

I. Introduktion til ansvar og ansvarsforsikring

A. Indledning – forsikringsproduktets opståen

I slutningen af 2019 fik offentligheden et indblik i, hvor byrdefuldt det er at være sagsøgt i en sag om ledelsesansvar. Bestyrelsen og direktionen i den hedengangne Amagerbank indgik efter prøvelse ved domstolene af sagen et forlig med Finansiell Stabilitet om betaling af over 250 mio. kr. Bestyrelsens formand var i kraft af sin advokatansvarsforsikring også forsikringsafdækket som bestyrelsesmedlem. Formanden fik dog ikke fuldt ud glæde af forsikringsdækningen, idet forsikringssummen inklusive tillæg for sagsomkostninger anvendtes på det samlede forligsbeløb og dermed kom alle bestyrelsesmedlemmerne til gode, og formanden måtte i lighed med de øvrige dømte betale en del af forliget af egen lomme. Fordelingen af forligsbeløbet mellem de sagsøgte er ikke offentligt tilgængeligt, men flere af de dømte har offentligt tilkendegivet, at de i yderste konsekvens måtte gå fra hus og hjem. Pressen dækkede gennem interviews med de pågældende, hvor ekstremt hårdt og opslidende det er at være sagsøgt i en sådan sag.

Det er det juridiske erstatningsansvar i forbindelse med forsømmelig udøvelse af ledelsens opgaver og pligter, der i denne bog danner grundlaget for en opdateret og koncentreret status på *ledelsesansvar* i dansk ret og *ledelsesansvarsforsikringer* anno 2020.

Man bør som ledelsesmedlem, selskab, rådgiver mv. huske 4 i sig selv simple, men utrolig væsentlige forhold:

1. – Ledelsesansvaret er et personligt, ubegrænset erstatningsansvar.
2. – Der kan tegnes forsikring imod dette ansvar, såkaldt ledelsesansvarsforsikring – eller D&O-forsikring (Directors & Officers liability insurance).
3. – Disse forsikringer kan skræddersys til behovet hos den enkelte virksomhed og dens ledelse, og der er derfor gode muligheder for at forhandle sig til individuelle forsikringsvilkår.
4. – Vælger selskabet og dets ledelse at tegne en sådan forsikring, bør den holdes i kraft også efter selskabets eventuelle ophør (endog efter dets konkurs). Som følge af det særlige forsikringsaftaleretlige claims made-princip (»krav rejst«-princip) dækker disse forsikringer kun krav, der rejses i den normalt 1-årige forsikringsperiode plus en eventuel afløbsperiode (= en »udvidet opdagelsesperiode«).

Husk venligst disse 4 centrale forhold, der naturligvis – sammen med meget andet i relation til ledelsesansvarsforsikringer – vil blive uddybet i det følgende.

Selskabslovgivningen danner i Danmark rammen om virksomhedslederens opgaver og pligter. De danske selskabslove blev samskrevet og opdateret i år 2009-2010. Forud for denne opdatering var der kun sket få væsentlige ændringer (1993) af de oprindelige (1973) selskabsloves beskrivelse af ledelsens opgaver og pligter.

Ledelsens ansvar er (også) i dansk selskabslovgivning en koncentreret kodificering af den almindelige culpastandard, og erstatningsansvarets omfang bliver derfor præciseret i retspraksis, dvs. praksis hos domstolene. Dette vil altid gælde, uanset om der er lovregler, således som det er tilfældet i selskabsloven (SL), eller om erstatningsretten udvikler sig på ulovregulerede områder.

At forsikre ledelsesansvaret er en historisk set forholdsvis ny forsikringsform på globalt plan. Ikke overraskende blev ledelsesansvarsforsikringer introduceret i USA, og det begyndte i dønningerne efter børskrakket i 1929. I hvert fald siden 1960'erne bredte tendenserne til at forsikre ledelsesansvaret sig til den øvrige verden. Der er ingen tvivl om, at ledelsesansvarsforsikringen er kommet for at blive, allerede fordi risikoen for at ifalde ledelsesansvar ikke bliver mindre år for år.

Udbredelsen af ledelsesansvarsforsikring blandt både amerikanske og europæiske, herunder danske, selskaber er stærkt stigende, og interessen er over de seneste par årtier øget, i takt med at ledelsesansvar hyppigere påberåbes ved domstolene. Den seneste store bølge af ansvarssager fulgte i kølvandet på den finansielle krise, der normalt anses som påbegyndt den 15. september 2008 med det store amerikanske finanshus Lehman Brothers' krak.

Det er de store multinationale koncerner, der i særlig grad har været pionererne, når det drejer sig om at tegne en ledelsesansvarsforsikring. Mindre virksomheder tegner nu også ledelsesansvarsforsikring, ofte som et integreret led i en overordnet forsikringspolitik, eventuelt også for nemmere at kunne tiltrække professionelle bestyrelses- og direktionsmedlemmer.

