøgte til at betale i alt 400 mio. kr. i erstatning. Som begrundelse anførte Finansiell Stabilitet *principalt* at årsagen til bankens konkurs var ansvarspådragende handlinger og undladelser fra de sagsøgtes side, og at de sagsøgte derfor var erstatningsansvarlige for ethvert tab, der var lidt som følge af bankens konkurs, dog begrænset til 400 mio. kr. *Subsidiært* at de sagsøgte var erstatningsansvarlige for en række konkrete låneengagementer.²⁴⁰

Landsretten fandt, at der forelå et erstatningsansvar i 9 ud af i alt 40 låneengagementer. Det samlede erstatningsbeløb udgjorde herefter ca. 90,5 mio. kr. Dommen er anket til Højesteret.

I det følgende behandles først ansvaret for den samlede konkurs og derefter en række erstatningsretlige momenter, som landsretten anfører i et indledende afsnit.²⁴¹ De enkelte engagementer inddrages i denne behandling. Herefter vurderes det om bestyrelsen i Capinordic blev dømt efter en strengere ansvarsnorm end bestyrelser i almindelige virksomheder og hvilken rolle de skærpede krav til finansielle virksomheder fik på ansvarsvurderingen.

4.3.2.2. Ansvar for den samlede konkurs

Finansiel Stabilitet forsøgte at gøre bestyrelsen ansvarlig for hele sammenbruddet og dermed Bankens samlede underskud. Landsretten gav ikke Finansiell Stabilitet medhold heri.

Af præmisserne kan der udledes tre tilfælde, som kunne medføre et ansvar for den samlede konkurs: 1) uforsvarlig forretningsmodel, 2) mangelfuld organisering, opgavefordeling og generel virkemåde (ASL § 54) eller 3) som følge af at samtlige engagementer i Banken var ansvarspådragende.

²⁴⁰ Ibid., s. 1261.

²⁴¹ Tabsopgørelsen eller spørgsmålet om decharge behandles ikke.

Ad 1) Uforsvarlig forretningsmodel

Finansiel Stabilitet gjorde under sagen gældende, at bankens forretningsmodel var så risikobetonet og uforsvarlig, at den kunne begrunde et ansvar for den samlede konkurs. Dette begrundedes med, at Bankens forretningsmodel ikke var rentabel og at bankens udlånsvirksomhed var uforsvarlig, idet der blev givet store lån til indbyrdes forbundne kunder.²⁴²

Landsretten udtalte herom: ”... Bankens forretningsmodel med store lån til forholdsvis få kunder, der i betydeligt omfang har været indbyrdes forbundet, har været risikabel og gjort Banken særligt sårbar for konjunkturændringer, herunder finanskrisen i 2008. Efter bevisførelsen finder landsretten imidlertid ikke, at den valgte forretningsmodel, der tillige indebar et betydeligt indtjeningspotentiale for Banken, i sig selv kan anses for ansvarspådragende.” (vores understregning). Landsretten fandt altså, at forretningsmodellen var risikabel, men frifandt de sagsøgte fordi forretningsmodellen havde et tilsvarende indtjeningspotentiale. Denne argumentation er udtryk for, at landsretten anvendte Business Judgement Rule. Således tilsidesatte landsretten ikke Bankens forretningsmæssige skøn (valg af forretningsmodel), alene fordi denne var risikabel og senere viste sig at medføre et tab. På det tidspunkt, hvor Banken blev stiftet (og vel helt frem til finanskrisen), var der et betydeligt indtjeningspotentiale, hvorfor forretningsmodellen var i Bankens interesse og derfor ikke uforsvarlig.

Når landsretten begrunder fritagelsen med, at forretningsmodellen havde et betydeligt indtjeningspotentiale, kan det forstås således, at bestyrelsesmedlemmerne var blevet erstatningsansvarlige for den samlede konkurs, såfremt indtjeningen ikke havde stået mål med risikoen.

Ad 2) Mangelfuld organisering, opgavefordeling og generel virkemåde (drift)

Finansiel Stabilitet påstod under sagen, at bestyrelsen havde handlet generelt uforsvarligt ved at have overtrådt ASL § 54, stk. 1 som følge af 1) en uforsvarlig kreditorganisation uden en klar organisatorisk struktur i strid med dagældende Fil. § 71, nr. 2 og Bankens

²⁴² Capinordic-sagen, s. 1037.

interne forretningsgange, 2) at udlånsengagementer i flere tilfælde var i strid med Bankens kreditpolitik og blev bevilget på et mangelfuldt grundlag, 3) at Lindblads indblanding i den daglige drift i strid med Fil. § 73 nedbrød den interne kontrolfunktion og 4) at der ved flere lejligheder blev varetaget uvedkommende interesser.²⁴³

Landsretten fandt det efter en gennemgang af samtlige engagementer ikke godtgjort, at disse forhold var skyld i den samlede konkurs, hvorfor de sagsøgte blev frifundet herfor. Landsrettens rationale var således, at overtrædelsen af ASL § 54 og Fil. §§ 71 og 73 samt de interne forretningsgange ikke i sig selv havde medført Bankens konkurs, fordi 31 af de i sagen omhandlede 40 engagementer ikke var uforsvarlige. Dette kan også udtrykkes således, at landsretten ikke fandt, at Finansiell Stabilitet havde bevist årsagssammenhæng mellem den mangelfulde organisering og den samlede konkurs.²⁴⁴

Ad 3) Som følge af at samtlige engagementer i banken var ansvarspådragende

Landsretten vurderede herefter, om de låneengagementer, som efter landsrettens vurdering var ansvarspådragende, i sig selv havde medført Bankens konkurs. Hertil udtalte landsretten, at ”... *det alene kan lægges til grund, at en mindre del af det samlede tab [...] er forårsaget af ansvarspådragende handlinger eller undladelser fra de sagsøgte side.*” (vores understregning). Sammenholdt med Bankens kapitalgrundlag og løfter om kapitaltilførsel fra Moderselskabet fandt landsretten ikke, at det ansvarspådragende tab i sig selv havde medført konkursen.

Det må forstås således, at de tre ledelsesmedlemmer ville være blevet gjort ansvarlige for den samlede konkurs, hvis de ansvarspådragende engagementer havde medført et højere tab end ”en mindre del” af det samlede tab. Nøjagtigt hvor højt det samlede tab skal være, før ledelsen kan blive ansvarlig, er ikke muligt at udlede. Men når landsretten fandt det nødvendigt at inddrage Bankens kapitalgrundlag og løftet om kapitaltilførsel i argumentationen, tyder det på, at tabet ikke nødvendigvis behøver at være meget højere.

²⁴³ Ibid, s. 1017-1039.

²⁴⁴ Werlauff, s. 466.

4.3.2.3. Landsrettens efterlysning af en norm for forsvarlig kreditgivning

Forsvarligheden af Bankens engagementer skulle ifølge landsretten foretages på baggrund af en konkret vurdering af, hvilke krav der kan stilles til en debtors økonomiske forhold og dokumentationen herfor. I den forbindelse udtalte landsretten: *”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.”*²⁴⁵ (vores understregning). Med andre ord efterlyser landsretten en norm for, hvilke krav der generelt stilles til et forsvarligt beslutningsgrundlag ved långivning i en bank. Dette kan have medført, at Business Judgement Rule fik en større rolle i engagementer uden interessekonflikter, idet landsretten nok har været mere forsigtige med at tilsidesætte bestyrelsens skøn, når det ikke præcist kunne fastlægges, hvad der generelt udgjorde et tilstrækkeligt beslutningsgrundlag.

4.3.2.4. Momenter i ansvarsvurderingen

Ved vurderingen af, om de enkelte engagementer har været uforsvarlige, inddrager landsretten en række momenter, der enten skærper eller lemper ansvarsnormen. Disse udgør 1) Konsekvensen af regelbrud, 2) Interessekonflikter og Business Judgement Rule, 3) Finanstilsynets og revisionens vurdering af Bankens engagementer, 4) Finanskrisen og Finanstilsynets advarsler, 5) Lasse Lindblads rolle og 6) Bestyrelsens praksis med efterbevillinger.

Ad 1) Konsekvensen af regelbrud

Finansiel Stabilitet gjorde under sagen gældende, at de sagsøgte havde overtrådt Fil. og regler udstedt i medfør af Fil., bl.a. Bankens kreditpolitik. Hertil bemærker landsretten: *”Sådanne mulige overtrædelser indebærer ikke i sig selv, at de ansvarlige for overtrædelser har pådraget sig erstatningsansvar. Det afgørende er, om overtrædelser har været årsag til et tab for Banken.”*²⁴⁶ Der er intet overraskende i den sidste sætning i landsrettens udtalelse. Det er således helt grundlæggende erstatningsret, at der skal foreligge et

²⁴⁵ Capinordic-sagen, s. 1261.

²⁴⁶ Ibid, s. 1262.

tab, før de sagsøgte kan gøres erstatningsansvarlige, uanset hvor uforsvarlig en handling har været. Dette kom bl.a. til udtryk i engagementet ”TLP Holding ApS”.²⁴⁷

Når landsretten udtaler, at mulige overtrædelser ”ikke i sig selv” indebærer erstatningsansvar, må det være et udtryk for at overtrædelser af Fil. og regler udstedt i medfør af Fil. med stor sandsynlighed udgør en uforsvarlig adfærd. Dette stemmer overens med at lovregler og interne regler udgør minimumsgrænsen for ansvarsnormen. Det støttes af at Landsretten om de interne politikker på kreditområdet anfører: ”*Bankens interne politikker udgør retningslinjer for Bankens virksomhed. Disse retningslinjer udgør således vejledende kriterier ved vurderingen af, om Banken har udøvet et forsvarligt skøn ved en given bevilling, og indgår herefter i et samlet overordnet skøn af bevillingens forsvarlighed...*”²⁴⁸ Når retningslinjerne er vejledende for forsvarlighedsvurderingen, må det betyde at vurderingen skærpes, når disse er overtrådt. Med andre ord skærpes ansvarsnormen, når bestyrelsen ikke har overholdt en forpligtelse.

Landsretten slår dog fast, at der altid skal foretages en konkret vurdering, hvorfor det ikke kan udelukkes, at en bevilling ikke har været ansvarspådragende, selvom den har været i strid med de interne politikker. Det samme gør sig gældende for overtrædelser af en lovregel.²⁴⁹ I modsat fald ville der være tale om et professionsansvar, hvor konkrete omstændigheder ikke kan undskylde et brud på normen.

Ad 2) Interessekonflikter og Business Judgement Rule

Som anført i kap. 4.2.3. er landsretten som udgangspunkt tilbageholdende med at tilside sætte bestyrelsens forretningsmæssige skøn. At landsretten anerkender Business Judgement Rule er ikke ensbetydende med, at reglen anvendes på samme måde for finansielle virksomheder sammenlignet med almindelige virksomheder. Bl.a. kommer det skærpede krav om tilstrækkeligt beslutningsgrundlag i finansielle virksomheder (kap. 4.3.1.2.) i Capinordic-sagen til udtryk ved, at landsretten i de generelle bemærkninger efterlyser hvilke krav der stilles til et forsvarligt grundlag for kreditgivning og at landsretten ved

²⁴⁷ Ibid, s. 1294f.

²⁴⁸ Ibid., s. 1311.

²⁴⁹ Ibid, s. 1263.

gennemgangen af 13 særlige investeringskreditter inddrager Bankens egen kreditpolitik.²⁵⁰ Derudover viser sammenligningen mellem Capinordic-sagen og afgørelser fra den almindelige selskabsret, at landsretten i højere grad tilsidesætter bestyrelsens forretningsmæssige skøn (kap. 4.3.2.5.).

I forlængelse heraf anfører landsretten: ”... hvor en bevilling [...] har været til fordel for et bestyrelsesmedlem eller et selskab kontrolleret af denne eller for et andet selskab i Capinordic koncernen, finder landsretten dog, at der må stilles skærpede krav til, at de sagsøgte har sikret, at hensynet til Banken ikke blev tilsidesat.”²⁵¹

Når landsretten stiller ”skærpede krav” må det betyde, at den foretager en skærpet prøvelse af forsvarligheden, hvis der foreligger en interessekonflikt. Det støttes af, at der forelå en uforsvarlig adfærd i samtlige engagementer med uvedkommende interesser, som ikke kunne opvejes af bankens interesse (Alpen Holidays, Synerco og Administrationselskabet)²⁵².

