

Bestyrelsesmødereferatet.



Enhver, der har eller har haft en bestyrelsespost i et dansk selskab, har stiftet bekendtskab med bestyrelsesmødereferater.

Men hvorledes er reglerne om bestyrelsesmødereferater egentlig, og hvad skal referatet indeholde?

Indholdet af bestyrelsesmødereferatet

Bestyrelsesmødereferater i mindre, mellemstore, og i et vist omfang også i store, danske selskaber har traditionelt haft karakter af beslutningsprotokollater. Referaterne har således oftest kun gengivet de på bestyrelsesmøderne truffne beslutninger, hvorimod de ikke har gengivet de forhandlinger, der er foregået. Det er således ikke usædvanligt, at et bestyrelsesmødereferat fra et bestyrelsesmøde på eksempelvis to timer kan være komprimeret ned til et referat på under to sider.

Udtrykket 'forhandlingsprotokol' anvendes ofte som synonym for bestyrelsesmødereferat. Begge udtryk anvendes i denne artikel.

Den tidligere gældende aktieselskabslov indeholdte i § 56, stk. 5 følgende bestemmelse om bestyrelsesmødereferater:

"Over forhandlingerne i bestyrelsen skal der føres en protokol, der underskrives af samtlige tilstedeværende medlemmer."

Forarbejderne til aktieselskabsloven, betænkning 540/1969, indeholdte ikke uddybende bemærkninger vedrørende kravene til indholdet af bestyrelsesmødereferaterne.

Den 1. marts 2010 trådte den nye selskabslov i kraft. Den nye selskabslov er gældende både for aktie- og anpartsselskaber. I selskabslovens § 128, stk. 1 fastlægges de nye krav til bestyrelsesmødereferater:

"Hvis det øverste ledelsesorgan består af flere medlemmer, føres der en protokol over forhandlingerne, der underskrives af samtlige tilstedeværende medlemmer."

Bortset fra at bestemmelsen har undergået en sproglig modernisering, synes det eneste nye umiddelbart at være, at der modsætningsvis ikke stilles krav om, at der føres en protokol over forhandlingerne, hvis det øverste ledelsesorgan kun består af ét medlem. I anpartsselskaber, der ikke har en bestyrelse eller et tilsynsråd og kun har én direktør, er der således ikke krav om, at der føres en forhandlingsprotokol.

Meget taler dog for, at direktøren i sådanne selskaber alligevel bør dokumentere de truffne beslutninger. En enkelt direktør vil jo i sagens natur ikke have kollegaer i ledelsen, der i tilfælde af en retssag ved vidneforklaring kan belyse beslutningsprocessen. Også for så vidt angår direktionen i selskaber, hvor det øverste ledelsesorgan er et tilsynsråd, ville det være hensigtsmæssigt, hvis beslutninger og forhandlinger blev protokolleret. Direktionen træffer således i denne situation de samme ledelsesmæssige beslutninger, som en bestyrelse, og der kan derfor argumenteres for, at protokolleringsbehovet er det samme.

I bemærkningerne til § 128 i lovforslaget til den nye selskabslov uddybes det, hvorledes bestyrelsesmødereferatet skal føres, og hvad det skal indeholde. Følgende fremgår således af bemærkningerne:

"Af hensyn til senere mulighed for dokumentation og eventuelt placering af ansvar skal protokollen være en forhandlingsprotokol og ikke kun en beslutningsprotokol."

Desuden skal det bagefter være muligt at genfinde forudsætningerne for de drøftelser, der har fundet sted.”

Heraf kan udledes, at bestyrelsesmødereferatet skal indeholde tre niveauer af information:

1. Beslutninger
2. Gengivelse af forhandlingerne (referat), og
3. Forudsætningerne for de drøftelser, der har fundet sted

Det er åbenbart indlysende, at et bestyrelsesmødereferat skal indeholde en gengivelse af de trufne beslutninger. Uanset at det næppe er normen i mindre og mellemstore danske selskaber, synes det også at være i overensstemmelse med lovens formulering '*en protokol over forhandlingerne*', at bestyrelsesmødereferatet også skal indeholde et egentligt referat af forhandlingerne.

Derimod er det baseret på ordlyden i § 128 ikke umiddelbart indlysende, at det skal være muligt at genfinde forudsætningerne for de drøftelser, der har fundet sted. Dette krav fremgår imidlertid som nævnt af lovforslagets bemærkninger til bestemmelsen.