Forsikringsvilkårene på ledelsesansvarsforsikring har i 20-årsperioden fra år 2000 og til i dag været udsat for en betydelig produktudvikling. De to *centrale områder for forsikringsdækningen*, nemlig a) dækning af sagsomkostninger og b) dækning af selve det eventuelt pålagte erstatningsbeløb, er i det væsentlige uændrede, men dækningen er under inspiration fra udlandet udvidet til at omfatte *flere og andre former for omkostninger*, der kan opstå i sager om ledelsesansvar.

Denne bog giver et opdateret overblik over de muligheder, der primo 2020 findes på det danske forsikringsmarked for ledelsesansvarsforsikring.

B. Bogens indhold – ansvar og forsikringsafdækning

Denne bog beskriver retsregler og retspraksis for ledelsens erstatningsansvar i Danmark som baggrund for tegning af ledelsesansvarsforsikringer i Danmark. I relation til ledelsesansvar fokuseres der på selskabets bestyrelse (eller tilsynsråd) og dets direktion.

Der ses også nærmere på, hvilke nuværende og fremtidige risici og eksponeringer ledere mødes med, hvorefter der gives forslag til afdækning af risici via ”personlig risk management”.

I lyset af ledelsesansvaret behandles dernæst ledelsesansvarsforsikring. Forsikringsselskaberne reviderer og opdaterer regelmæssigt deres forsikringsvilkår for ledelsesansvarsforsikring. Med udgangspunkt i aktuelle forsikringspolicer fra de markedsledende forsikringsselskaber vil der i bogen blive redegjort for dækning, udvidelser, undtagelser og generelle bestemmelser samt blive knyttet kommentarer til mere individuelle forhold, som fx forsikringssum, geografisk dækningsområde og forsikringsperiode samt andre forhold af betydning ved tegning af ledelsesansvarsforsikring.

Afslutningsvis diskuteres bestyrelsesansvaret i kommunale selskaber og muligheden for at forsikre dette ansvar.

C. Afgrænsning – civilretligt erstatningsansvar kontra strafansvar

Denne bog omhandler primært erstatningsansvar for ledelsen i erhvervs-virksomheder drevet inden for selskabslovens (SL's) rammer, dvs. aktieselskaber (A/S) og anpartsselskaber (ApS) (samt partnerselskaber, dvs. kommandit-aktieselskaber, P/S), og kun sekundært andre sammenslutninger, der ledes af en kollektivt valgt ledelse, fx ikke-erhvervsdrivende fonde, foreninger og boligfællesskaber.

Medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmers forhold berøres, ligesom retspraksis om foreninger og fonde anvendes til illustration af ledelsesansvaret i praksis.

Med hensyn til selve erstatningsansvarsbetingelserne begrænses behandlingen til et overblik over de grundlæggende regler. Rente- og forældelsesregler omtales ikke i videre omfang.

Selskabers ledelse er desuden undergivet regler om *strafansvar*. De relevante strafferetlige regler kan overordnet beskrives som straffelovens regler om økonomisk kriminalitet: § 278 underslæb, § 279 bedrageri, § 280 mandatsvig, § 283 skyldnersvig, § 296 aktieselskabers forhold og § 302 pligter mht. forretningsbøger. Der findes yderligere straffebestemmelser i speciallovgivningen, fx SL § 132 om tavshedspligt og SL kapitel 23. I tillæg til SL kan konkurrenceloven nævnes.

Risikoen for at blive straffet som bestyrelses- eller direktionsmedlem i dansk erhvervsliv har traditionelt været begrænset, men det må ikke overses, at de senere år har budt på en række straffesager, nogle med frifindelse og andre med domfældelse, for de ”børsnoterede” selskaber (rettelig: selskaber, der har værdipapirer optaget til optaget til handel og notering på et reguleret marked). Således er sager om markedsmanipulation (tidligere betegnet: kursmanipulation) steget betydeligt i antal, og afgrænsningen mellem lovlig kurspleje mv. og strafbar markedsmanipulation synes ikke at være blevet enklere.

Straffesagerne drejer sig i sagens natur om noget meget alvorligt: straf, eventuelt fængselsstraf i alvorlige økonomiske sager (hvortil også markedsmanipulation hører). Men der er en række vigtige relationer mellem straf og erstatning, blandt andet følgende:

a) En erstatningssag handler ikke om risikoen for fængsel, men den kan være omtrent lige så belastende, for den kan dreje sig om så store summer,

at et ledelsesmedlem, der ikke er ansvarsforsikret, må gå fra hus og hjem, hvis vedkommende dømmes – og der er en klar tendens til stærkt stigende involverede beløb i erstatningssagerne (den såkaldte sagsgenstand)

b) En straffesag og en erstatningssag kan være nært forbundet, idet samme eller tilgrænsende handlemåder kan give anledning til sager om både straf og erstatning. Dette kan ske ved, at der verserer parallelle sager om straf og erstatning, eller ved, at der under en straffesag også kræves erstatning (et såkaldt adhæsionskrav; betegnet således, fordi det klæber/adhærer til en straffesag).