Der sondres således mellem situationer, hvor der ikke foreligger uvedkommende interesser og Business Judgement Rule finder anvendelse, og situationer hvor der foreligger uvedkommende interesser og Business Judgement Rule bortfalder. I sidstnævnte tilfælde foretages i stedet en skærpet vurdering af, om en handling var uforsvarlig, også for de medlemmer af bestyrelsen, der ikke har personlige interesser.²⁵³

Når der foreligger en interessekonflikt, er spørgsmålet herefter hvem der skal påvise, at en given bevilling er forsvarlig. Ifølge Andersen er det for vidtgående, hvis bevisbyrden vendes.²⁵⁴ Modsat mener Werlauff, at bestyrelsesmedlemmet skal bevise eller sandsynliggøre, at en given handling var forsvarlig når der foreligger en interessekonflikt.²⁵⁵

²⁵⁰ Ibid., s. 1261 og 1311.

²⁵¹ Ibid., s. 1261.

²⁵² Ibid., s. 1272, 1274 og 1306.

²⁵³ I samme retning Werlauff, Erik. *Capinordic-dommen – første dom om ledelsesansvar efter finanskrisen*. Revision&Regnskabsvæsen, 12. udgave 2015, s. 44f. (herefter: Werlauff, 2015) og betænkning 1498/2008, s. 38.

²⁵⁴ Andersen, s. 513.

²⁵⁵ Werlauff, 2015 og Werlauff, s. 635.

Landsretten tager ikke direkte stilling hertil, men ovenstående formulering ”... *må stilles skærpede krav til, at de sagsøgte har sikret, at hensynet til Banken ikke blev tilsidesat.*” (vores understregning) tyder på, at landsretten pålægger bestyrelsen bevisbyrden. Dvs. at landsretten vender bevisbyrden, hvor der foreligger en interessekonflikt. Dette støttes af landsrettens vurdering i konkrete engagementer.

Således anfører landsretten i engagementet ”Alpen Holidays Ferienhäuser GmbH” (herafter: Alpen Holidays), at bestyrelsens beslutning var påvirket af andre koncernselskabers interesser og fandt det ”... *ikke af de sagsøgte godtgjort, at ydelse af et lån til indfrielse af engagementer i andre koncernselskaber var i Bankens interesse.*” (vores understregning).²⁵⁶ Ligeledes vendtes bevisbyrden i engagementet ”Nanocover A/S”, hvor landsretten udtalte: ”*Det findes ikke godtgjort, at det forhold, at Banken tidligere havde investeret i aktier i Nanocover og dermed havde en interesse i at beskytte aktiekursen, kunne begrunde et lån af denne størrelse til et konkurstruet selskab. De sagsøgte har heller ikke godtgjort, at NanoCovers værdi som ”børsskal”, [...], kunne begrunde, at lånet trods selskabets økonomiske forhold og den manglende sikkerhed var forsvarligt.*”²⁵⁷ (vores understregninger).²⁵⁸

Engagementet ”Centerplan Alloktion ApS” viser, at de sagsøgte ikke har handlet uforvarsomt, såfremt disse kan sandsynliggøre, at en beslutning var i Bankens interesse, også selvom der forelå en interessekonflikt.²⁵⁹

En interessekonflikt medfører således 1) forsvarlighedsvurderingen skærpes og 2) at der pålægges bestyrelsen en dobbelt omvendt bevisbyrde; den skal således påvise at handlingen var forsvarlig og at virksomhedens interesse ikke blev tilsidesat. Grunden hertil er, at der må gælde en formodning om, at der er udvist en uforvarsomt adfærd, når bestyrelsen ikke varetager selskabets interesser.

²⁵⁶ Capinordic-sagen, s. 1273.

²⁵⁷ Ibid., s. 1299.

²⁵⁸ Bevisbyrden blev også vendt i engagementerne ”Synerco ApS” og ”Administrationselskabet”.

²⁵⁹ Ibid., s. 1286-1289.

Der findes ikke afgørelser på det selskabsretlige område, der tydeligt viser, at bevisbyrden vendes. I U1981.973H (Røde Vejmølle) kunne direktøren bevise, at han havde forelagt prisnedsættelser for bestyrelsen og at en handel med sit eget selskab var til markedspris. Dette kunne tyde på, at bevisbyrden var vendt. Derfor antages det, at retstilstanden er den samme for almindelige virksomheder.

Ad 3) Finanstilsynets og revisionens vurdering af Bankens engagementer

Som et tredje moment inddrager landsretten, om Finanstilsynet eller Bankens revisor har udtalt sig om et konkret engagement.

Landsretten tillægger ikke Finanstilsynet og Bankens revisor samme vægt. Således anfører landsretten, at ”... *det forhold, at et låneengagement har været genstand for vurdering fra Finanstilsynets side [...] må indgå med en ikke ubetydelig vægt.*” og ”Landsretten har også lagt vægt på revisionens vurdering af låneengagementer og behov for nedskrivning herpå.” (vores understregninger). Bemærkningerne tydeliggør, at Finanstilsynets vurdering af et givent engagement tillægges større vægt end revisorens.

Finanstilsynets vurdering tillægges stor vægt fordi denne er tilsynsmyndighed for finansielle virksomheder og i kraft heraf besidder en særlig sagkundskab og har en særlig indsigt i den finansielle sektor. Dette kom bl.a. til udtryk i engagementet ”Per Bram Nielsen og Bram Gruppen A/S”, hvor de sagsøgte bl.a. blev frifundet med den begrundelse, at Finanstilsynet havde givet engagementet karakteren 3 svarende til ”kunder med utvivlsom god bonitet”²⁶⁰.

Bankens revisor er samfundets tillidsrepræsentant²⁶¹, men revisoren har ikke de samme indgrebsmuligheder som Finanstilsynet og forventes derudover ikke at have den samme

²⁶⁰ Capinordic-sagen, s. 1317. Bonitet er debtors kreditværdighed (dvs. hvor god en økonomi kunden har). Jo højere bonitet, des lavere risiko, jf. Rigsrevisionens Beretning til Statsrevisorerne om tildelingen af individuel statsgaranti til Amagerbanken A/S, oktober 2011, s. 42.

²⁶¹ § 16, stk. 1 i lovbekendtgørelse nr. 1167 af 09.09.2016 om godkendte revisorer og revisionsvirksomheder.

indsigt i den finansielle sektor.²⁶² Som et eksempel på, at revisionens vurdering blev til-
lagt betydning kan nævnes engagementet ”Guava A/S”, hvor bestyrelsen blev frifundet,
fordi den ikke skulle have opdaget en fejl, som revisionen ikke havde opdaget.²⁶³

Tilsvarende må det antages at forsvarlighedsvurderingen lempes, hvis Finanstilsynet har
fået forelagt oplysninger fra den finansielle virksomhed eller været på tilsynsbesøg uden
at reagere. Som eksempel fra den almindelige selskabsret kan nævnes U2016.1870H (Gul
feber), hvor direktøren blev frifundet, bl.a. fordi denne løbende havde informeret SKAT
om virksomhedens brokerhandler, uden at SKAT reagerede herpå. Tilsvarende må gælde
for finansielle virksomheder.

Efter en gennemgang af samtlige engagementer tegner der sig et billede af, at en negativ
vurdering fra Finanstilsynet eller revisoren skærper ansvarsnormen, hvorimod en positiv
vurdering lemper den.²⁶⁴ Landsretten er således meget tilbageholdende med at tilsidesætte
et skøn der ikke strider mod Finanstilsynets vurdering. Det viser dog også at landsretten
ikke er tilbageholdende med at pålægge et erstatningsansvar, såfremt bestyrelsen træffer
en beslutning i strid med Finanstilsynets vurdering. Det bemærkes, at engagementerne
generelt (og i hvert fald inden finanskrisen) fik gode karakterer. Dette er bl.a. en af årsa-
gerne til at de sagsøgte frifindes i så stort et omfang.

Ad 4) Finanskrisen og Finanstilsynets advarsler

Landsretten hæfter sig særligt ved tre tidspunkter: 1) finanskrisen, 2) Finanstilsynets ad-
varsel af 25. september 2008 til banken om dennes omfattende ejendomseksponering og
3) Finanstilsynets generelle advarsel af 19. december 2008 til sektoren om manglende
nedbringelser trods forringelser af bonitet.²⁶⁵

²⁶² Eksempler på, at bestyrelsesmedlemmer frifindes efter at have handlet i tillid til en professionel rådgiver er U2013.1312H (Grundejerforeningen) og FED2016.92 (EBH Fonden), hvor bestyrelsen i begge tilfælde var blevet rådgivet af en advokat.

²⁶³ Capinordic-sagen, s. 1290-1291.

²⁶⁴ Se dog engagementet ”Oskar Jensen”, hvor revisorens udtalelse ikke medførte en lempelse. Om vurderingen heraf se kap. 4.3.2.5.

²⁶⁵ Capinordic-sagen, s. 1262. Finanstilsynet udsendte allerede i februar 2006 en generel advarsel om risikoen for en ”boligboble” (Capinordic-sagen, s. 1116), der ikke indgår i landsrettens vurdering.

Finanskrisen og advarslerne får den virkning på ansvarsnormen, at bestyrelsen skal udvise ekstra agtpågivenhed, når den foretager konkrete beslutninger i tiden herefter. Det betyder at engagementer, der er bevilget efter ovenstående tidspunkter underlægges en skærpet vurdering, hvilket bl.a. kommer til udtryk i ”Alpen Holidays”, hvor Ørskov skulle have sikret sig et forsvarligt beslutningsgrundlag, fordi det måtte have stået denne klart, at det var særdeles usikkert, om et salg af hotellet kunne dække Bankens lån. Det risikable lå særligt i, at der blev udlånt penge til en ejendom under finanskrisen og efter advarslerne.²⁶⁶

Advarslen af 25. september 2008 må tillægges særlig vægt, idet denne er direkte rettet mod Banken og specifikt angår Bankens ejendomseksponering. Dette ses bl.a. i ”Centerplan Allokton ApS”, hvor landsretten bl.a. begrundet frifindelsen med, at bevillingen af 22. maj lå ”længe” før Finanstilsynets advarsel i september 2008.²⁶⁷

Efter en gennemgang af engagementerne viser der sig også et tydeligt billede af, at finanskrisen tillægges betydelig vægt. Således ligger 5 af de i alt 7 engagementer, som bestyrelsen ifaldt erstatningsansvar for, efter finanskrisen.²⁶⁸ Hovedparten af de ”frifindende” engagementer ligger før finanskrisen. Et eksempel herpå er ”EuroTrust/Olicom”, hvor landsretten fandt, at bestyrelsen ikke kunne have forudset at EuroTrust ville komme i betydelige økonomiske vanskeligheder, idet en væsentlig årsag hertil var finanskrisen. Det betyder således, at bestyrelsen i finansielle virksomheder ikke forventes at kunne forudse fremtidige kriser, men at de forventes at reagere og udvise større omhu når sådanne indtræder. Det må skyldes, at finansielle virksomheder har en særlig betydning for samfundsøkonomien og er sårbare overfor konjunkturudsving, uanset i hvilken branche de opstår.

²⁶⁶ Capinordic-sagen, s. 1272-1274. I samme retning engagementet ”Toldbodgade”, s. 1303-1306.

²⁶⁷ Ibid., s. 1286-1289.

²⁶⁸ Som referencepunkt er anvendt d. 5. september 2008 for finanskrisens begyndelse, jf. bl.a. http://denstoredanske.dk/Samfund_jura_og_politik/Økonomi/Samfundsøkonomiske_forhold/Finanskrisen (23.05.17, kl. 15.16).

Hertil kan det bemærkes, at landsretten ved vurderingen af ansvaret for den samlede konkurs angiver, at Bankens forretningsmodel var særligt sårbar overfor "... konjunkturændringer, herunder finanskrisen...". Landsretten antyder herved, at konjunkturudsving generelt, og ikke alene finanskrisen, har betydning for ansvarsvurderingen. Modsat angav landsretten i *U2007.497 H (Calypso)*, at konjunkturudsving ikke skulle indgå i ansvarsvurderingen. Advarsler og kriser skærper således i højere grad ansvarsnormen for bestyrelsen i finansielle virksomheder, idet de må forventes at skulle udvise større agtpågivenhed end bestyrelsen i andre virksomheder for beslutninger, der træffes efter konjunkturændringerne. Der er således tale om en skærpelse af ansvarsnormen for finansielle virksomheder.