Hvad er det for en type informationer, der er omfattet af *forudsætningerne for de drøftelser, der har fundet sted*?

Det er i forarbejderne ikke nærmere præciseret, hvad der ligger i udtrykket. Det fremgår dog, at formålet med at gengive disse informationerne er, at det skal gøre det muligt efterfølgende at placere et eventuelt (erstatnings-)ansvar.

Domstolene er normalt tilbageholdende med at pålægge ledelsesmedlemmer erstatningsansvar for forretningsmæssige beslutninger. Hvis bestyrelsesmedlemmerne baseret på et grundigt forarbejde, træffer en forretningsmæssig beslutning, vil bestyrelsesmedlemmerne normalt ikke kunne blive ramt af et efterfølgende erstatningsansvar – heller ikke selvom beslutningen efterfølgende måtte vise sig at være forkert og tabsgivende.

Hvis bestyrelsesmedlemmerne omvendt ikke har tilvejebragt et forsvarligt beslutningsgrundlag forud for, at der træffes en beslutning, vil domstolene ikke på samme måde være tilbageholdende med at statuere erstatningsansvar.

I lyset heraf er det nærliggende at antage, at *forudsætningerne for de drøftelser, der har fundet sted* formentlig må skulle forstås således, at henvisninger til det forarbejde som bestyrelsen har fået tilvejebragt som grundlag for drøftelserne samt i øvrigt de præmisser, der har dannet baggrund for drøftelserne. Herved bliver det muligt efterfølgende at fastslå, om bestyrelsens beslutningsproces har været forsvarlig og dermed ikke-ansvarspådragende.. Det kan således efter omstændighederne være nødvendigt at henvise til eksempelvis mellembalancer, materiale udarbejdet af den daglige ledelse, rådgivning fra eksempelvis advokat, revisor eller bank, indhentede rapporter, eksterne værdiansættelser m.v.

Det er næppe nødvendigt at skrive *forudsætningerne for de drøftelser, der har fundet sted*, direkte ind i referatet. Selvom bemærkningen i forarbejderne om, at det skal være muligt at genfinde forudsætningerne for de drøftelser, der har fundet sted, er indsat i forbindelse med bemærkningerne om generalforsamlingsprotokollatet, kan det næppe udstrækkes til et krav om, at forudsætningerne skrives direkte ind i referatet. På den anden side vil bevisværdien for bestyrelsesmedlemmerne i tilfælde af en ansvarssag være markant bedre, hvis forudsætningerne fremgår af referatet, idet det i modsat fald kan være vanskeligt at godtgøre, at der netop har været tale om en forudsætning.

Corporate Governance og bestyrelsesmødereferatet

For mange bestyrelsesmedlemmer vil det forekomme unødigt omstændeligt at gengive de tre niveauer af information.

Der er dog to vægtige grunde, der taler for, at bestyrelserne bør påse, at bestyrelsesmødereferaterne indeholder alle tre niveauer af information.

For det første har hvert enkelt bestyrelsesmedlem en selvstændig interesse i at sikre, at den relevante information fremgår af referaterne. Det vil således efter omstændighederne kunne være afgørende for, om det enkelte bestyrelsesmedlem er ansvarsfrit, hvis der efterfølgende opstår en tvist om ledelsesansvar.

For det andet kan kravet om de tre informationsniveauer ses som et stærkt corporate governance værktøj for bestyrelsen, som - hvis anvendt fornuftigt - kan medvirke til at sikre en god og forsvarlig beslutningsproces.

Bestyrelsen kan således hensigtsmæssigt benytte kravet om de tre informationsniveauer som en skabelon for de overvejelser, som bestyrelsen bør gennemgå, som led i beslutningsprocessen¹.

¹ Det anførte om beslutningsprocessen relaterer sig udelukkende til beslutningsprocessen omkring et specifikt emne. Spørgsmålet om hvorledes bestyrelsen identificere, hvilke emner den skal forholde sig til, behandles således ikke i denne artikel.