Blot eksempelvis blev der under straffesagen om Midtbanks køb af egne aktier, kort før det blev annonceret, at Svenska Handelsbanken ville byde på Midtbank til en betydelig overkurs, jf. *UfR 2005.984 H*, Midtbank, ikke alene krævet fængselsstraf til bankens bestyrelsesmedlemmer og direktør; der blev også fremsat et erstatningskrav (adhæsionskrav) på godt 54 mio. kr. mod de tiltalte og mod banken selv. Byretten tog både påstanden om straf og påstanden om erstatning til følge, men i både landsret og Højesteret (med 3.-instansbevilling) blev alle tiltalte frifundet, og erstatningskravet bortfaldt.

En ”god” ledelsesansvarsforsikring omfatter, alt efter omstændighederne, også forsvarsomkostninger i forbindelse med en straffesag mod ledelsesmedlemmer, ligesom ledelsesansvarsforsikringen (naturligvis) omfatter erstatningsansvaret og omkostningerne ved at forsvare sig mod dette, uanset om erstatningskravet fremkommer 1) under en særskilt erstatningssag, 2) under en erstatningssag, der opstår parallelt med en straffesag, og 3) under en straffesag, hvorunder der også fremsættes et erstatningskrav (en adhæsionspåstand under straffesag). Se nærmere om forsikringsdækning af straf og bøder under punkt IV C punkt 6. og 7.

Endelig er der den vigtige ”sammenhæng” mellem straf og erstatning, at den brede offentlighed ofte har svært ved at skelne. Tager man de mange sager mod bankbestyrelsesmedlemmer og bankdirektører efter finanskrisen som eksempel, viser det sig ved talrige samtaler, læserbrevsindlæg mv., at menigmand m/k ofte ikke skelner mellem straf og erstatning. For en streng juridisk betragtning er dette naturligvis forkert, og enhver jurist ved, at tilregnelserne, dvs. hvornår der kræves forsæt, og hvornår der alene kræves uagtsomhed, er forskellige i de to kategorier af sager. Men så igen – alvoren i en stor erstatningssag for de involverede har utvivlsomt betydelige lighedspunkter.

Når vi her nævner straffesager, bør det tilføjes, at en straffesag principielt findes i talrige ”alvorligheds-kategorier”, både mindre sager, hvor der (tilsyneladende) alene står bødeansvar på spil, og de helt alvorlige

straffesager, hvor der måske står (lange) fængselsstraffe på spil. Dette gælder fx sager om påstået mandatsvig, jf. straffelovens § 280, og sager om påstået (alvorlig) markedsmanipulation (tidligere som nævnt: kursmanipulation).

Når vi skrev om de mindre straffesager, at der »tilsyneladende« alene står bødeansvar på spil, så var det for at erindre om, at der bagved en tilsyneladende begrænset *straffesag* med ”kun” et bødeansvar på spil kan lure en alvorlig supplerende problematik om en særskilt (*senere*) *erstatningssag*, hvor der efter omstændighederne kan stå betydelige erstatningskrav på spil. Dette kan være tilfældet, hvor en miljøretlig straffesag fx kan blive indledningen til betydelige særskilte erstatningskrav, ligesom en række bør- og kapitalmarkedsretlige forseelser kan blive indledningen til erstatningssager anlagt af skuffede investorer.

De regler, der i 2007 tilkom om *gruppesøgsmål* (*class actions*), har givet opkomst til adskillige sager med fremsættelse af ”massekrav” og har vel generelt gjort det nemmere for fx skuffede investorer at fremføre deres erstatningskrav; dette gælder, hvad enten der også bliver tale om straffesager, eller dette ikke er tilfældet. Det første gruppesøgsmål herhjemme drejede sig om bankTrelleborgs prospektansvar, jf. *UfR 2012.1228 H*. Primo 2020 verserer der en række gruppesøgsmål mod bestyrelsesmedlemmer, direktører, ejere og revisorer i O.W. Bunker og i Danske Bank. Disse komplekse sager vil utvivlsomt versere i en årrække endnu.

Også en række af ansvarssagerne efter finanskrisen vil utvivlsomt versere endnu en årrække, også selv om Højesteret i *UfR 2019.1907 H*, Capinordic Bank, har besvaret en række overordnede principielle ansvarsspørgsmål så klart og håndtérbart, at mange juridiske tvivlsspørgsmål herved er afklaret. – Banksagerne er anlagt af statens såkaldte skraldespandsselskab, Finansiell Stabilitet SOV, som efter bankers krak overtog aktivmassen samt de eventuelle erstatningskrav mod ledelse m.fl.