En grund til, at landsretten tillagde finanskrisen så betydelig vægt kan være Bankens forretningsmodel. Der er som nævnt ikke noget galt i, at en virksomhed har en risikabel forretningsmodel. Men når dette er tilfældet må det forventes, at medlemmerne af bestyrelsen udviser en særlig agtpågivenhed når de foretager forretningsmæssige skøn, jf. bl.a. engagementet "EuroTrust/Olicom", hvor bestyrelsen blev frifundet, fordi den netop havde udvist en agtpågivenhed som stod mål med risikoen.²⁶⁹

Finanskrisen medførte, at forretningsmodellen ikke længere havde det samme indtjeningspotentiale, som det var tilfældet forinden, og at Bankens aktiviteter blev "mere" risikable. Den agtpågivenhed, som bestyrelsen i forvejen skulle udvise, må derfor antages at være blevet skærpet yderligere efter finanskrisen. Selvom landsretten ikke direkte angiver dette som begrundelsen for at tillægge finanskrisen betydelig vægt, så understøttes antagelsen af antallet af uforsvarlige engagementer, som bestyrelsen blev fundet erstatningsansvarlige for før hhv. efter krisen.

Det kan på baggrund heraf diskuteres, om der vil blive stillet samme krav til graden af agtpågivenhed i bestyrelsens beslutninger i en finansiell virksomhed med en mindre risikabel og eksponeret forretningsmodel. Det må formodes ikke at være tilfældet. Grunden hertil er, at de beslutninger, der foretages i en mindre risikabel forretningsmodel netop som udgangspunkt vil være mindre risikable og dermed have en mindre risiko for at skade

²⁶⁹ Capinordic-sagen, s. 1268-1270.

virksomheden. Hertil kommer, at en mindre risikabel forretningsmodel ikke påvirkes af konjunkturudsving og finansielle kriser i samme omfang, og at kravene til egnethed og hæderlighed vil være mindre.

Ad 5) Lasse Lindblads rolle

Lasse Lindblad burde som bestyrelsesmedlem ikke have blandet sig i den daglige drift. Dette er i strid med reglen i Fil. § 73, stk. 1 om funktionsadskillelse mellem direktion og bestyrelse (se kap. 2.2.). Om Lindblads rolle i Banken anfører landsretten bl.a. at denne havde deltaget i forhandlinger med kunder og beordret bevillinger til kreditafdelingen.²⁷⁰

Lindblad agerede altså i flere tilfælde de facto som en kreditchef i Banken. Det må medføre, at Lindblad i disse konkrete situationer ikke skal anses som værende bestyrelsesmedlem, men som kreditchef. Det har den konsekvens, at han rent erstatningsretligt også skal vurderes ud fra den ansvarsnorm, som en kreditchef er underlagt, og ikke bestyrelsesansvarsnormen. En kreditchef er pålagt andre pligter og som angivet i kap. 3.2.3.1.1. kræves der af direktører, at de har indsigt i finansielle virksomheder.

Situationen minder om de tilfælde i selskabsretten, hvor en kapitalejer, der udnytter sin bestemmende indflydelse, underlægges reglen i SL § 361 om simpel uagtsomhed frem for reglen i SL § 362 om grov uagtsomhed, jf. bl.a. U1997.364H (Satair). Forskellen mellem nærværende sag og Satair-dommen er, at Lindblad ikke skal underlægges et strengere ansvarsgrundlag, men alene en strengere ansvarsnorm.

Landsretten tager ikke direkte stilling til, om Lindblad skal vurderes som kreditchef eller som bestyrelsesmedlem. Formuleringen ”Ved vurderingen af, om Lasse Lindblad kan gøres ansvarlig for et låneengagement, [...] indgår det ovenfor anførte om den rolle, Lasse Lindblad har haft i Banken.”²⁷¹ kan forstås på to måder: enten at han som bestyrelsesmedlem har handlet uforvarsligt ved at blande sig i konkrete tabsgivende engagementer, eller at han skal vurderes som kreditchef i disse tilfælde. Ved vurderingen i de konkrete engagementer giver landsretten ikke et mere entydigt svar herpå. I engagementet

²⁷⁰ Ibid., s. 1263.

²⁷¹ Ibid., s. 1263.

”Administrationsselskabet” udtaler landsretten meget kortfattet, ”...at Lasse Lindblad har pådraget sig et erstatningsansvar som medansvarlig for engagementet ved at have opfordret Henrik Juul til at yde lånet.”²⁷²

Engagementerne og landsrettens bemærkninger viser, at landsretten har fundet Lindblad erstatningsansvarlig i de tilfælde, hvor han blandede sig i den daglige drift, og at hans indblanding derfor var uforsvarlig. Dog burde landsretten have gjort det helt klart, efter hvilken norm ansvaret blev vurderet.

Ad 6) Bestyrelsens praksis med efterbevillinger

I flere af Bankens kreditengagementer, som krævede en bevilling fra bestyrelsen, blev lånene bevilget af direktionen før bestyrelsen tog stilling hertil. Banken gjorde derfor i flere tilfælde brug af efterbevillinger. Efterbevilling af lån har karakter af uanmodet forretningsførelse, idet direktionen tager beslutninger, der egentlig hører under den overordnede og strategiske ledelse.

Selvom denne praksis stred imod Bankens interne regler, var det ikke i sig selv ansvarspådragende for bestyrelsen. Landsretten fandt dog, at Ørskov og Lindblad havde accepteret denne praksis ved ikke at have påtalt eller forhindret den. Det medførte, at Ørskov og Lindblad blev erstatningsansvarlige for hele lånet, hvis der var handlet uforsvarligt både ved bevillingen og ved efterbevillingen, også selvom hele eller dele af lånet allerede var udbetalt før efterbevillingen.²⁷³ Selvom dette kan virke vidtgående, så er det bestyrelsens opgave og ansvar at sikre, at direktionen holder sig indenfor bestyrelsens retningslinjer for arbejdsdelingen mellem de to organer (se om arbejdsdelingen og handlepligten kap. 2.3.2.2.). Derfor lægges det bestyrelsen til last, at den ikke har reageret på direktionens tilsidesættelse af kreditpolitikken.

Det medfører, at tidspunktet for ansvaret blev ”fremrykket”, idet Ørskov og Lindblad selv skulle bære risikoen for lånets forsvarlighed ved at have accepteret denne praksis. Dette

²⁷² Ibid., s. 1307. Der blev også lagt vægt på Lindblads involvering i ”Alpen Holidays”, ”Synerco” og ”Nanocover”.

²⁷³ Capinordic-sagen, s. 1262.

kan forklares med et eksempel: Direktionen bevilger et lån på 10 mio., hvoraf de 2 mio. er udbetalt til kunden inden bestyrelsens efterbevilling. Ørskov og Lindblad bliver ansvarlig for alle 10 mio. og ikke kun de 8 mio., der udbetales efter efterbevillingen.

Landsretten tager ikke stilling til erstatningsansvaret for Ørskov og Lindblad, hvis disse havde nægtet at efterbevilde en bevilling, der medførte et tab.²⁷⁴ I en sådan situation ville der alene foreligge uforsvarlighed pga. den accepterede praksis og ikke i forbindelse med det konkrete engagement. Det må derfor antages, Ørskov og Lindblad ikke ville blive ansvarlige for et tab, som opstod i tidsrummet mellem den oprindelige bevilling og nægtelsen af efterbevillingen. Det vil i den sammenhæng tillige være vanskeligt at påvise årsagssammenhæng mellem den accepterede praksis og tabet.

4.3.2.5. Blev bestyrelsen i Banken bedømt strengere end bestyrelser i andre virksomheder?

I det følgende foretages en vurdering af, om bestyrelsen i Banken bedømmes strengere sammenlignet med bestyrelsen i almindelige virksomheder, herunder om bestyrelsen gøres ansvarlig på et tidligere tidspunkt. Til dette anvendes udvalgte engagementer fra Capinordic-sagen, hvor landsretten ikke umiddelbart inddrager uvedkommende interesser og hvor den uforsvarlige adfærd ikke er åbenbar. Herved fremkommer der et sammenligningsgrundlag i forhold til udvalgte afgørelser fra den almindelige selskabsret. Nogle af de udvalgte afgørelser fra den almindelige selskabsret drejer sig om håbløshedstidspunktet.²⁷⁵ Disse domme anvendes ikke til at fastlægge et håbløshedstidspunkt for Banken, men til at illustrere hvad der udgør en uforsvarlig beslutning og om der er forskel i, hvor
når bestyrelsen gøres ansvarlig, dvs. hvornår bestyrelsen bør indse, at et givent forhold er uforsvarligt.

I *U2003.317 H (Brask Thomsen)* fandt Højesteret, at et bestyrelsesmedlem ikke havde handlet uforsvarligt ved at deltage i beslutningen om at optage et lån med sikkerhed i et datterselskab kort før begge selskabers konkurs, fordi denne ikke skulle have indset, at

²⁷⁴ Grunden hertil er sandsynligvis, at problemstillingen ikke forelå i sagen.

²⁷⁵ Håbløshedstidspunktet er det tidspunkt, hvor bestyrelsen skulle indse, at en videre drift af virksomheden er håbløs og derfor vil påføre selskabet og dets kreditorer et tab, jf. Werlauff, s. 645.

der ikke var en realistisk mulighed for, at selskabet ikke kunne tilbagebetale lånet. Medlemmet sad tillige i bestyrelsen i datterselskabet og havde kendskab til, at datterselskabets aktiekurs var faldende og at selskabet var i økonomiske problemer (betydeligt underskud). Desuden var medlemmet bekendt med, at moderselskabet ikke havde honoreret et banklån, og at flere bankforbindelser krævede deres engagementer indfriet.

Heroverfor står to engagementer fra Banken, hvor landsretten fandt, at bestyrelsen havde handlet uforsvarligt. I engagementet ADR efterbevilgede bestyrelsen d. 30. maj 2008 en forhøjelse på 4,6 mio. kr. af et bestående engagement i Banken. Bestyrelsens uforsvarlige adfærd blev af landsretten begrundet med, at ADR på tidspunktet for efterbevillingen havde overtræk på den bestående kredit, at indfrielsesdatoen for kreditten havde været forlænget og at pantesikkerheden herfor, der bestod i en ejendom sat på tvangsauktion (og hvor bankens pant var efterstillet øvrige panterettigheder) reelt ikke var eksisterende. Hertil kommer, at Finanstilsynet ca. én uge efter bevillingen ændrede engagementets karakter fra 2a til karakteren 2c om ”kunder ved væsentlige svaghedstegn, men uden objektiv indikation for værdiforringelse”. Selvom Finanstilsynets karakter er negativ viser den også, at der ikke var indikation for, at engagementet ikke kunne indfries helt eller delvist, idet der netop ikke forelå objektiv indikation for værdiforringelse (OIV). ADR var således ikke i så betydelige problemer, at der var et nedskrivningsbehov på engagementet. Finanstilsynet bad dog Banken om at reservere et beløb svarende til engagementet i solvensbehov.²⁷⁶

Alligevel fandt landsretten, at efterbevillingen var uforsvarlig. Det må derfor antages, at Finanstilsynets karakter spillede en rolle i landsrettens vurdering af bevillingens forsvarlighed, også selvom karakteren blev givet efter det tidspunkt, hvor bestyrelsen traf beslutningen. Der foretages således en streng vurdering af beslutningens forsvarlighed og det lægges bestyrelsen til last, at denne ikke egenhændigt ved forhøjelsen indså, at engagementet var blevet mere risikabelt. At Lindblad og Ørskov blev ansvarlige for dette engagement kan således tyde på, at de burde have vidst bedre som bestyrelsesmedlemmer i en finansiell virksomhed.

²⁷⁶ Ibid., s. 302.

