

Interessekonflikter i advokaters bestyrelsesarbejde

Punkt 1. Indledning

Danske Advokater ønsker at vise, hvilken værdi advokater i rollen som bestyrelsesmedlemmer kan tilføre bestyrelser i selskaber, fonde m.v. (selskaber), og formulere en politik for, hvilken rolle advokaten spiller i bestyrelsesarbejdet, herunder adressere spørgsmålet om håndtering af potentielle interessekonflikter.

Arbejdsgruppen for advokaters bestyrelsesarbejde skal derfor udforme et oplæg til Danske Advokaters holdning til advokaters bestyrelsesarbejde. I den sammenhæng skal arbejdsgruppen samarbejde med arbejdsgruppen for retssikkerhed for advokater og drøfte de særlige interessekonflikt-problemstillinger, der knytter sig til bestyrelsesarbejde. De to arbejdsgrupper skal vurdere, om der eventuelt er behov for specifikke regler på området, og om der er behov for at udarbejde et katalog af anbefalinger til håndtering af problemstillingerne.

Interessekonfliktgruppen har bestået af Henrik Lind, Thorbjørn Sofsrud, Pia Deleuran og Ulrikke Krogbeck. Fra arbejdsgruppen vedrørende advokaters retssikkerhed har Poul Flemming Hansen, Jørgen Boe og Lars Lindencrone Petersen deltaget.

Som bilag til denne delrapport er vedlagt de relevante bestemmelser i retsplejeloven og de advokatetiske regler (AER)

Punkt 2. Kort om gældende ret

2.1. Gældende ret og litteratur på området

Advokater har traditionelt bestridt bestyrelsesposter i danske selskaber og gør fortsat dette i vidt omfang. Til trods for at advokathvervet på mange punkter er forholdsvis gennemreguleret, indeholder hverken lovgivningen eller de advokatetiske regler specifikke regler om eller for advokater, når de udfører bestyrelsesarbejde.

Gældende corporate governance-anbefalinger for børsnoterede selskaber henstiller dog, at flertallet af de generalforsamlingsvalgte bestyrelsesmedlemmer er uafhængige. For at anses for uafhængig må det enkelte medlem ikke være ... ”professionel rådgiver for selskabet eller ansat i eller have økonomiske interesser i en virksomhed, som er professionel rådgiver for selskabet”. Anbefalingen begrænser ikke advokatens deltagelse i eller handlinger i bestyrelsen, men er alene en begrænsning i forhold til sammensætningen af bestyrelsen. Se nærmere om corporate governance-anbefalingernes betydning for advokaters ageren i børsnoterede selskaber i pkt. 3.2 nedenfor.

På grund af uklarhed om advokatvirksomheders råderum, når disses partnere og ansatte advokater bestrider bestyrelsesposter, udsendte Advokatrådet i 2008 en rapport om ”Advokater i bestyrelser”. Målet med denne rapport var at klarlægge, om der i juridisk forstand kan skelnes

mellem rollen som advokat og rollen som bestyrelsesmedlem, og i bekræftende fald hvor skillelinjen er.

2.2 Er bestyrelseshvervet omfattet af AER?

Efter retsplejelovens § 126, stk. 1, skal en advokat udvise en adfærd, der stemmer med god advokatskik. Den gode advokatskik afgøres af Advokatnævnet og domstolene, men suppleres af de advokatetiske regler (AER), der fastsættes af Advokatrådet. I AER forefindes specifikke regler om uafhængighed, fortrolighed, interessekonflikter mv.

Retsplejelovens § 126, stk. 1, og AER vedrører kun advokatens adfærd, når advokaten udøver virksomhed under brug af advokattitlen. Advokaten er således som sådan ikke bundet af reglerne om god advokatskik, når man ikke virker som advokat, men i en anden funktion. Her gælder i stedet generalklausulen i retsplejelovens § 126, stk. 4, hvorefter advokaten i forretningsforhold eller andre forhold uden for sin advokatvirksomhed ikke må udvise en adfærd, der er ”uværdig” for en advokat.

Spørgsmålet er derfor, om advokaten udøver advokatvirksomhed, når advokaten arbejder som bestyrelsesmedlem. Udgangspunktet for at udøve advokatvirksomhed må være, om advokaten yder bistand i klientopdrag under anvendelse af sin advokattitel.