II. Ledelsesansvarsforsikringens historik, formål og skattemæssige behandling

Efter en koncentreret gennemgang af ledelsesansvarsforsikringens historie i Danmark og formålet med ledelsesansvarsforsikring vil der i det følgende blive fastlagt definitioner på de væsentligste begreber, der danner grundlag for de forhold bogen behandler, i det omfang de ikke defineres ved den nærmere omtale. Desuden beskrives nogle grundlæggende forsikringsretlige forhold og fortolkningsmetoder.

Endelig omtales skattemæssige forhold, herunder den skattemæssige behandling af præmien for en ansvarsforsikring. Herunder omtales også nogle skattemæssige konsekvenser af de tilfælde, hvor et (dansk eller udenlandsk) moderselskab (M) frabeder sig, at datterselskabet D tegner ledelsesansvarsforsikring, mod at M til gengæld afgiver løfte om at ville friholde D's ledelsesmedlemmer for et eventuelt erstatningsansvar.

A. Ledelsesansvarsforsikringens historie og formål – de væsentligste begreber

1. Historie

Ledelsesansvarsforsikringer har ikke nogen lang tradition bag sig i Danmark. Historisk set lagde forsikringsselskabet Danmark ud i begyndelsen af 1970'erne, og Hafnia (»Hånd-i-Hånd«) fulgte trop i 1975 med at lade bestyrelsesansvaret omfatte af advokatansvarsforsikringen.

I slutningen af 1990'erne begyndte internationale forsikringsselskaber for alvor at markedsføre ledelsesansvarsforsikring i Danmark.

Nu findes der mere end 15 forsikringsselskaber med kontor i Danmark, der udbyder en form for ledelsesansvarsforsikring på det danske marked, og hvis internationale markeder tælles med, nærmer antallet af forsikringsudbydere sig de 80.

Flere af disse forsikringsselskaber tilbyder ledelsesansvarsforsikring og lignende forsikringstyper, fx professionel ansvarsforsikring, prospektansvarsforsikring, diskriminationsforsikring samt kriminalitetsforsikring som primære fokusområder. – Der skal allerede på dette sted advares om, at en forsikring i denne henseende ikke blot er en forsikring; der er talrige varianter, tilvalg, fravalg mv. at tage stilling til, og selv den mest dækkende ledelsesansvarsforsikring vil ofte kræve en til lægsforsikring til bestemte begivenheder, fx en emissionsforsikring ved en forestående kapitalforhøjelse, børsintroduktion mv.

Den samlede forsikringskapacitet, som disse forsikringsselskaber kan stille, overstiger potentielt 6 mia. kr., om end der os bekendt ikke findes ledelsesansvarsforsikringer med så stor forsikringssum. Der er altså ikke mangel på forsikringskapital, og teoretisk skulle det derfor være muligt at tegne den forsikringssum, som selskabets ledelse ønsker, og det til en fornuftig præmie, idet der med det store antal forsikringsgivere er god konkurrence blandt de mange forsikringsselskaber.

Primo 2020 har et betydeligt antal sager med store udbetalinger dog ændret konkurrencesituationen, således at nogle forsikringsgivere reducerer deres maksimale forsikringssum pr. forsikringstager. Reduktionen af tilgængelig forsikringskapital i markedet påvirker forsikringspræmierne i opadgående retning, især på en række industrier, så som pharma, biotech og finansielle institutioner. Forsikringstagere i disse industrier kan ende i situationer, hvor de ikke kan tegne de ønskede forsikringssummer, i hvert fald ikke uden væsentlige præmiestigninger og/eller begrænsninger i dækningsomfang.

2. Formål

Allerede forsikringens betegnelse »ledelsesansvarsforsikring« viser, at ledelsesansvarsforsikringer hører under kategorien ansvarsforsikringer. Ansvarsforsikringer tegnes *med henblik på at friholde sikrede (fysiske) personer fra et juridisk og økonomisk ansvar*, se også FAL § 2, stk. 3.

De sikrede personer under en ledelsesansvarsforsikring er som udgangspunkt medlemmer af bestyrelse (hhv. et eventuelt tilsynsråd) og direktion, samt sådanne ansatte, der kan ifalde et ledelsesansvar, eller som medsagsøges sammen med ledere. Det er dermed ikke kun de til Erhvervsstyrelsen anmeldte direktører, der er dækket. – Definitionen af sikrede kan modificeres efter ønske og behov, se kapitel IV C 2.

En ledelsesansvarsforsikring tegnes typisk af selskaber med det formål at *friholde de under forsikringen sikrede personer* for tab på baggrund af krav, der udspringer af handlinger/fejl eller undladelser/

B. Forsikringsaftaleloven (FAL) i relation til ledelsesansvarsforsikring

forsømmelser foretaget under udøvelsen af hvervet hos forsikringstagede virksomhed.

Alternativt kan bestyrelses- og direktionsmedlemmer tegne *hver deres individuelle ledelsesansvarsforsikring*, men udbuddet heraf og dækningerne herunder er begrænset på grund af erstatningsansvarslovens (EAL) regler om positiv *hensyntagen til foreliggende forsikringer*.