Tilsvarende fandtes Lindblad erstatningsansvarlig i engagementet ”Oskar Jensen Holding ApS”.²⁷⁷ Engagementet blev i oktober 2007 forhøjet fra 25 mio. til 50 mio. Som sikkerhed for lånet stod oprindeligt aktier i ”Københavns Investeringsejendomme” og ved forhøjelsen skulle der stilles sikkerhed i fast ejendom. Den 19. november 2007 godkendte bestyrelsen en sikkerhedskonstruktionsændring, således at Banken frafaldt kravet om pant i fast ejendom og i stedet fik pant i anpartskapitalen i Oskar Jensen. Af landsrettens præmisser fremgår, at Oskar Jensen på tidspunktet for lånene og konstruktionsændringen ikke havde en negativ drift, at virksomheden havde et godt renommé og en betydelig indtjening og egenkapital. Hertil kommer, at revisionen i et protokollat fra marts 2008 fandt, at engagementet udgjorde en sædvanlig forretningsmæssig risiko, og at der ikke var behov for nedskrivning.²⁷⁸ Alligevel fandt landsretten, at ændringen af sikkerhedskonstruktionen var uforsvarlig. Dette begrundede landsretten med, at Banken efter ændringen reelt ingen sikkerhed havde for engagementet.²⁷⁹ At sikkerheden ingen værdi havde, må være begrundet i begge virksomheders lave soliditetsgrad.²⁸⁰ Henset til den lave soliditetsgrad og øvrige långivere fandt landsretten det derfor nødvendigt med pant i fast ejendom, for at forhøjelsen af engagementet var forsvarlig.

Landsrettens vurdering er streng. Bestyrelsens ansvarspådragende handling ligger således før finanskrisen, og engagementet var ikke nødlidende (selvom kunden var risikabel). Ligeledes var begrundelsen for at ændre sikkerhedskonstruktionen, at realisering af pant i fast ejendom havde vist sig at være administrativt tungt samt at Banken havde sikret sig en klausul om udbyttebegrænsning i begge selskaber. Hertil kommer at revisionen flere måneder efter den uforsvarlige handling fandt, at engagementet havde sædvanlig forretningsmæssig risiko. Landsrettens vurdering må derfor være udtryk for, at bestyrelsen i finansielle virksomheder bør have en viden om forskellige sikkerhedstyper og være i stand til at vurdere, hvilke sikkerhedstyper, der bedst sikrer banken. Desuden er vurderingen udtryk for, at bestyrelsen skal kunne indse, at risikable engagementer kan medføre et tab, også på et tidspunkt hvor sådanne engagementer endnu ikke er nødlidende. Dvs.

²⁷⁷ Ibid., s. 1291-1294.

²⁷⁸ Ibid., s. 1291-1294.

²⁷⁹ Dette fremgik også direkte af kreditindstillingen til bestyrelsen.

²⁸⁰ Capinordic-sagen, s. 419-420. Soliditet er udtryk for en virksomheds evne til at imødegå tab, jf. Den Store Danske, Gyldendal (http://denstoredanske.dk/Samfund,_jura_og_politik/Økonomi/Regnskab_og_revision/soliditet, 18.05.17, kl. 12.02). En lav soliditetsgrad betyder, at virksomhedens evne til at imødegå tab er lav, dvs. at der er en høj risiko for, at de uækkede kreditorer ikke vil kunne indfries.

at risikoen for, at Banken ville lide et tab samt at lånet af et andet bestyrelsesmedlem blev anset som ubankmæssigt pga. soliditetsgraden, var nok til at statuere en uforsvarlig adfærd.

ADR og Oskar Jensen er udtryk for, at bestyrelsens adfærd i Banken blev vurderet strengt og at landsretten strakte sig langt for at tilsidesætte de foretagne skøn. I begge engagementer blev bestyrelsens forretningsmæssige skøn således tilsidesat, selvom der ikke umiddelbart var interessekonflikter, selvom kunderne ikke var nødlidende på tidspunktet for beslutningerne og selvom flere af de momenter, der ifølge landsrettens generelle bemærkninger skærper ansvarsnormen, ikke var til stede. Sammenlignet hermed er Højesterets vurdering i Brask Thomsen derfor lempet, idet vedkommende også her havde kendskab til den manglende sikkerhed og at låntager var i økonomiske vanskeligheder. Hertil kommer, at bestyrelsesmedlemmet i Brask Thomsen må antages at have haft en viden om begge selskabers økonomiske forhold netop fordi han var bestyrelsesmedlem i begge, hvorimod bestyrelsen i Banken som udgangspunkt alene havde kreditindstillinger at forholde sig til.

I *U2015.2075 H (Memory Card)* blev en bestyrelsesformand ikke fundet erstatningsansvarlig selvom denne undlod at videregive belastende oplysninger til den øvrige bestyrelse og selskabets revisorer om, at selskabets direktør opgjorde varelageret i strid med selskabets regnskabsprincipper og derved pyntede på regnskaberne. Oplysningerne kom fra en fratrådt økonomidirektør. Selskabet gik senere konkurs. Højesteret stadfæstede landsrettens dom med den begrundelse, at bestyrelsesformanden havde lavet en ”fejlvurdering”, men at dette ikke var tilstrækkeligt til, at den manglende orientering var uforsvarlig. Landsretten frifandt formanden med den begrundelse, at han med rette kunne gå ud fra, at revisionen ville klarlægge eventuelle uregelmæssigheder i varelagerets værdi. Landsretten udtalte dog om forholdet, at formanden burde være blevet mistænksom, da økonomidirektøren fratrådte pga. uenighed med direktøren og at det kunne ”bebrejdes” ham, at han ukritisk godtog direktørens forklaring, særligt henset til, at revisionen tidligere havde haft svært ved at opgøre varelagerets værdi.

I engagementet ”Synerco” burde Ørskov have indset, at Synerco var i alvorlige økonomiske vanskeligheder, alene på baggrund af udtalelser i pressen og at aftalen om en overførsel af et beløb fra Synerco til en tredjepart, der egentlig tilkom banken, blev indgået for at ”Synerco kunne komme ud af klemmen”.²⁸¹

Landsrettens vurdering af Ørskov er skærpet sammenlignet med Memory Card. I Memory Card blev bestyrelsesformanden netop ikke ansvarlig, selvom både landsret og højesteret angav, at denne burde have underrettet bestyrelsen. Hertil skal dog bemærkes, at Lindblad havde personlige interesser i aftalen med Synerco, hvilket landsretten også tillagde vægt ved vurdering af Ørskovs ansvar.

Som supplement til ovenstående inddrages *U2006.2637 H (AOF)* og *U2007.497 H (Calypso)*, der begge drejer sig om håbløshedstidspunktet. I *AOF*²⁸² blev AOF Aarhus erklæret konkurs i juni 2000 efter at have haft økonomiske vanskeligheder siden 1996, med underskud hvert år. Egenkapitalen blev negativ i 1998, og revisoren tog i årsregnskaberne for 1997 og 1998 forbehold for den videre drift. På trods heraf fandt Højesteret ikke, at der var handlet uforsvarligt ved at videreføre driften, idet bestyrelsen fik forevist positive budgetter for hvert år og idet denne reagerede på den negative drift ved at afholde flere bestyrelsesmøder, lægge planer for fremtiden og inddrage sagkyndig bistand.

I *Calypso* blev virksomheden erklæret konkurs i oktober 1996 efter blot ti måneders drift med et underskud på ca. 38 mio. kr. Virksomheden havde i hele perioden solgt rejser til priser, der lå under selskabets direkte omkostninger og havde på intet tidspunkt en reel indtjening. I et forsøg på at vende den negative drift valgte bestyrelsen i sommeren 1996 at fortsætte med at sælge til underskudsgivende priser. Ifølge Højesteret var selskabets praksis i hele dets levetid ”klart uforsvarlig”. Hertil kom, at bestyrelsen på intet tidspunkt havde afholdt egentlige bestyrelsesmøder og ikke ført tilsyn med den daglige drift og økonomien i selskabet. Alligevel fandt Højesteret, at bestyrelsen ”... i løbet af forholdsvis kort tid og i hvert fald i sommeren 1996 ville være blevet klar over, at selskabet havde

²⁸¹ Capinordic-sagen, s. 1274-1277. I vurderingen indgik også, at Ørskov ikke sikrede Banken en modydelse for aftalen.

²⁸² Ifølge Højesteret skulle bestyrelsesmedlemmerne i AOF bedømmes ligesom i almindelige virksomheder.

lidt betydelige tab, således at driften måtte indstilles... ". Dvs. at bestyrelsen alene havde handlet ansvarspådragende ved at fortsætte driften efter sommeren 1996.

Sammenlignet med ovenstående engagementer i Banken strækker domstolene sig meget langt for ikke at statuere et erstatningsansvar i AOF og Calypso, dvs. at domstolene er meget tilbageholdende med at tilsidesætte bestyrelsens forretningsmæssige skøn. I AOF foreligger der flere tidspunkter, hvor bestyrelsen er klar over, at organisationen er i betydelige økonomiske vanskeligheder (særligt henset til tabet af egenkapitalen og revisorens forbehold), og alligevel blev beslutningen om at fortsætte driften ikke tilsidesat. I Calypso finder højesteret endda, at også driften i perioden op til håbløshedstidspunktet var klart uforsvarlig, og gjorde alligevel ikke bestyrelsen ansvarlig for denne periode. Med andre ord blev forretningsmæssigt ”dårlige” beslutninger i begge afgørelser, der medførte en forøgelse af underskuddet, ikke tilsidesat som ansvarspådragende. Sammenligner man disse beslutninger med bestyrelsens bevillinger i ADR og Oskar Jensen, står det klart at landsretten i Capinordic-sagen er mere tilbøjelig til at tilsidesætte bestyrelsens forretningsmæssige risikable beslutninger, end det er tilfældet i AOF og Calypso. På den baggrund må forsvarlighedsvurderingen i finansielle virksomheder være strengere end i almindelige virksomheder. Der skulle således alene en risikabel beslutning til at statuere en tilsidesættelse af normen i engagementet Oskar Jensen, hvorimod bestyrelsen i Calypso ved den klart uforsvarlige drift havde tilsidesat helt grundlæggende regler for drift af en erhvervsvirksomhed, og ved denne adfærd alligevel ikke brød normen i en sådan grad, at der kunne statures et ansvar før sommeren 1996.

På baggrund af AOF og Calypso rejser der sig tillige spørgsmålet, om bestyrelsen i Banken findes erstatningsansvarlig på et tidligere tidspunkt, dvs. hvornår bestyrelsen bør indse, at en handling er så uforsvarlig, at der er risiko for tab.

Det interessante er, at bl.a. ADR og Oskar Jensen viser, at bestyrelsen i Banken bør indse at den risikable bevilling er uforsvarlig allerede fra starten af bevillingen og ikke først fra det tidspunkt hvor engagementet bliver nødlidende. I Calypso og AOF giver domstolene bestyrelsesmedlemmerne en forholdsvis lang snor før disse *bør indse* at en videre drift af virksomheden alene vil resultere i et større underskud, jf. bl.a. Højesterets formulering i

Calypso ”... og i hvert fald fra sommeren 1996 ville være blevet klar over” (vores understregning, se ovenfor). Med andre ord *burde* bestyrelsen i Banken på et tidligere tidspunkt (på tidspunktet for bevillingen) indse, at engagementet ikke var forsvarligt, og derfor er bestyrelsen i Banken underlagt en strengere forsvarlighedsvurdering. Dette betyder ikke, at bestyrelsen i Banken bliver ansvarlig på et tidligere tidspunkt, idet erstatningsansvaret indtræder på tidspunktet for den uforsvarlige handling, men at vurderingen er strengere, og at den uforsvarlige adfærd derfor indtræder tidligere.

Det betyder heller ikke, at et ellers forsvarligt engagement ikke kan medføre erstatningspligt senere, såfremt der indtræder en handlepligt/tabsbegrænsningspligt i det løbende forhold, jf. engagementet ”Guava A/S”.²⁸³

4.3.2.6. Hvilken betydning fik Fil.s regler på forsvarlighedsvurderingen i Capinordic-sagen?

Når det som ovenfor er sandsynliggjort, at bestyrelsen i Banken sammenlignet med almindelige virksomheder var underlagt en strengere ansvarsnorm bliver spørgsmålet, hvilken betydning reglerne i Fil. fik herpå.

Når landsretten i de generelle bemærkninger angiver, at en overtrædelse af Fil. eller Bankens interne regler ”...ikke i sig selv...”²⁸⁴ medfører et erstatningsansvar (fordi der tillige skal foreligge et *tab*) betyder det, at landsretten ved *forsvarlighedsvurderingen* lægger stor vægt på, om der rent faktisk er overtrådt en regel, og at dette skærper vurderingen hvis dette er tilfældet. Når bestyrelsen i finansielle virksomheder således er underlagt flere og mere detaljerede regler er det derfor naturligt, at grænsen for, hvad bestyrelsen kan blive ansvarlig for, hæves (se kap. 4.3.1.1. ovenfor). Dette kan bl.a. også ses derved, at vurderingen af Lindblads ansvar skærpes i de tilfælde, hvor denne har forbrudt sig imod Fil. § 73 (se kap. 4.3.2.4., punkt 6).