Advokatrådets rapport fra 2008 påpeger:

”At der i vurderingen af, om en konkret aktivitet er advokatvirksomhed eller ej, må inddrages såvel advokatens fremtræden som aktivitetens art”

Rapporten konkluderer i denne sammenhæng i afsnit 4,3, at

”Som bestyrelsesmedlem er advokaten ikke en egentlig partsrepræsentant, og parten er ikke en egentlig ”klient” jf. AER 3.2.5, men advokaten er snarere en del af den pågældende part på linje med den advokat, som har anden ansættelse i partsvirksomheden, eller som er ægtefælle til denne part”

Advokaten bliver således i sit bestyrelseshverv ét med virksomheden. Rapporten konkluderer således også (afsnit 6)

”Bestyrelsesarbejde er ”advokataktivitet, som ligger uden for kerneområdet, men som advokater naturligt tager sig af på linje med andre faggrupper”,

Arbejdsgruppen er af den opfattelse, at bestyrelsesarbejde som udgangspunkt ikke er virksomhed, der udøves under brug af advokattitlen, og således ikke er omfattet af retsplejelovens § 126, stk. 1 og AER, om end det kan siges at ligge i naturlig forlængelse heraf. Denne opfattelse støttes tilsyneladende også af Lars Økjær Jørgensen og Martin Lavesen, jfr. ”De advokatetiske regler” fra 2011 s. 119.

Hvis advokaten udfører advokatrådgivning til selskabet ved siden af sit bestyrelseshverv, vil dette arbejde, isoleret, naturligvis være advokatvirksomhed og skal bedømmes som sådant.

I praksis vil der givet være en lang række tilfælde, hvor bestyrelsesarbejdets karakter samt klientens størrelse og sagens natur og karakter er så tæt forbundet, at opgaven som bestyrelsesmedlem og som rådgiver vil være så vanskelige at adskille, at det vil være svært at skelne den ene opgave fra den anden. Konsekvensen kan blive, at advokatens adfærd som bestyrelsesmedlem i den konkrete situation alligevel omfattes af AER.

Udgangspunktet for arbejdsgruppen, nemlig at bestyrelsesarbejde ikke er advokatvirksomhed, lader også til at være grundlaget for Advokatnævnets kendelse af 6. maj 2010. Denne kendelse konkluderer, at selve bestyrelseshvervet ikke er omfattet af AER, jf. afvisningen af såvel salærsom adfærdsklagen.

”Nævnet finder ikke, at indklagede ved den påklagede adfærd har udøvet advokatvirksomhed, idet klagen er rettet mod indklagedes adfærd som bestyrelsesformand og ikke som advokat. Nævnet finder derfor, at bedømmelsen af hans adfærd falder uden for retsplejelovens § 126, stk. 1, da der ikke har været tale om udøvelse af advokatvirksomhed. Nævnet finder endvidere ikke, at indklagedes adfærd i øvrigt er i strid med retsplejelovens § 126, stk. 4, hvorfor nævnet frifinder ham for den rejste klage.”

I disse tilfælde omfattes advokatens adfærd som bestyrelsesmedlem i stedet for af selskabslovens habilitets- og fortrolighedsbestemmelser på linje med de øvrige medlemmer af bestyrelsen. Det bemærkes i den forbindelse, at fortrolighedspligten i selskabsloven nok er mere restriktiv end tavshedspligten for advokater, hvor en advokat i en advokatvirksomhed godt må konsultere en anden advokat i samme virksomhed på en "need to know"-basis, med henblik på at forbedre rådgivningen. Som bestyrelsesmedlem kan advokaten dog naturligvis søge rådgivning på lige fod med andre bestyrelsesmedlemmer.

2.3 Hvorfor så interessen for AER?

Regler og særligt interessekonfliktreglerne har dog alligevel stor betydning for advokatvirksomheder, der har partnere eller ansatte advokater i selskabsbestyrelser.

Højesteret pegede i en afgørelse gengivet i UfR1998.1105/2H på, at hensynet til det frie advokatvalg måtte vige til fordel for regler, der modvirker risiko for uberettiget benyttelse af oplysninger. Ligeledes er det statueret, at advokatens interesser og forbindelser til virksomheden "smitter af" på de andre advokater i advokatvirksomheden.

Derfor vil AER, jf. pkt. 12 om interessekonflikter, være gældende for advokatvirksomheden som sådan. Det er i disse tilfælde, at en advokatvirksomhed kan være afskåret fra at udføre en opgave, da bestyrelseshvervet eventuelt kan udgøre en "ikke ubetydelig økonomisk eller erhvervsmæssig forbindelse", jf. pkt. 12.2, nr. 4, med selskabet. Se ligeledes "De advokatetiske regler" s. 115, om forholdet til modparten.