Reglerne i EAL indebærer nemlig, at selve erstatningsansvaret ender hos den sikrede under en sådan individuel ledelsesansvarsforsikring, der altså dækker alle omkostninger og erstatninger for andre ansvarlige ledere. Forsikringsselskabet bærer dermed utilsigtet de økonomiske byrder for alle ledere, uagtet at nogle af dem ikke er direkte dækket af ledelsesansvarsforsikring.

I forhold til udbetaling under ledelsesansvarsforsikringen er det principielt underordnet, *hvilken retsregel erstatningspligten henføres under*, det være sig lovbestemt, på grundlag af aftale eller på grundlag af praksis. Ligeledes er den konkrete ansvarsnorm, dvs. culpanormen eller anden norm, uden betydning. Se nærmere om ledelsesansvarsforsikring i kapitel IV, og om udbetaling af forsikringssum i afsnit IV C 8.

B. Forsikringsaftaleloven (FAL) i relation til ledelsesansvarsforsikring

Forsikringsaftaleloven (FAL) finder anvendelse på forsikringsaftaler, jf. FAL § 1, dvs. den regulerer forsikringsforhold. Der er ingen specifikke bestemmelser om ledelsesansvarsforsikringer, men lovens generelle bestemmelser og definitioner finder anvendelse.

Nogle vigtige begreber:

Forsikringstageren er i denne sammenhæng den virksomhed, der indgår forsikringsaftalen, jf. FAL § 2, stk. 2, og derved tegner forsikringen.

Forsikringssummen fremgår af policen og udgør forsikringsselskabets maksimale hæftelse.

Forsikringsydelsen er det beløb, der rent faktisk udbetales under policen.

Forsvars- og sagsomkostninger kan være en del af eller i tillæg til forsikringssummen, og nogle forsikringsselskaber dækker disse omkostninger uden maksimal begrænsning, så længe der er tale om krav rejst i Norden.

Forsikringsperioden er normalt 12 måneder. Forsikringsvilkårene indeholder normalt også bestemmelser om enten udløb af forsikringsperioden eller *automatisk fornyelse* af forsikringsperioden, medmindre forsikringstager og forsikringsselskab aftaler andet.

Desuden anvendes udtrykket *forsikringsselskabet* om – naturligvis: forsikringsselskabet (= forsikringsgiveren). Det kunne lyde som en overflødig definition, men både retslitteratur og forsikringsvilkår slører ofte billedet unødigt ved at anvende udtrykket »selskabet«. Førstegangslæseren vil uvægerlig forveksle denne term med det *forsikringstagende* selskab/virksomhed, hvilket kan skabe forvirring og nødvendiggøre gentagne gennemlæsninger.

Vi anvender derfor konsekvent i denne fremstilling *forsikringsselskabet* som udtryk for forsikringsgiveren, hos hvem forsikringen tegnes, og *selskabet* som udtryk for det selskab, der tegner forsikringen, og hvori de sikrede ledelsesmedlemmer udøver en selskabsretlig funktion.

Hermed en opfordring fra os til forsikringsselskaberne om ligeledes at anvende disse entydige betegnelser i forsikringsvilkårene.

C. Fortolkning af forsikringsaftalen (policen) ved ledelsesansvarsforsikring

En forsikring beror på en aftale, en forsikringsaftale. Selve indgåelsen af aftalen er generelt reguleret af de almindelige aftaleretlige regler, hovedsagelig aftaleloven (AFTL) og læren om bristede forudsætninger, hvortil FAL supplerer med specielle reguleringer. Det nærmere indhold af aftalen beror som udgangspunkt på en fortolkning af aftalen.

Forsikringsaftaler er kendetegnet ved, at de består af flere separate dokumenter. Selve policen fungerer som dokumentation på, at forsikringsselskabet anerkender overtagelsen af risikoen. Betingelserne og vilkårene indeholder bestemmelser om, hvem, hvad og hvilke skader der er forsikret.

Der er risici ved udøvelse af stort set al form for erhvervsvirksomhed.

Risici er individuelle og afhænger i selskaber af aktiviteterens omfang, geografiske udbredelse og den branche, aktiviteten udøves i. Dette betyder atter, at mange forskellige forhold spiller ind; nødvendigheden af at tage disse i betragtning resulterer i, at betingelserne og vilkårene for ledelsesansvarsforsikring udarbejdes konkret og individuelt.

Forsikringsselskaberne anvender med andre ord betingelser og vilkår, der er tilpasset aktiviteterens art, udbredelse og omfang. Naturligvis vil der ved udformningen blive taget udgangspunkt i standardformuleringer, men de betingelser og vilkår, der anvendes, er desuagtet udarbejdet ensidigt af forsikringsselskabet, eventuelt i samarbejde med en forsikringsmægler, under iagttagelse af forsikringstagerens ønsker, den for området gældende speciellovgivning og de præceptive bestemmelser i FAL.