Finansiel Stabilitet procederede for, at kompetencekravene i Fil. § 64 medfører en skærpet ansvarsnorm.²⁸⁵ I kap. 4.3.1.2. er der også argumenteret for, at reglerne om egnethed

²⁸³ Capinordic-sagen, s. 1290-1291.

²⁸⁴ Ibid., s. 1262.

²⁸⁵ Capinordic-sagen, s. 1014.

og hæderlighed får en betydning for ansvarsnormen. Det fremgår dog ikke direkte af landsrettens præmisser, at reglerne herom fik en betydning.

En række faktorer tyder dog alligevel på, at landsretten tillægger bestyrelsesmedlemmernes kompetencer (og dermed også Fil. § 64) en vis værdi. Således angiver landsretten i de generelle bemærkninger, at vurderingen er ”... foretaget for hver enkelt af de sagsøgte på grundlag af den enkelte sagsøgtes viden om engagementet og medvirken til bevillingen.”²⁸⁶ Sammenholdt med landsrettens bemærkninger i konkrete engagementer kan det forstås således, at landsretten inddrager bestyrelsesmedlemmernes viden og ”burde viden”. Som eksempel kan nævnes at Ørskov i Synerco ”må have indset, at Synerco var i alvorlige økonomiske vanskeligheder.”²⁸⁷ Ligeledes kan der henvises til de ovennævnte engagementer ADR og Oskar Jensen, hvor bestyrelsen allerede fra tidspunktet for bevillingen skulle have indset, at disse var uforsvarlige.

Når landsretten tillægger viden og ”burde viden” betydning, må det betyde, at medlemmernes kompetencer tillægges vægt. Kravene til egnethed og hæderlighed i Fil. § 64 må således have indgået i landsrettens vurdering af, om en bevilling var forsvarlig eller ej. Dette stemmer overens med, at der generelt ved fastlæggelsen af ansvarsnormen indgår hvilke kompetencer det enkelte bestyrelsesmedlem er i besiddelse af (se kap. 4.2.2.).

At dette ikke fremgår særlig tydeligt af landsrettens præmisser kan være et tegn på, at landsretten er i tvivl om, *hvor stor* en betydning reglerne bør have på ansvarsnormen, henset til, at formålet med disse ikke er at pålægge et erstatningsansvar, at niveauet for kompetencekravene afhænger af den konkrete virksomhed, og at kravene i dag er mere udførlige end på tidspunktet for de konkrete handlinger. Ligeledes kan det have spillet en rolle, at parterne som nævnt under kap. 4.3.2.3. ikke havde begæret syn og skøn eller indhentet sagkyndige erklæringer om, hvad der udgør forsvarlig adfærd ved kreditgivning. Landsretten har således vanskeligt kunne afgøre hvilke oplysningerne der skulle inddrages ved bevillingerne af de enkelte engagementer og hvilken viden bestyrelsens medlemmer på den baggrund burde have.

²⁸⁶ Ibid., s. 1263.

²⁸⁷ Ibid., s. 1276.

Hertil kan nævnes, at visse af de momenter, der indgik i vurderingen af forsvarligheden i Capinordic også har en relation til bestyrelsens kompetencer. Således er landsrettens inddragelse af finanskrisen et tegn på, at der stilles særlige krav til, at bestyrelsen i finansielle virksomheder i kraft af deres kompetencer foretager de rette skøn og udviser en særlig agtpågivenhed, der tager højde for konjunkturudviklingen og de særlige risici, som virksomhederne i den finansielle sektor er udsat for. Det samme gør sig gældende for Finanstilsynets advarsler og forretningsmodellen.

Landsretten har således forudsætningsvis i de enkelte engagementer og i de generelle bemærkninger givet til kende, at der kræves mere af bestyrelsens skøn end i almindelige virksomheder. Af den grund er bestyrelsen i finansielle virksomheder underlagt en skærpet ansvarsnorm sammenlignet med bestyrelsen i almindelige virksomheder og det tyder på, at reglerne om egnethed og hæderlighed kan have spillet en rolle ved forsvarlighedsvurderingen.

4.4. Hvilken betydning får udfaldet af Capinordic-sagen i sagerne om Roskilde Bank A/S og Amagerbanken A/S?

4.4.1 Roskilde Bank A/S

Roskilde Bank A/S (herefter Roskilde Bank) blev d. 24. august 2008 overdraget til Nationalbanken og Det Private Beredskab til Afvikling af Nødlidende Banker, Sparekasser og Andelskasser (Det Private Beredskab).²⁸⁸

Som følge af, at landsretten i Capinordic-sagen afviste at gøre bestyrelsen ansvarlig for den samlede konkurs forventes det ikke, at sagsøger forsøger at gøre bestyrelsen ansvarlig for den samlede konkurs i Roskilde Bank, og såfremt dette er tilfældet, at landsretten ikke

²⁸⁸ Roskilde Bank-undersøgelsen, s. 8.

giver medhold heri. I stedet forventes det, at sagsøger lægger vægt på de enkelte tabsgivende engagementer.²⁸⁹ Dette begrundes *for det første* med, at Roskilde Banks forretningsmodel ikke var lige så risikabel som i Capinordic-sagen og i årene op til konkursen havde et betydeligt indtjeningspotentiale.²⁹⁰ *Og for det andet* vil det i overensstemmelse med Capinordic-sagen være vanskeligt at påvise årsagssammenhæng mellem en uforsvarlig ledelse/organisation og bankens tab, også selvom advokatundersøgelsen angiver, at Roskilde Banks organisation var i strid med ASL § 54 og Fil. § 71 (bl.a. ved mangelfuld kreditkontrol, manglende stillingtagen til risikoprofil og i vidt omfang at have overladt den overordnede og strategiske ledelse til direktionen).

Den følgende gennemgang fokuserer derfor på, hvilke momenter der vil skærpe hhv. lempe ansvarsvurderingen for de enkelte engagementer. Ved vurderingen heraf er der visse lighedstegn med Capinordic-sagen.

Således havde Roskilde Bank *for det første* en risikabel forretningsmodel, som bl.a. kom til udtryk ved at 46 % af bankens samlede udlån i 2007 angik ejendomssektoren²⁹¹ og at ca. 2,2 mia. kr. af det samlede tab på ca. 3,6 mia. stammede fra i alt 10 engagementer i sektoren.²⁹² Desuden var bankens udlån i aggressiv vækst (i 2005 og 2006 på over 50 %), hvilket var betydeligt mere end i sammenlignelige pengeinstitutter.²⁹³ Roskilde Banks forretningsmodel var dog ikke lige så risikabel som i Capinordic-sagen, idet bankens kunder ikke var nært forbundne.

²⁸⁹ Finansiell Stabilitet har på baggrund af Capinordic-sagen frafaldet påstanden om ansvar for den samlede konkurs, jf. bl.a. Svaneborg, Thomas. *Markant nederlag til Finansiell Stabilitet i sagen mod Roskilde Bank*. DR.dk, af 24.11.2015, kl. 12.41 (<https://www.dr.dk/nyheder/penge/markant-nederlag-til-finansiell-stabilitet-i-sagen-mod-roskilde-bank>), 16.05.17, kl. 12.05.

²⁹⁰ Roskilde Bank-undersøgelsen, s. 17-18, hvoraf fremgår, at bankens basisindtjening steg fra 152 mio. kr. til 720 mio. kr. i takt med stigende antal udlån.

²⁹¹ Ibid., s. 17-18.

²⁹² Ibid., s. 10.

²⁹³ Ibid., s. 17.

For det andet var der en omfattende brug af efterbevillinger (ca. 50 % af alle lån, som burde have været bevilget af bestyrelsen, blev i stedet efterbevilget²⁹⁴). Ligesom i Capinordic-sagen må bestyrelsen blive ansvarlig for hele lånet, såfremt efterbevillingen var uforsvarlig, fordi denne har accepteret bankens praksis herom.

For det tredje havde Finanstilsynet ved tilsynsbesøg påpeget, at risikoprofilen var problematisk og adskilte sig fra sammenlignelige pengeinstitutter,²⁹⁵ og at banken havde en lemfældig kreditpolitik og mangelfuld kreditorganisation.²⁹⁶ Hertil kommer, at Finanstilsynet ved tilsynsbesøg i både 2007 og 2008 påpegede, at bevillingsansøgninger ikke indeholdt en risikovurdering.²⁹⁷ Dette må føre til en væsentlig skærpelse af forsvarlighedsvurderingen, idet bestyrelsen herved har foretaget bevillinger på et mangelfuldt grundlag.

Modsat lemper det forsvarlighedsvurderingen, at der ikke af advokatundersøgelsen fremgår, at bankens eksterne revisor i årsrapporterne eller på anden måde havde advaret bestyrelsen om, at der var risiko for tab på porteføljen eller enkelte engagementer.²⁹⁸ Hertil kommer, at bankens konkurs omkring finanskrisens start ligger forud for Finanstilsynets generelle advarsel d. 19. december 2008 til sektoren om manglende nedbringelser trods forringelser af bonitet. Der kan således hverken lægges vægt på finanskrisen eller advarselen ved forsvarlighedsvurderingen.

4.4.2. Amagerbanken A/S

Amagerbanken A/S aktiver blev d. 6. februar 2011 overdraget til Finansiell Stabilitet. Heller ikke for Amagerbanken forventes det, at bestyrelsen bliver ansvarlig for den samlede konkurs. Dette begrundes med, at bankens forretningsmodel og risikoprofil havde visse fællestræk med Capinordic Bank A/S' og Roskilde Bank A/S' forretningsmodel (stor eksponering på ejendomsmarkedet der medførte at banken var sårbar overfor fald i ejendomspriserne, høj udlånsvækst og en portefølje med mange store engagementer særligt

²⁹⁴ Ibid., s. 61.

²⁹⁵ Ibid., s. 68-69.

²⁹⁶ Ibid., s. 60-70.

²⁹⁷ Ibid., s. 34 og 41.

²⁹⁸ Ibid., s. 66-73.

på valuta- og ejendomsmarkedet²⁹⁹). Desuden havde banken en forsvarlig organisation og opfyldte sine forpligtelser i medfør af Fil. §§ 70-71.³⁰⁰

Også i Amagerbanken kan der fremhæves en række momenter, der vil skærpe eller lempe forsvarlighedsvurderingen. Det *skærper* vurderingen, at Finanstilsynet siden tredje kvartal 2008 havde ført et aktivt tilsyn med banken og af flere omgange frem til konkursen havde kritiseret bankens utilstrækkelige nedskrivninger på udlånsengagementer og at banken ikke efterkom Finanstilsynets henstillinger og Fondsrådets påbud herom.³⁰¹

Idet Amagerbankens kollaps ligger længe efter finanskrisen og Finanstilsynets generelle advarsel fra december 2008, må disse forhold få en betydning ved ansvarsvurderingen. Men idet Amagerbankens forretningsmodel ikke var så risikabel og snæver som Capinordics, må det antages, at finanskrisen ikke har påvirket forretningsmodellen i samme omfang.

Bankens eksterne revision afgav i perioden 2007 til medio 2010 blanke revisionspåtegninger.³⁰² Om dette ligefrem lemper ansvarlighedsvurderingen er tvivlsomt, idet bestyrelsen som angivet i perioden fik gentagne advarsler om et øget nedskrivningsbehov mv. fra Finanstilsynet.

Advokatundersøgelsen hæfter sig særligt ved bankens tab på valutaengagementer. Fra maj 2009 til januar 2010 ydede banken bevillinger til kunder, hvis engagementer var nødlidende, og hvor sikkerhederne i disse var tæt på værdiløse.³⁰³ Det samlede tab udgjorde ca. 394 mio. kr. Lånene var som følge heraf uforsvarlige, idet de bl.a. stred imod Fil.s forsvarligheds- og forsigtighedsprincip og bankens egen kredit- og risikopolitik.³⁰⁴ På

²⁹⁹ Amagerbanken-undersøgelsen, s. 167-168. Undersøgelsen konkluderer i overensstemmelse med det ovenfor anførte, at bankens forretningsmodel og udlånsstrategi ikke har været ansvarspådragende.

³⁰⁰ Ibid., s. 32-33. Det kritiseres dog, at der i en periode var manglende funktionsadskillelse mellem direktionen og erhvervsafdelingen.