Kravene til indholdet af bestyrelsesmødereferatet virker således indirekte som en tjekliste for en hensigtsmæssig beslutningsproces for bestyrelsen og vil af mange bestyrelser med fordel aktivt kunne anvendes som sådan. Det kan virke indlysende, at beslutningsprocessen skal indeholde de nævnte faser, og det er det for så vidt også. Det, der er vigtigt, er imidlertid, at bestyrelsen får stillet de rigtige spørgsmål: Hvilket beslutningsgrundlag skal vi have? Og hvilke drøftelser og vurderinger er derefter nødvendige for at en endelig beslutning kan træffes? Hvis ikke disse spørgsmål stilles udtrykkeligt, er risikoen, at bestyrelsen ikke konkret får *overvejet*, om det fulde beslutningsgrundlag er til stede.

Revision og bestyrelsesmødereferatet

Forud for 1. marts 2010, hvor den nye selskabslov trådte i kraft, var der ikke i aktieselskabsloven bestemmelser om straf, hvis bestyrelsen ikke førte forhandlingsprotokollen korrekt.

Det fremgår nu af selskabslovens straffebestemmelse², at manglende iagttagelse af kravene til bestyrelsesmødereferatet er strafbelagt i form af bødestraf.

Det forhold, at manglende korrekt føring af forhandlingsprotokollen nu er strafbelagt, har yderligere en afledt effekt i forbindelse med revision af selskabets regnskab. Hvis revisor under sit arbejde bliver opmærksom på forhold, som giver en begrundet formodning om, at

² Den relevante straffebestemmelse er selskabsloven § 367, stk. 1. Den pågældende bestemmelse er endnu ikke trådt i kraft, hvorfor den pågældende bestemmelse foreløbig findes i bekendtgørelse nr. 172 af 22. februar 2010 om ikrafttræden af selskabsloven § 51, stk. 2

medlemmer af selskabets ledelse kan ifalde straf, skal revisor således afgive en supplerende oplysning herom i revisionspåtegningen³.

Manglende iagttagelse af selskabslovens krav til indholdet af bestyrelsesmødereferatet, vil således kunne resultere i en supplerende oplysning fra revisor.

Dog vil det forhold i sig selv, at referatet ikke indeholder en gengivelse af forhandlinger, næppe i praksis udløse en supplerende oplysning fra revisor. Det er jo ikke givet, at der faktisk har været forhandlinger, forud for at en beslutning er truffet.

Under alle omstændigheder må der opfordres til, at selskaberne sikrer en forsvarlig førelse af bestyrelsesmødereferaterne, dels for at undgå bødestraf og erstatningsansvar og dels for at sikre en beslutningsproces i bestyrelsen, der er i overensstemmelse med god corporate governance.

Hvem skal skrive under

Det fremgår udtrykkeligt af selskabslovens § 128, stk. 1, at bestyrelsesmødereferatet skal underskrives af samtlige tilstedeværende bestyrelsesmedlemmer.

I praksis foregår det ofte således, at referenten efter mødet rundsender bestyrelsesmødereferatet i udkast til bestyrelsesmedlemmerne, således at medlemmerne får mulighed for at lave tilføjelser eller ændringer, hvorefter bestyrelsesmødereferatet først endeligt underskrives på bestyrelsens næste møde.

Kravet om, at bestyrelsesmødereferatet skal underskrives af samtlige tilstedeværende bestyrelsesmedlemmer, må i denne situation læses således, at det skal underskrives af samtlige de bestyrelsesmedlemmer, der var til stede på det refererede møde og altså ikke blot de, der er til stede på det møde, hvor referatet faktisk underskrives.

Hvis et bestyrelsesmedlem har været forhindret i at deltage på et bestyrelsesmøde, er der ikke et formelt krav om, at vedkommende skal underskrive referatet. Det må dog anbefales, at ikke-deltagende bestyrelsesmedlemmer ved påtegning på referatet bekræfter at have læst referatet.

Bestyrelsesmødereferater og nytiltrådte bestyrelsesmedlemmer

Et nytiltrådt bestyrelsesmedlem vil i sagens natur kunne gribe ledelsesopgaven an med friske øjne. Der er både fordele og ulemper forbundet hermed. Det nye bestyrelsesmedlem vil således som udgangspunkt ikke have en indsigt i de tidligere ledelsesmæssige beslutninger, der er truffet i selskabet, og vil dermed kunne være en faktor, der i et vist omfang kan modvirke kontinuitet i selskabet.

³ Kravet til supplerende oplysninger i revisionspåtegningen fremgår af bekendtgørelse nr. 668 af 26. juni 2008 om godkendte revisorerers erklæringer § 7, stk. 2.