Fortolkningen af betingelserne og vilkårene foretages på samme idegrundlag som fortolkning af almindelig kontraktret, nemlig med det formål at finde frem til de konkrete parterers vilje, hvilket også stemmer med kontraktrettens inderste grundsætning om partsviljen.

Opstår der fortolkningstvivl, tages der som altid inden for kontraktretten udgangspunkt i aftalens ordlyd, dvs. i en naturlig sproglig forståelse af de sætninger og afsnit, som parterne er uenige om. Er betingelser og vilkår udarbejdet ensidigt af forsikringsselskabet, anvender man den såkaldte "uklarhedsregel", hvorefter betingelser og vilkår fortolkes i den for forsikringstageren mest gunstige retning. Upræcise eller tvetydige formuleringer vil dermed ikke stille forsikringsselskabet mere fordelagtigt, men heller ikke nødvendigvis mere ufordelagtigt, da almindelige obligationsretlige principper indgår i fortolkningen, fx om det er standardvilkår eller særvilkår, der tvistes om.

D. Forsikringens subjekter

Kapitalselskaber er organisationsformer, der muliggør erhvervsmæssig aktivitet i en juridisk persons navn, og således at alene den juridiske person er bærer af ret og pligt, og dermed således, at som udgangspunkt alene den juridiske person hæfter.

Selskaber karakteriseres ved, at de er selvstændige retssubjekter med adgang til at erhverve rettigheder og indgå forpligtelser, og ledelsens beføjelser og begrænsningerne heri er normeret i lov og vedtægter. Selskabsretlig lovgivning præciserer, at det er selskabet, der hæfter for de forpligtelser, der indgås i selskabets navn, og ikke den fysiske eller juridiske person, der ejer selskabet.

Helt ekstraordinært kan der dog, særligt inden for koncerner, blive tale om, at én eller flere ejere hæfter for den juridiske persons forpligtelser, fx som følge af medvirken, økonomisk fællesskab, hæftelsesgennembrud mv., jf. nærmere *Erik Werlauff*: Erstatningsansvar i selskabsforhold – ledelse, ejere, revisor.

Ledelsens ansvar er i givet fald et personligt, direkte og ubegrænset ansvar, der eventuelt også involverer en solidarisk hæftelse. Ledelsen kan komme til at skulle opfylde selskabets forpligtelser, fx hvis ledelsen ikke afsætter tilstrækkelige midler til opfyldelse af selskabets forpligtelser efter en likvidation, jf. fx *UfR 2011.963 H*, Abtek.

Også hvis ledelsen medvirker til et kvalificeret retsbrud i eller uden for kontrakt, herunder en klar faglig fejl hos en professionel, kan ledelsen komme til at hæfte sammen med selskabet, jf. *UfR 1999.326 Ø*, grov

krænkelse af Microsofts rettigheder, *UfR 2003.915 Ø*, arkitekt og byggeskader, og *UfR 2009.2269 V*, flyttefirma med meget grove forretningsmetoder. Kriteriet har klare lighedspunkter med springende regres. I *UfR 2016.1329 V*, arkitekts villaprojektering, nåede byretten nåede ud fra det foran nævnte retsbrudssynspunkt om ”klar faglig fejl” frem til, at arkitekten personligt hæftede på lige fod med sit selskab, idet byretten fandt, at der forelå en klar professionel fejl. Landsretten tog ikke afstand fra de nævnte retsgrundsætninger, men fandt ikke, at fejlen havde en sådan grovhed, at kunden havde et direkte erstatningskrav over for arkitekten. Denne dom passer derfor ganske udmærket ind i mønsteret – byret og landsret bedømte det blot forskelligt, om der var en *klar* faglig fejl.

E. Skattemæssig håndtering af præmien til forsikring og af friholdeserklæring over for ledelse i datterselskab

I nogle år var det nærmest forkæret at omtale selskabers tegning af ledelsesansvarsforsikringer. Nogle antog, at det var et generalforsamlingsanliggende at sige ja til at tegne en sådan forsikring (hvilket imidlertid *ikke* kan være rigtigt, eftersom et selskabs tegning af en ledelsesansvarsforsikring på sædvanlige vilkår ikke har karakter af en sådan overordnet disposition, at bestyrelsen ikke selv kan træffe beslutningen, medmindre vedtægterne undtagelsesvis måtte behandle spørgsmålet og gøre det til et generalforsamlingsanliggende), og at selskabets penge ikke måtte bruges til præmiebetalingerne (hvilket *heller ikke* kan være rigtigt).

Nu er der en *stigende forståelse for, at sådanne forsikringer er et gode*, men forsikringsmæssigt er de et uensartet produkt, og de individuelle vilkår, der tilbydes, bør derfor altid nøje gennemgås og sammenlignes med konkurrenternes.