³⁰¹ Ibid., s. 36 og 68-71.

³⁰² Ibid., s. 46-90.

³⁰³ Amagerbanken-undersøgelsen, s. 191-193.

³⁰⁴ Ibid., s. 191-193.

baggrund af de oplysninger, der fremgår af undersøgelsen sammenholdt med de ansvars-pådragende forhold i Capinordic Bank A/S, må det anses for overvejende sandsynligt, at bestyrelsens medlemmer ifalder et erstatningsansvar herfor.

4.4.3. Fælles overvejelser for Roskilde Bank A/S og Amagerbanken A/S

Sagen mod ledelsen i Capinordic Bank A/S bar betydeligt præg af handler med nærtstående. Dette lader ikke til at være tilfældet i samme omfang i Roskilde Bank. I Amagerbanken er handler med nærtstående forekommet, men disse skete umiddelbart på markedsmæssige vilkår.³⁰⁵ Viser dette sig at være korrekt må det antages, at ledelsen er i stand til at løfte den omvendte bevisbyrde (4.3.2.2.). Som følge heraf vil Business Judgment Rule ved disse to retssager i langt højere grad finde anvendelse sammenlignet med Capinordic-sagen. Det medfører, at domstolene vil være mere tilbageholdende med at tilsidesætte bestyrelsens skøn.

Advokatundersøgelserne angiver ikke, om Finanstilsynet havde givet de to banker en advarsel på linje med dén Capinordic Bank i september 2008 fik om risikoen ved ejendoms-eksponeringer eller om Finanstilsynet ved sine tilsynsbesøg havde givet karakterer til bankernes engagementer. Såfremt Finanstilsynet har vurderet de enkelte engagementer vil det enten lempe eller skærpe vurderingen.

Sammenholder man de momenter, der har en indflydelse på ansvarsvurderingen, kan det forsigtigt antages, at bestyrelsen i Roskilde Bank vil blive underlagt en strengere forsvarlighedsvurdering end i Amagerbanken. Sammenlignet med Capinordic Bank lader det til, at der er mindst lige så mange skærpende omstændigheder i Roskilde Bank.

4.5. Delkonklusion

Bestyrelsen i finansielle virksomheder er underlagt en skærpet ansvarsnorm sammenlignet bestyrelsen i almindelige virksomheder. Ved vurderingen af, om en konkret handling

³⁰⁵ Ibid., s. 4-5.

eller undladelse har været uforsvarlig er det afgørende, om handlingen afviger fra bestyrelsesansvarsnormen. Normen fastlægges ud fra de opgaver og forpligtelser, som bestyrelsen er underlagt og de kompetencer, som hvert enkelt medlem forventes at besidde. Derfor medfører de detaljerede krav til bestyrelsens opgaver og forpligtelser i Fil., at minimumsgrænsen for, hvad bestyrelsen kan blive erstatningsansvarlig for, er højere. Ligeledes medfører kravene om egnethed og hæderlighed at bestyrelsesmedlemmerne, i kraft af deres viden og kompetencer, forventes at træffe bedre beslutninger. Der er med andre ord mindre plads til fejlskøn.

Dette er bekræftet i Capinordic-sagen, hvor bestyrelsens medlemmer blev underlagt en streng forsvarlighedsvurdering sammenlignet med bestyrelsen i almindelige virksomheder, og at de tilmed blev ansvarlige fra et tidligere tidspunkt – de skulle således allerede ved bevillingen kunne indse, at engagementet var uforsvarligt.

Selvom bestyrelsen i finansielle virksomheder således er underlagt en skærpet ansvarsnorm, er der ikke tale om et professionsansvar. Et professionsansvar kræver hjemmel, og bestyrelsen i finansielle virksomheder er underlagt culpereglen i SL § 361. Der er dog ingen tvivl om, at den skærpede ansvarsnorm indeholder momenter, der tilnærmer ansvaret et professionsansvar.

Kapitel 5 – Konklusion

Formålet med denne afhandling var at finde frem til, hvilke krav der stilles til bestyrelsens opgaver og kompetencer i finansielle virksomheder samt hvilken ansvarsnorm bestyrelsen er underlagt.

Hvor reglerne i SL og Fil. til den overordnede og strategiske ledelse danner rammerne for bestyrelsens opgaver, er det interessant at der for finansielle virksomheder stilles særlige krav til bestyrelsesmedlemmernes kompetencer, der skal sætte dem i stand til at varetage disse på en forsvarlig måde. Det mest interessante er dog hvilken betydning opgaverne, og særligt kompetencekravene, får på vurderingen af bestyrelsens erstatningsansvar.

Bestyrelsen i finansielle virksomheder er underlagt den almindelige culperegulering i SL § 361. For at ifalde et erstatningsansvar skal det pågældende bestyrelsesmedlem have handlet uforsvarligt. Hvorvidt dette er tilfældet vurderes på baggrund af den ansvarsnorm, som bestyrelsen i finansielle virksomheder er underlagt. Det er bestyrelsens opgaver, forpligtelser og kompetencer der danner udgangspunktet for bestyrelsens ansvarsnorm. Hvor bestyrelsens *opgaver og forpligtelser* fastlægger hvad bestyrelsen som minimum skal foretage sig, fastlægger bestyrelsens *kompetencer og viden*, hvilket faglige niveau der forventes af dens beslutninger.

Analysen af de særlige krav i Fil. til bestyrelsens opgaver, forpligtelser og kompetencer viser, at bestyrelsen i finansielle virksomheder er underlagt en strengere ansvarsnorm sammenlignet med bestyrelsen i almindelige virksomheder.

Som følge af reguleringen i Fil. §§ 65, 70-71 og ledelsesbekendtgørelsen er bestyrelsen i finansielle virksomheder underlagt skærpede krav i forbindelse med udførelsen af dens *opgaver og forpligtelser* sammenlignet med almindelige virksomheder. Selvom flere af opgaverne i Fil. også vil være en del af bestyrelsens arbejde i almindelige virksomheder, er forskellen netop at de er lovfæstede og at de som følge af den omfattende detailregulering i ledelsesbekendtgørelsen er særligt tilpasset finansielle virksomheder. Bestyrelsen

i finansielle virksomheder får som følge heraf en mere fremtrædende og aktiv rolle. Det medfører, at minimumsgrænsen for hvad bestyrelsen skal foretage sig for ikke at blive erstatningsansvarlig, er højere, idet der skal mere til for at kravet om forsvarlig ledelse er opfyldt.

Reglerne om egnethed og hæderlighed stiller krav til det enkelte bestyrelsesmedlems *kompetencer og viden*, og til den samlede bestyrelse. Kravene fører til en professionalisering af bestyrelsen i finansielle virksomheder, idet der forventes en høj standard af bestyrelsens medlemmer. Det medfører, at bestyrelsen i finansielle virksomheder underlægges en strengere ansvarsnorm end bestyrelsen i almindelige virksomheder, idet der ikke stilles tilsvarende krav i SL.

Kravet om individuel egnethed i Fil. § 64, stk. 1 sikrer, at alene personer med en vis faglig standard kan sidde i bestyrelsen. I vurderingen af egnetheden indgår særligt om vedkommende har relevant uddannelse, relevant erhvervs erfaring og relevant ledelseserfaring. At kompetencerne skal være relevante betyder, at de skal være tilstrækkelige til, at personen er i stand til varetage sit hverv forsvarligt, dvs. er i stand til at udføre de opgaver og forpligtelser som vedkommende er underlagt i medfør af Fil. og i forhold til den konkrete virksomhed. Det betyder ikke, at det alene er toppen af erhvervslivet, der kan sidde i bestyrelsen, men at der stilles flere krav til bestyrelsesmedlemmernes kompetencer i finansielle virksomheder end i almindelige virksomheder. Forskellen er netop, at kravene er lovfæstede. Ved siden af kravet i Fil. § 64, stk. 1 medfører kravet om gennemførelse af et grundkursus i Fil. § 64b, at bestyrelsens medlemmer opkvalificeres efter indtræden i bestyrelsen og herigennem får en vis indsigt i finansielle virksomheders forhold.

Hvor reglerne om egnethed indeholdt adgangskravene til bestyrelsen, sikrer kravet om hæderlighed i Fil. § 64, stk. 2 og 3, at bestyrelsens høje standard bevares. Således kan Finanstilsynet påbyde bestyrelsesmedlemmer, der ”på papiret” opfylder kravene til individuel egnethed, at nedlægge hvervet hvis de ikke varetager dette forsvarligt. Praksis fra Finanstilsynet og Erhvervsankenævnet viser, at særligt gentagne overtrædelser, manglende overholdelse af påbud samt uvedkommende personlige interesser medfører at vedkommende ikke har varetaget hvervet forsvarligt.

Bestyrelsens kollektive egnethed efter Fil. § 70, stk. 4 udgøres af summen af hvert enkelt medlems kompetencer. Derfor er kravene hertil højere end for den individuelle egnethed, hvilket kan medføre, at hvert enkelt medlem er individuelt egnet, men at den samlede bestyrelse kollektivt ikke er det. Kravet om grund- og specialviden sætter bestyrelsen i stand til at anfægte direktionen på alle forretningsområder, også hvor der kræves særlige kompetencer. Selvom kravet er kollektivt får det betydning for ansvarsnormen, idet bestyrelsen skal sikre sig at medlemmet med specialviden deltager i de beslutninger, hvor dennes viden er nødvendig. Sker det ikke, har den øvrige bestyrelse ikke sikret sig et forsvarligt beslutningsgrundlag.

Analysen af Capinordic-sagen bekræfter, at bestyrelsen i finansielle virksomheder er underlagt en strengere ansvarsnorm sammenlignet med bestyrelsen i almindelige virksomheder. Dette kommer til udtryk ved, at bestyrelsen i Capinordic sammenlignet med udvalgte selskabsretlige afgørelser blev bedømt strengt. Analysen viser også, at bestyrelsen i finansielle virksomheder på et tidligere tidspunkt (i Capinordic på tidspunktet for bevillingen) skal indse, at en konkret handling er uforsvarlig.

Ved bedømmelsen af de enkelte engagementer lagde landsretten vægt på en række momenter, der skærpede kravene til bestyrelsens agtpågivenhed og derved forsvarlighedsvurderingen. Særligt finanskrisen og finanstilsynets advarsler og vurderinger blev tillagt betydelig vægt. Finanskrisen blev tillagt stor betydning fordi bestyrelsen i finansielle virksomheder ved konkrete beslutninger forventes at inddrage de særlige risici, som krisen påfører virksomheden og dens kunder. Bestyrelsen skulle derudover udvise en særlig agtpågivenhed fordi finanskrisen medførte, at bankens forretningsmodel ikke længere havde et betydeligt indtjeningspotentiale. I den almindelige selskabsret tillægges kriser og konjunkturudsving ikke betydning, jf. U2007.497 H (Calypso). Tilsvarende er Finanstilsynets advarsler og vurderinger særegne for finansielle virksomheder og derfor udtryk for en skærpelse. Hvor advarslerne øgede kravet til agtpågivenhed ved konkrete skøn i tiden herefter, blev vurderingerne afgørende for om en konkret bevilling var forsvarlig. Offentlige myndigheders reaktioner eller mangel herpå spiller dog også en rolle for almindelige virksomheder, jf. U2016.1870 H (Gul feber).

Hvor der i retslitteraturen lægges betydelig vægt på fastlæggelsen af indholdet af ansvarsnormen, kommer dette ikke i lige så stort omfang til udtryk i landsrettens præmisser i Capinordic-sagen.

Selvom landsretten lagde vægt på, om bestyrelsen havde overholdt sine opgaver og forpligtelser, særligt kreditpolitikken, anførte retten, at en overtrædelse heraf ikke i sig selv medfører et erstatningsansvar. En overtrædelse medfører således alene en formodning for, at der er handlet uforsvarligt. Udtalelsen er et udtryk for, at det er vanskeligt at bevise årsagssammenhængen mellem overtrædelsen og tabet.

Landsretten undlod helt at tage stilling til, hvilken betydning reglerne om egnethed og hæderlighed har på ansvarsnormen. Men når bestyrelsen sammenlignet med den almindelige selskabsret blev bedømt strengt og når landsretten i flere engagementer stillede strenge krav til medlemmernes ”burde viden”, må kravene til egnethed og hæderlighed have spillet en rolle.