Det er således inden for dette felt, at arbejdsgruppen skal søge at finde en afklaring og give retningslinjer for, hvorledes interessekonflikter undgås, samt vurdere, om der eventuelt er behov for specifikke regler på området.

I løbet af 2010 og 2011 gennemførte Advokatrådet et arbejde med en revision af de advokatetiske regler, og Rådet har taget nye advokatetiske regler i anvendelse den 1. oktober 2011. I forbindelse med offentliggørelsen af reglerne har Advokatrådet udsendt nogle særlige bemærkninger af 9. juni 2011, hvor det er præciseret, at:

”For begge de to sidstnævnte temaer (”bestyrelsesarbejde” og ”konsekvenser af jobskifter”) gælder, at overvejelserne ikke har ført til ændringer i AER. Det er en selvfølge, at den konkrete udmøntning af de advokatetiske normer her som i øvrigt fastlægges af Advokatnævnet under kontrol af domstolene. Det er efter Advokatrådets opfattelse imidlertid vigtigt, at der på disse områder sikres en overordnet sammenhæng mellem konsekvent iagttagelse af relevante advokatetiske hensyn på den ene side, og på den anden side en sikring af advokatbranchens muligheder for at udvikle og modernisere rammerne for, at advokater kan fungere som attraktive og uafhængige rådgivere inden for traditionelle advokatrådgivningsopgaver.”

Advokatrådet har ved sin seneste revision af reglerne således fravalgt at behandle området særskilt. Da arbejdsgruppen er af den opfattelse, at bestyrelsesarbejde ikke er advokatvirksomhed, finder arbejdsgruppen ikke, at der i AER skal indføres regler om advokaters bestyrelsesarbejde. Til gengæld finder arbejdsgruppen i lighed med det, der blev tilkendegivet over for Advokatrådet i Danske Advokaters høringssvar af 3. marts 2011, at det er:

”af afgørende betydning, at der, i det omfang det er muligt i forhold til eksisterende nævns- og retspraksis, udarbejdes forklarende og udfyldende bemærkninger til de advokatetiske regler, der giver reel vejledning i det daglige advokatarbejde”.

Da sådanne bemærkninger endnu ikke foreligger, vil arbejdsgruppen nedenfor komme med et bud på sådanne uddybende bemærkninger. Disse forslag kan med fordel integreres i det arbejde, som Danske Advokaters etiske udvalg vil forestå med hensyn til at udarbejde supplerende bemærkninger til AER til værktøjskassen for medlemmer af Danske Advokater.

Udgangspunktet bliver derfor en vurdering generelt og konkret af, hvorvidt bestyrelseshvervet rummer sådanne karakteristika, at det afskærer andre advokater i advokatvirksomheden, herunder advokater i andre advokatvirksomheder i en advokatkæde, fra at repræsentere en modpart til selskabet uden eller med samtykke fra parterne.

Punkt 3. AER's betydning for advokathvervet

3.1. Bestyrelshverv og advokathverv – selskaber, hvor der er flydende overgang mellem funktionerne

Der er lang tradition for, at en advokat sidder i bestyrelsen for et mindre eller mellemstort ejerledet selskab f.eks. endda ofte som formand og samtidig som advokat repræsenterer både selskabet og aktionæren. I denne situation er overgangen fra bestyrelshverv til advokathverv i praksis ofte så flydende, at AER kan blive retningsgivende også for advokatens adfærd som bestyrelsesmedlem.

Det er arbejdsgruppens opfattelse, at håndteringen af disse tilfælde i praksis må bero på en konkret vurdering, men også at en bedømmelse i forhold til AER som hovedregel må være ganske streng.

Arbejdsgruppen har i den forbindelse lagt vægt på, at i disse situationer, er advokaten som bestyrelsesmedlem, selskabet og ejeren de facto meget tæt forbundne. Efter arbejdsgruppens opfattelse vil det derfor i disse tilfælde for advokatvirksomheden og klient/selskab i praksis i langt hovedparten af tilfældene ikke blot være nærmest utænkeligt, men også i strid med AER at en anden partner eller advokat fra virksomheden repræsenterer en modpart til selskabet og/eller aktionæren. Dette forhold, finder arbejdsgruppen, vil gælde, nærmest uanset hvor lille sagen er.

Man kan dog eventuelt forestille sig en modpartsrepræsentation f.eks. i tilfælde, hvor aktionæren i et separat selskab driver en helt anden virksomhed, uden at advokaten er bestyrelsesmedlem dér, og uden at advokatvirksomheden repræsenterer dette selskab. I de formentlig ganske få tilfælde i praksis, hvor dette undtagelsesvis vil kunne forekomme, bør der være fuld gennemsigtighed og samtykke, jf. i øvrigt nedenfor.