Advokater kan medforsikre bestyrelsesansvar via deres almindelige advokatforsikringer, men hvis kun ét bestyrelsesmedlem således er forsikringsdækket, kan der som nævnt foran være en tendens hos domstolene til at anvende lempelses- og regresreglerne på en sådan måde, at det ultimative ansvar ender hos den forsikringsdækkede, jf. dommen om fodboldselskabet, der fortsatte sin drift for længe, *UfR 1998.1137 H*. Se også *UfR 2007.497 H*, Calypso Verdensrejser, hvor selskabets ledere skulle friholde medlemmerne af bestyrelsen.

Dette ses blandt andet også af dommen om Amagerbanken (*Østre Landsrets ankedom af 26. juni 2019* i sag nr. B-1390-17) om erstatningsansvar

for elleve medlemmer af Amagerbankens direktion og bestyrelse om en bevilling i maj 2008 til tre nye ejeres overtagelse af en ejendom på Østerbro i København ("Østerfælled-ejendommen") med en tilhørende valutaramme på ca. 1,5 mia. kr., en genbevilling heraf i december 2009 og en opretholdelse af valutarammen i første halvdel af 2010, uagtet betragtelige overskridelser af tabsrammen på 100 mio. kr.

For landsretten var der rejst erstatningskrav for nogle af ledelsesmedlemmernes vedkommende på 375 mio. kr. og for andre – som var indtrådt i bestyrelsen efter maj 2008-bevillingen – på 285 mio. kr. Landsretten dømte den administrerende direktør og de syv ikke-medarbejdervalgte medlemmer af bestyrelsen til at betale en erstatning på 225.461.329 kr. I det indbyrdes forhold skulle bestyrelsesformanden – *i det omfang hans bestyrelsesansvarsforsikring dækkede erstatningsansvaret* – friholde de øvrige dømte ledelsesmedlemmer.

Landsretten anså det for ansvarspådragende for hele ledelsen at genbevilge valutarammen i december 2009 og at opretholde den, frem til den blev lukket i slutningen af juni 2010. Maj 2008-bevillingen og den øvrige del af genbevillingen i december 2009, herunder finansiering af betalinger i 2009 og 2010 til en efterstående långiver i Østerfælled-ejendommen, blev derimod ikke anset for ansvarspådragende.

En direktør, som også var medlem af direktionen, blev frifundet, fordi FS Finans havde udvist passivitet – navnlig ved at genansætte ham i en funktionærstilling efter Amagerbankens konkurs uden at tage forbehold om erstatning. To medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer blev frifundet efter lempelsesreglen i erstatningsansvarslovens § 24, stk. 1. Landsretten mente således, at deres uagtsomhed var mere begrænset end den, som de øvrige bestyrelsesmedlemmer og den administrerende direktør havde udvist. Landsretten nåede herefter – og efter en vurdering af virkningen for de to medarbejdere af at blive dømt og af FS Finans III A/S' interesse i at få dom over dem – frem til, at et erstatningsansvar ville være urimeligt tyngende for dem. Erstatningsansvaret bortfaldt derfor for deres vedkommende.

Alle ledelsesmedlemmerne var blevet frifundet i byretten, hvor erstatningskravene var på henholdsvis 900 og 300 mio. kr. FS Finans III A/S havde for byretten også gjort gældende, at den oprindelige bevilling vedrørende Østerfælled-ejendommen i 2006 og en refinansiering i 2007 og bevillinger i en række andre engagementer var ansvarspådragende, men havde ikke gentaget disse synspunkter i landsretten.

Erhvervspressen beskæftigede sig efter dommen med det forhold, at bankens bestyrelsesformand angiveligt havde frarådet bestyrelsen, at banken tegnede ledelsesansvarsforsikring, hvorfor dette ikke var sket – mens

formanden selv var ledelsesansvarsforsikret op til et vist beløb i kraft af sin advokatansvarsforsikring.

Et andet eksempel på advokat i bestyrelsen for et selskab under konkurs er Plus Forsikring, se afsnit III A 9.

Det vil ses, at det mest hensigtsmæssige oftest vil være at få oprettet en kollektivt dækkende ansvarsforsikring omfattende alle medlemmer af det enkelte selskabs bestyrelse og direktion. Det forsikringselskab, der bliver anmodet om tilbud på en ledelsesansvarsforsikring, gennemgår de seneste 2-3 års regnskaber for selskabet, ledelsens sammensætning, branchefølsomheden, selskabets datterselskaber i ind- og udland mv. Faktisk får bestyrelsen også herved samtidig en ganske god indikation af, hvor risikofyldt det egentlig er at sidde i netop dette selskabs bestyrelse, og hvilke risici man måske ikke selv har været fuldt tilstrækkeligt opmærksom på.