Capinordic-sagen bar præg af, at der i flere engagementer forelå interessekonflikter. Hvor sådanne foreligger, viser landsrettens præmisser, at Business Judgement Rule ikke gælder, at der foretages en skærpet prøvelse af skønnet, og at bestyrelsen pålægges en ”dobbel” omvendt bevisbyrde. Det er herefter op til bestyrelsen at påvise 1) at handlingen var forsvarlig og 2) at virksomhedens interesse ikke blev tilsidesat. Hvor der foreligger en interessekonflikt, vil det således medføre en betydelig skærpelse af forsvarlighedsvurderingen. Dette gælder også for almindelige virksomheder, men det særlige for finansielle virksomheder er, at der stilles strengere krav til bestyrelsens beslutningsgrundlag og uafhængighed og at marginen for fejlskøn er mindre som følge af bestyrelsens højere faglige standard. Derfor er anvendelsesområdet for Business Judgement Rule indskrænket.

Om bestyrelserne i de verserende sager i Roskilde Bank og Amagerbanken bedømmes strengere eller lempeligere end bestyrelsen i Capinordic, afgøres ud fra de konkrete omstændigheder heri. Det forventes dog, at de underlægges en lignende ansvarsnorm som i Capinordic, og at nogle af de skærpene momenter for ansvarsvurderingen inddrages. Når landsretten i Capinordic som følge af manglende årsagssammenhæng ikke gjorde

bestyrelsen ansvarlig for den samlede konkurs, må det ligeledes forventes, at Finansiell Stabilitet alene forsøger at gøre bestyrelsen ansvarlig for konkrete engagementer.

I sagerne forelå der ikke interessekonflikter i samme omfang som i Capinordic, dvs. at domstolene i sagerne vil være mere tilbageholdende med at tilsidesætte bestyrelsens skøn.

Selvom bestyrelsen i finansielle virksomheder er underlagt en skærpet ansvarsnorm sammenlignet med almindelige virksomheder, er der ikke tale om et professionsansvar. Et sådant kræver særlig hjemmel. På baggrund af de særlige regler i Fil. indeholder ansvarsnormen dog momenter, der minder om professionsansvar. Således er der tale om branchespecifikke regler, og disse regler stiller særlige krav til bestyrelsens faglige niveau for at sikre en høj standard.

Litteraturliste

1. Lovgivning og forarbejder

1.1. Lov om finansiel virksomhed

1.1.1. Love og lovbekendtgørelser

- Lov nr. 453 af 10. juni 2003 om finansiel virksomhed (hovedloven).
- Lov nr. 579 af 1. juni 2010 om ændring af lov om finansiel virksomhed, lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v., lov om Danmarks Nationalbank og forskellige andre love.
- Lov nr. 1490 af 23. december 2014 om ændring af lov om finansiel virksomhed, lov om værdipapirhandel m.v., lov om betalingstjenester og elektroniske penge og forskellige andre love.
- Lovbekendtgørelse nr. 174 af 31. januar 2017 om finansiel virksomhed.

1.1.2. Lovforslag

- Lovforslag nr. 176 om lov om finansiel virksomhed. Fremsat d. 12. marts 2003 af økonomi- og erhvervsminister Bendt Bendtsen.
- Lovforslag nr. 197 om ændring af lov om finansiel virksomhed, lov om værdipapirhandel m.v. og lov om gevinstopsparing. Fremsat d. 29. marts 2006 af økonomi- og erhvervsminister Bendt Bendtsen.
- Lovforslag nr. 102 om ændring af lov om finansiel virksomhed og forskellige andre love. Fremsat d. 12. marts 2008 af økonomi- og erhvervsminister Lene Espersen.
- Lovforslag nr. 171 om ændring af årsregnskabsloven, lov om finansiel virksomhed og forskellige andre love (ændringer som følge af selskabsloven). Fremsat d. 25. marts 2009 af økonomi- og erhvervsminister Lene Espersen.
- Lovforslag nr. 175 om ændring af lov om finansiel virksomhed, lov om realkreditlån og realkreditobligationer m.v, lov om Danmarks Nationalbank og forskellige andre love. Fremsat d. 26. marts 2010 af økonomi- og erhvervsminister Brian Mikkelsen.
- Lovforslag nr. 133 om ændring af lov om finansiel virksomhed og forskellige andre love. Fremsat d. 7. februar 2014 af erhvervs- og vækstminister Henrik Sass Larsen.

- Lovforslag nr. 73 om ændring af lov om finansiel virksomhed, lov om værdipapirhandel m.v., lov om betalingstjenester og elektroniske penge og forskellige andre love. Fremsat d. 14. november 2014 af erhvervs- og vækstminister Henrik Sass Larsen.
- Lovforslag nr. 119 om ændring af lov om finansiel virksomhed, lov om værdipapirhandel m.v., straffeloven, retsplejeloven, lov om forvaltere af alternative investeringsfonde m.v. og forskellige andre love. Fremsat d. 29. januar 2014 af erhvervs- og vækstminister Henrik Sass Larsen.

1.2. Lov om aktie- og anpartsselskaber

- Betænkning nr. 1498/2008 om Modernisering af selskabsretten.
- Lovforslag nr. 170 om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven). Fremsat d. 25. marts 2009 af økonomi- og erhvervsminister Lene Espersen.
- Lov nr. 470 af 12. juni 2009 om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven) - hovedloven.
- Lovbekendtgørelse nr. 1089 af 14. september 2015 om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven).

1.3. Anden lovgivning

- Lovbekendtgørelse nr. 1065 af 22.08.2013 om forsikringsformidling.
- Lovbekendtgørelse nr. 11 af 6. januar 2014. Konkurslov.
- Lovbekendtgørelse nr. 613 af 24.04.2015 om betalingstjenester og elektroniske penge.
- Lovbekendtgørelse nr. 1052 af 4. juli 2016. Straffeloven.
- Lovbekendtgørelse nr. 1167 af 09.09.2016 om godkendte revisorer og revisionsvirksomheder.

1.4. EU-retlig regulering

- Kreditinstitutdirektivet: Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/48/EF af 14. juni 2006 om adgang til at optage og udøve virksomhed som kreditinstitut.
- Europa-Parlamentets og Rådets Forordning (EU) nr. 1093/2010 af 24. november 2010 om oprettelse af en europæisk tilsynsmyndighed (Den Europæiske Bankmyndighed), om ændring af afgørelse nr. 716/2009/EF og om ophævelse af

Kommissionens afgørelse 2009/78/EF.

- CRD IV-direktivet: Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2013/36/EU af 26. juni 2013 om adgang til at udøve virksomhed som kreditinstitut og om tilsyn med kreditinstitutter og investeringselskaber, om ændring af direktiv 2002/87/EF og om ophævelse af direktiv 2006/48/EF og 2006/49/EF.

1.5. Bekendtgørelser og vejledninger

1.5.1. Bekendtgørelser

- Bekendtgørelse nr. 1154 af 18. december 1994 om Erhvervsankenævnet.
- Bekendtgørelse nr. 1026 af 30. juni 2016 om ledelse og styring af pengeinstitutter m.fl. (Ledelsesbekendtgørelsen).
- Bekendtgørelse nr. 1424 af 29. november 2016 om grundkursus for medlemmer af bestyrelsen i pengeinstitutter, realkreditinstitutter og forsikringselskaber (Grundkursusbekendtgørelsen).

1.5.2. Vejledninger

- Vejledning nr. 10114 for pengeinstitutter i henhold til § 71, stk. 1, nr. 1-8, i lov om finansiel virksomhed.
- Finanstilsynets vejledning af 12. juni 2012 til evaluering af bestyrelsens viden og erfaring for hhv. kreditinstitutter, skadesforsikringselskaber og livsforsikringselskaber og tværgående pensionskasser.
- Finanstilsynets Faktaark af 12. juni 2012 – Krav til viden og erfaring i bestyrelser.
- Fit&proper-vejledningen: Finanstilsynets vejledning nr. 9291 af 15.05.2014 om krav i den finansielle lovgivning til direktørers og bestyrelsesmedlemmers egnethed og hæderlighed (fit og proper).

2. Regulering fra europæiske myndigheder

2.1. Kommissionen

- KOM(2010) 284 endelig af 2. juni 2010 - *Grønbog om Corporate Governance i finansielle institutioner og aflønningspolitik.*

- SWD(2016) 377 final/2 - *Commission staff working document. Impact assessment. Accompanying the document. Proposal amending: - Regulation (EU) No 575/2013 on prudential requirements for credit institutions and investment firms; - Directive 2013/36/EU on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms; - Directive 2014/59/EU establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms; - Regulation (EU) No 806/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 July 2014 establishing uniform rules and a uniform procedure for the resolution of credit institutions and certain investment firms in the framework of a Single Resolution Mechanism and a Single Resolution Fund* af 24.11.2016.

2.2. European Banking Authority (EBA)

- EBA/GL/2012/06 af 22. november 2012. *Retningslinjer for vurdering af egnetheden af medlemmer af ledelsesorganet og personer med nøgelfunktioner.*
- EBA/CP/2016/17 af 28. oktober 2016. *Consultation Paper - Joint ESMA and EBA Guidelines on the assessment of the suitability of members of the management body and key function holders under Directive 2013/36/EU and Directive 2014/65/EU.*

3. Afgørelser

3.1. Domme

3.1.1. Danske domme

- U 1961.515 H (A/S Filotex)
- U 1981.973 H (Røde Vejmølle)
- U 1997.364 H (Satair Holding)
- U 2001.873 H (Konkursboet ASX)
- U 2003.915 Ø (arkitekt Jan Nørgaard)
- U 2003.317 H (Brask Thomsen)
- U 2006.3050 H (Taster Wine A/S)
- U 2007.497 H (Calypso Verdensrejser A/S)
- U 2011.1290 H (Brdr. Erleben A/S)

- U 2013.1312 H (Grundejerforeningen)
- Østre landsrets dom af 9. oktober 2015, 13. afd. nr. B-876-11 og nr. B-877-11 (Capinordic Bank A/S)
- U 2015.2075 H (Memory Card)
- FED 2016.92 (EBH Fonden)
- U 2016.1870 H (Gul feber)

3.1.2. Domme fra EU-domstolen

- Domstolens dom i 6/64, Costa mod ENEL
- Domstolens dom i 14/83, Von Colson og Kamann
- Domstolens dom i 2/88, Zwartveld
- Domstolens dom i 11/7, Internationale Handelsgesellschaft

3.2. Administrativ praksis

- Erhvervsankenævnets kendelse af 5. marts 1999, J.nr. 98-89.155 (Finanstilsynets tilkendegivelser vedrørende et pengeinstituts forretningsorden, protokollering, bevillingskompetence m.v. tiltrådt).
- Finanstilsynets afgørelse af 26. oktober 2004.
- Finanstilsynets afgørelse af 27. maj 2010 (offentliggjort d. 1. juni 2010) - Lov om finansiel virksomhed § 64, stk. 1 – manglende egnethed til at bestride stilling som direktør i skadesforsikringsselskab.
- Finanstilsynets afgørelse af 6. december 2010 (offentliggjort d. 17. februar 2011) - Lov om betalingstjenester § 18 – Fit & proper vurdering af udbyder af betalingstjenester.
- Finanstilsynets afgørelse af 11. februar 2011 (offentliggjort 17. februar 2011) - Lov om betalingstjenester § 18 - Fit & proper vurdering af udbyder af betalings-tjenester.
- Erhvervsankenævnets kendelse af 25. marts 2011 (J.nr. 2010-0022787).
- Finanstilsynets afgørelse af 22. august 2011 (offentliggjort 29. august 2011) - Lov om betalingstjenester § 18 - Vurdering af egnethed som personligt ansvarlig for virksomhed med pengeoverførsel.
- Finanstilsynets afgørelse af 12. december 2012 (offentliggjort d. 20. december

- 2012).
- Finanstilsynets afgørelse af 17. december 2012 (offentliggjort d. 20. december 2012) - Lov om finansiel virksomhed § 64, stk. 2, nr. 4 - Vurdering af bestyrelsesmedlems egnethed.
 - Erhvervsankenævnets kendelse af 17. oktober 2014 (j.nr. 2014-0036307) - Bestyrelsesmedlem pålagt at nedlægge hverv med øjeblikkelig virkning. Lov om finansiel virksomhed § 64, stk. 3, nr. 4.
 - Finanstilsynets afgørelse af 23. oktober 2014 (offentliggjort d. 24. oktober 2014) - Ansøgning om tilladelse til at drive forsikringsmæglervirksomhed med [Udeladt] som direktør.
 - Finanstilsynets afgørelse af 15. september 2015 (offentliggjort d. 18. september 2015) - Påbud om afsættelse af direktør [udeladt] i medfør af § 351, stk. 1, i lov om finansiel virksomhed.
 - Finanstilsynets afgørelse af 16. september 2015 - Ansøgning om tilladelse til at drive virksomhed med udstedelse af elektroniske penge med [udeladt] som direktør.
 - Erhvervsankenævnets kendelse af 21. december 2016 (J.nr. 2016-6608) - Bestyrelsesmedlemmer i B (andelskasse) pålagt at nedlægge deres hverv som bestyrelsesmedlemmer i 5 år, da der er grund til at antage, at de ikke vil kunne varetage deres hverv på forsvarlig måde.