Et nytiltrådt bestyrelsesmedlem vil som udgangspunkt ikke kunne blive ansvarlig for beslutninger, som bestyrelsen har truffet forud for det nye medlems tiltræden. Det står omvendt også klart, at man som nyt ledelsesmedlem træder ind i et selskab, som har en række ledelsesmæssige beslutninger i bagagen, som det er nødvendigt at forholde sig til. Fremtidige ledelsesmæssige beslutninger skal træffes i den kontekst, som selskabet indgår i, og tidligere ledelsesmæssige beslutninger, herunder bestyrelsens tidligere drøftelser og forudsætninger, er i den forbindelse centrale.

Et nytiltrådt bestyrelsesmedlem vil således ikke kunne holde sig i uvidenhed om den ledelsesmæssige historik i selskabet. Manglende kendskab til tidligere beslutninger vil ikke fritage et nyt bestyrelsesmedlem for ansvar fremadrettet, og det vil efter omstændigheder i sig selv kunne være ansvarspådragende, hvis et nyt bestyrelsesmedlem ikke gør sig bekendt med tidligere truffne bestyrelsesbeslutninger og grundlaget herfor.

Det følger af det anførte, at nytiltrådte bestyrelsesmedlemmer grundigt bør gennemgå selskabets tidligere bestyrelsesmødereferater. Tilsvarende gælder for generalforsamlingsprotokollater.

Der kan næppe siges noget generelt om, hvor langt man tidsmæssigt bør gå tilbage. Det afhænger helt af de konkrete forhold i selskabet. Ofte vil tidligere bestyrelsesmødereferater afdække emner, som et nytiltrådt bestyrelsesmedlem vil have behov for yderligere information om, for fremadrettet på forsvarlig vis at kunne varetage bestyrelseshvervet. Det er bestyrelsesmedlemmets eget ansvar at tage initiativ til at få fremskaffet nødvendig supplerende information.

Kontakt

Christian Bredtoft Guldmann

Advokat, MBA, HD(R)
Partner, leder af Selskabsretsgruppen
Tlf. +45 36 10 38 02
dmoalem@deloitte.dk

David Moalem

Advokat, Ph.d.
Partner, leder af Kapitalmarkedsretsgruppen
Tlf. +45 36 10 35 76
dmoalem@deloitte.dk

Sofie Kringelholt

Konsulent, Selskabsretsgruppen
Tlf. +45 36 10 26 69
skringelholt@deloitte.dk

www.deloitte.dk

Selskabsretsgruppens Nyhedsbrev kan ikke erstatte juridisk rådgivning. Som følge heraf påtager Deloitte sig intet ansvar for direkte eller indirekte skader eller tab, der skyldes brug heraf. Dette gælder uanset om skaden eller tabet skyldes fejlagtig information eller andre forhold i relation til nyhedsbrevet.

Om Deloitte

Deloitte leverer ydelser inden for Revision, Skat, Consulting og Financial Advisory til både offentlige og private kunder i en lang række brancher. Vores globale netværk med medlemsfirmaer i mere end 140 lande sikrer, at vi kan trække på stærke kompetencer foruden en dybt-gående lokal indsigt, når vi skal hjælpe vores kunder overalt i verden. Deloitte mere end 170.000 medarbejdere arbejder målrettet efter at sætte den højeste standard. Deloitte medarbejdere understøttes af en virksomhedskultur, der fremmer integritet og merværdi til kunderne, en forpligtelse over for hinanden og en styrke gennem forskellighed. De arbejder i et miljø præget af konstant udvikling, udfordrende oplevelser og berigende karrieremuligheder. Deloitte medarbejdere arbejder målrettet på at styrke ansvarlighed, opbygge tillid og sikre positiv indflydelse i deres lokalsamfund.

Deloitte Touche Tohmatsu Limited

Deloitte er en betegnelse for Deloitte Touche Tohmatsu Limited, der er et britisk selskab med begrænset ansvar, og dets netværk af medlemsfirmaer. Hvert medlemsfirma udgør en separat og uafhængig juridisk enhed. Vi henviser til www.deloitte.com/about for en udførlig beskrivelse af den juridiske struktur i Deloitte Touche Tohmatsu Limited og dets medlemsfirmaer.