Selskabet har *fradrag for præmiebetalingerne*, og bestyrelsesmedlemmerne skal (naturligvis) ikke beskattes heraf, ligesom bestyrelsesmedlemmer, der selv betaler præmierne, har fradragsret herfor, i visse tilfælde dog begrænset af lønmodtagerfradraget, jf. *TfS 1987.600 T&S*. Hvis et bestyrelsesmedlem bliver personligt ansvarlig som følge af uagtsom handlemåde eller undladelse, er der efter herskende retsopfattelse *ikke fradrag for den erstatning, som det dømte ledelsesmedlem skal betale*, idet den anses for at falde »uden for rammerne af den risiko, som udøvelsen af et hverv som bestyrelsesmedlem normalt og sædvanligt indebærer«, jf. *TfS 2009.943 B*.

Det er blevet en stadigt mere udbredt praksis, at der i stedet for tegning af en ansvarsforsikring udstedes en *friholdeserklæring* til bestyrelse og direktion. Både selskabs- og skattemæssigt giver sådanne modeller imidlertid anledning til betydelige betænkeligheder:

Hvis et moderselskab placerer fx én eller flere direktører i bestyrelsen for et dansk eller udenlandsk datterselskab, kan det være naturligt, at *moderselskabet* samtidig lover at friholde den eller de pågældende for ansvar, de ifalder over for datterselskabet og/eller dets kreditorer. Selv en sådan erklæring rummer dog problemer. Den vil ofte være begrænset til en friholdelse for *simpel* uagtsomhed, hvorimod en ansvarsforsikring ofte ville kunne medforsikre også *grov* uagtsomhed. Hertil kommer, at friholdelsen over for datterselskabets kreditorer naturligvis kun kan effektueres, hvis moderselskabet overlever et sammenbrud hos datterselskabet og dermed er i stand til at opfylde sin friholdeserklæring.

Hvis det er *selskabet selv*, der *afgiver en friholdeserklæring* over for bestyrelses- og direktionsmedlemmer, må man spørge, hvilke retsvirkninger en sådan erklæring overhovedet kan få. Der er reelt tale om

en forhånds-décharge, men décharge vil normalt kun kunne gives af generalforsamlingen, og kun for et forløbet regnskabsår og for kendte forhold. En blank forhåndserklæring kan end ikke generalforsamlingen give, og af indlysende habilitetsgrunde kan bestyrelsen slet ikke give den til sig selv med bindende virkning for selskabet. Hvis selskabet bliver insolvent, udfordres friholdeserklæringens værdi, idet selskabet ikke har betalingsevne og hvis selskabet tages under konkursbehandling kan aftalen tilsidesættes overfor kreditorerne.

Nyere litteratur sætter dog spørgsmålstegn ved, om aftaler mellem selskab og bestyrelse/direktion om friholdelse eller dog ansvarsbegrænsning er udelukket, jf. *Carsten Fode: Ledelsesansvar og ansvarsbegrænsninger* (2020) blandt andet s. 245 ff. Carsten Fode henviser herved til, at der også skatteretligt er sket en udvikling, og at i hvert fald en central skatteafgørelse i *SKM 2011.359 SR* simpelthen går fejl af ledelsesansvarets indhold, idet Skatterådet antager, at ansvar kun ifaldes i grovere tilfælde, hvilket åbenlyst ikke er en korrekt antagelse hos rådet (ræsonnementet skulle være, at ansvar er så sjældent forekommende, at der ikke for selskaberne er nogen driftsmæssig begrundelse for at afgive friholdeserklæring og derved ”lokke” erhvervsfolk til bestyrelserne).

Samtidig peges der af Fode – tankevækkende i relation til indeståelse for bestyrelsesansvar – på *SKM 2015.598 SR* om et dagblads løfte til en journalist om avisens godtgørelse til ham af erstatningsbeløb og sagsomkostninger i forbindelse med en straffesag, der blev rejst mod ham i relation til en sag, som han dækkede for avisen, og hvor han fandtes skyldig. Han skulle ikke beskattes af avisens godtgørelse af erstatningsbeløbet og sagsomkostninger, hvorimod godtgørelsen til ham i straffedelen af sagskomplekset, nemlig advokatomkostninger og den pålagte bøde, var skattepligtige for ham.

Fode peger på, at det må være muligt at indbygge en ansvarsbegrænsning for ledelsen allerede i stiftelsesdokumentet for selskaber, dog ikke for forsætlige handlinger, grovere uagtsomhed, illoyale handlinger over for arbejdsgiveren mv.

Der kan næppe være tvivl om, at der finder en udvikling sted, men det er vanskeligt at sige præcist, hvor vi befinder os. Lige så gode grunde der er til at tillade, at et moderselskab må aftale friholdelse eller ansvarsbegrænsning af ledelsesmedlemmer, som et moderselskab udpeger til sine datterselskaber i Danmark og (især) i udlandet, lige så klart må man fastholde, at ansvar for forsæt, illoyalitet og grovere former for uagtsomhed ikke på forhånd kan frafalde eller begrænses.