4. Juridisk litteratur

4.1. Bøger

- Andersen, Paul Krüger. *Aktie- og anpartsselskabsret. Kapitalselskaber*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 13. udgave, 2017 (Refereret til som: Andersen).
- Andersen, Lennart Lyng og Schaumburg-Müller, Peer. *Finansselskabsret - samspillet mellem selskabsret og kapitalmarkedsret*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave 2010. (refereret til som: Andersen og Schaumburg-Müller).
- Baldvinsson, Cato, Bender, Torben, Busck-Nielsen, Kim og Rasmussen, Flemming Nytoft. *Dansk Bankvæsen*. Karnov Group Denmark A/S, 6. udgave 2011(Refereret til som: Baldvinsson m.fl.).

- Blume, Peter. *Retssystemet og juridisk metode*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 3. udgave 2016 (Refereret til som: Blume).
- Brenøe, Thomas, Hjetting, Merete, Simonsen, Marianne og Stadil, Malene. *Lov om finansiel virksomhed – med kommentarer*. Karnov Group Denmark A/S, 3. udgave 2016 (Refereret til som: Brenøe m.fl.).
- Bunch, Lars og Rosenberg, Ida. *Selskabsloven med kommentarer*. Karnov Group Denmark A/S, 2. udgave 2014.
- Clausen, Nis Jul, Jensen, Camilla Hørby, Jørgensen, Tanja, Legind, Nina Dietz, Løfquist, Mette Winther og Pedersen, Hans Viggo Godsk. *Bankjura – udvalgte emner*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave 2013 (Refereret til som: Clausen m.fl.).
- Christensen, Jan Schans. *Kapitalselskaber – Aktie- og anpartsselskabsret*. Karnov Group A/S, 4. udgave 2014 (Refereret til som: Christensen).
- Eyben, Bo von og Isager, Helle. *Lærebog i erstatningsret*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 8. udgave 2015.
- Garde, Jens, Jensen, Jørgen Albæk, Jensen, Orla Friis, Madsen, Helle Bødker, Mørup, Søren Højgaard og Revsbech, Karsten m.fl. *Forvaltningsret. Almindelige emner*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 6. Udgave 2016.
- Gomard, Bernhard. *Moderne erstatningsret*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 2002.
- Gomard, Bernhard og Schaumburg-Müller, Peer. *Kapitalselskaber og erhvervsdrivende fonde*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 8. udgave 2015 (Refereret til som: Gomard m.fl.).
- Hansen, Lone L. og Werlauff, Erik. *Den juridiske metode – en introduktion*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave 2016 (Refereret til som: Hansen og Werlauff).
- Hansen, Søren Friis og Krenchel, Jens Valdemar. *Dansk selskabsret 2. Kapital-selskaber*. Karnov Group Danmark A/S, 4. udgave 2014 (Refereret til som: Hansen og Krenchel).
- Juul, Henrik, Meding, Frederik og Schaumburg-Müller, Peer. *Vennebog til Lenart Lyngge Andersen*. Karnov Group Denmark A/S, 1. udgave 2012.
- Kure, Henrik. *Finansieringsret*. Karnov Group Denmark A/S, 1. udgave 2015.

- Lett, Jesper, Samuelson, Morten og Søgaard, Kjeld. *Bestyrelsesansvaret*. Forsikringshøjskolens Forlag, 1. udgave 1997.
- Nielsen, Ruth og Tvarnø, Christina D. *Retskilder & retsteorier*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. udgave 2014 (Refereret til som: Tvarnø).
- Schaumburg-Müller, Peer og Erik Werlauff. *Selskabsloven med kommentarer*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udgave 2014 (Refereret til som: Schaumburg-Müller og Werlauff, 2014).
- Sofsrud, Thorbjørn. *Bestyrelsens beslutning og ansvar. Spørgsmål til bedømmelse af bestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar*. Greens§Jura, Akademisk Forlag A/S, 1. udgave 1999.
- Werlauff, Erik. *Selskabsret*. Karnov Group Denmark A/S, 10. udgave 2016 (Refereret til som: Werlauff).

4.2. Juridiske artikler

- Andersen, Lennart Lyng og Schaumburg-Müller, Peer. *Anmeldelse af Mette Neville & Karsten Engsig Sørensen (red.): "Selskaber aktuelle emner"*. Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2014, side 359f.
- Berg, Jesper og Ramlau-Hansen, Henrik. *Bankbestyrelsens byrder - en replik*. Finans/Invest 01/februar 2017, side 14 f. (refereret til som: Berg og Ramlau-Hansen).
- Birkmose, Hanne Søndergaard. *Ledelsen af finansielle virksomheder - status quo eller skærpede krav?* Nordisk tidsskrift for selskabsret 2011, 1. udgave, side 47ff. (NTS2011:1).
- Birkmose, Hanne Søndergaard. *Finanstilsynets skærpede krav til bestyrelsen i pengeinstitutterne*. Udgivet i Legind, Nina Dietz, Mortensen, Bent Ole Gram, Sørensen, Karsten Engsig og Pedersen, Hans Viggo Godsk. *Festskrift til Nis Jul Clausen*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave 2013.
- Birkmose, Hanne Søndergaard, Clausen, Nis Jul og Ohnemus, Lars. *Bankbestyrelsens byrder – jura, risikostyring eller forretningsudvikling?* Finans/Invest 01/februar 2017, side 6 ff. (Refereret til som: Birkmose m.fl.).
- Fode, Carsten og Sørensen, Mads Reinholdt. *Retsopgøret i den finansielle sektor – afsmitning på det almindelige bestyrelsesansvar?* Publiceret i: Neville, Mette

- og Sørensen, Karsten Engsig. *Selskaber. Aktuelle emner*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave 2013, side 332, 336 og 343.
- Gomard, Bernhard. *Bestyrelsesansvar*. Ugeskrift for Retsvæsen 1993, side 145f. (U.1993B.145).
 - Jensen, Camilla Hørby. *Ændrede regler for pengeinstitutters ledelse - helliger midlet målet?* Ugeskrift for Retsvæsen 2011, side 275 (U.2011B.275) - Refere-ret til som: Jensen.
 - Werlauff, Erik. *Capinordic- dommen – første dom om ledelsesansvar efter fi-nanskrisen*. Revision&Regnskabsvæsen, 12. udgave 2015, side 44f. (RR.2015.12.0044).

5. OMX og soft law

- "Anbefalinger for god selskabsledelse" udarbejdet af Komitéen for god selskabsledelse (maj 2013 og opdateret november 2014).
- Regler for udstedere af aktier (af 3. juli 2016) udstedt i medfør af § 21 i værdipapirhandelsloven (lovbekendtgørelse nr. 251 af 21. marts 2017 om værdipapirhandel mv.).

6. Juridiske analyser og undersøgelser

- *Advokatundersøgelser. Praktisk vejledning til udførelse af advokatundersøgelser*. Danske Advokater, 2. februar 2012.
- Christensen, Jens. *Advokatundersøgelse af visse forhold i Amagerbanken A/S*. 30. marts 2012 ("Amagerbanken-undersøgelsen").
- Fode, Carsten. *Redegørelse – om undersøgelse af visse forhold i Capinordic Bank A/S*. August 2010.
- Rangvid-rapporten: DEN FINANSIELLE KRISE I DANMARK - årsager, konsekvenser og læring. Erhvervs- og vækstministeriet, 2013 (udarbejdet af Rangvid-udvalget).
- Rigsrevisionens Beretning til Statsrevisorerne om tildelingen af individuel statsgaranti til Amagerbanken A/S, oktober 2011.
 - o <http://www.rigsrevisionen.dk/media/1819497/1-2011.pdf> (15. maj 2017, kl. 11.18)

- Skipper-Pedersen, Mogens og Stenbjerre, Henrik. *Redegørelse for advokatundersøgelse af visse forhold i Roskilde Bank*. 24. juli 2009 ("Roskilde Bank-undersøgelsen").

7. Andet

7.1. Nyhedsartikler

- Ritzau. *Her er de syv retssager mod topfolk i krakkede banker*. Politiken.dk d. 20. oktober 2014 kl. 07.28 (<http://politiken.dk/oekonomi/virksomheder/article5593035.ece>) - downloadet d. 05.02.2017, kl. 18.57.
- Svaneborg, Thomas. *Markant nederlag til Finansiell Stabilitet i sagen mod Roskilde Bank*. DR.dk d. 24.11.2015, kl. 12.41 (<https://www.dr.dk/nyheder/penge/markant-nederlag-til-finansiell-stabilitet-i-sagen-mod-roskilde-bank>), downloadet d. 16.05.17, kl. 12.05.

7.2. Hjemmesider

- <https://www.esma.europa.eu/about-esma/who-we-are> (03.03.2017, kl. 16.03).
- <http://www.eba.europa.eu/about-us> (08.03.2017, kl. 15.56).
- <https://www.finanstilsynet.dk/Lovgivning/EU-lovsamling/Retsakter/CRR-CRDIV/EBA-GL-2012-06> (8. marts 2017, kl. 15.19).
- http://denstoredanske.dk/Samfund,_jura_og_politik/Økonomi/Samfundsøkonomiske_forhold/Finanskrisen (9. marts 2017, kl.09.03)
- <https://www.finanstilsynet.dk/Om-os/Finanstilsynets-opgaver> (10.03.2017, kl. 09.52).
- <https://erhvervsstyrelsen.dk/om-erhvervsankenaevnet> (10.03.2017, kl. 10.19).
- Dansk sprognævn. <https://dsn.dk/?retskriv=påse&ae=0> (15.03.2017, kl. 12.21)
- Finansrådets kommentar af 29.06.2011 om "Forskellen mellem solvens og likviditet" (<http://www.finansraadet.dk/Politik/Pages/kommentarer/2011/forskellen-mellem-solvens-og-likviditet.aspx>, 21.03.2017, kl. 12.01).
- <http://ordbog.gyldendal.dk.proxy3-bib.sdu.dk:2048/#/pages/result/dade/ausreichende/expert> (af 07.04.2017, kl. 08.32).
- <http://ordbog.gyldendal.dk.proxy3-bib.sdu.dk:2048/#/pages/result/dafr/necessaires/expert> (af 07.04.2017, kl. 08.42).

- <http://ordbog.gyldendal.dk.proxy3-bib.sdu.dk:2048/#/pages/result/enda/sufficient/expert> (af 07.04.2017, kl. 08.49).
- <http://ordbog.gyldendal.dk.proxy3-bib.sdu.dk:2048/#/pages/result/deda/angemessene/expert> (af 07.04.2017, kl. 09.22).
- <http://ordbog.gyldendal.dk.proxy3-bib.sdu.dk:2048/#/pages/result/frda/ad%C3%A9quate/expert> (af 07.04.2017, kl. 09.26).
- <https://www.finanstilsynet.dk/da/Lovgivning/Information-om-udvalgte-tilsynsomraader/Governance/Krav-til-bestyrelsesmedlemmers-viden-og-erfaring> (15. april 2017, kl. 15.52).
- https://www.danskebank.com/da-dk/om-os/ledelse/bestyrelse/Documents/Bestyrelsens%20kompetenceprofil_20160929.pdf (17.04.2017, kl. 10.30).
- Økonomi- og Erhvervsministeriet: Notat om ændringer af bestemmelserne om ledelse og styring af finansielle virksomheder - L 175 (Erhvervsudvalget 2009-10, L 175 Bilag 4) af 27. april 2010.
- http://denstoredanske.dk/Samfund,_jura_og_politik/Økonomi/Regnskab_og_revision/soliditet (af 18.05.17, kl. 12.02).