3.2. Særligt om spørgsmålet om modpartsrepræsentation i forhold til børsnoterede eller større, unoterede selskaber, herunder statsselskaber

Hverken AER eller lovgivningen indeholder restriktioner for, at bestyrelsesmedlemmet og/eller andre advokater fra dennes advokatvirksomhed kan assistere sådanne selskaber som juridisk rådgiver, da alle varetager samme virksomheds sammenfaldende interesser. Advokatrådets rapport fra 2008 konkluderer således også (pkt. 7):

”er der i de fleste tilfælde ikke noget i vejen for, at en advokat kan have plads i bestyrelsen og advokaten eller advokatens partner samtidig fungerer som advokat for selskabet”

Selskabslovens § 114 indeholder et forbehold vedrørende formanden for bestyrelsen og dennes hverv for selskabet, ligesom corporate governance-reglerne karakteriserer advokaten som "ikke uafhængig", hvis advokatvirksomheden rådgiver selskabet. I en række børsnoterede selskaber har dette i praksis betydet, at selskabet ud fra corporate governance-principper ikke ønsker at modtage advokatydelse fra bestyrelsesmedlemmet eller dennes advokatvirksomhed.

Som ovenfor nævnt er det utvivlsomt, at AER er gældende for advokatens virksomhed i henseende til, om virksomhedens øvrige partnere eller ansatte advokater kan påtage sig sager mod selskabet. Da advokaten som bestyrelsesmedlem og selskabet ikke er lige så tæt knyttet til hinanden, som det er tilfældet for de ejerledede selskaber, skal der i endnu højere grad foretages en konkret vurdering af, hvornår der vil være tale om en interessekonflikt, og hvorvidt der er tale om en kan- eller skal-situation, jf. AER pkt. 12.2, nr. 1–7, ctr. nr. 8 – 11.

- AER, pkt. 12.2, nr. 4, kan konkret finde anvendelse på en modpartsrepræsentation, afhængig af om bestyrelseshvervet set fra advokatvirksomhedens side kan anses for en "ikke ubetydelig økonomisk, erhvervsmæssig eller anden forbindelse til selskabet".
- I relation til modparten må væsentlighedskriteriet vurderes i lyset af advokatvirksomhedens forhold, således at bestyrelseshonorarets størrelse eller bestyrelsespostens profilering kan være afgørende eller medbestemmende for, om princippet i nr. 4 skal anvendes.
- Vurderes det konkret, at væsentlighedskriteriet ikke er opfyldt, er man uden for nr. 4, men det kan være hensigtsmæssigt – og i konkrete situationer ligefrem nødvendigt - på fuldt oplyst grundlag at få såvel selskabets som modpartens samtykke til modpartsrepræsentation. Hvis man er inden for nr. 4, er samtykke som udgangspunkt ikke relevant, uden at betydningen heraf dog ganske kan udelukkes.
- Alternativt kan pkt. 12.2, nr. 8, være anvendelig, idet bestyrelsesposten eventuelt kan sidestilles med et fast klientforhold. Efter denne regel vil modpartsrepræsentationen dog i mange tilfælde, men ikke altid, kunne muliggøres ved et samtykke fra selskabet og modparten på fuldt oplyst grundlag.

Arbejdsgruppen finder, at det generelt må antages, at sager, der efter deres art ikke kan forventes behandlet på bestyrelsesniveau, f. eks. fordi de ikke er af usædvanlig eller stor betydning, vil kunne behandles af bestyrelsesmedlemmets partnere eller ansatte advokater i virksomheden, når modpartsrepræsentationen er oplyst og godkendt enten specifikt eller generelt af selskabet og specifikt af modparten. Om andre sager kan behandles ved modpartsrepræsentation, kan der næppe siges noget generelt om.

Det afgørende i sådanne situationer er, at der er transparens, således at klienten oplyses om bestyrelsestilknytningen, og at selskabet oplyses om og samtykker til repræsentationen af modparten. Derfor foreslås nedenstående forholdsregler.

3.3 Generelle forholdsregler

Arbejdsgruppen er fuldt opmærksom på, at modpartsrepræsentation er et sensitivt område, ikke blot i henseende til gråzonerne omkring de præceptive AER-regler, herunder i henseende til "appearance"-princippet.

Derfor finder arbejdsgruppen, at advokatvirksomheder altid bør være agtpågivende, når modpartsrepræsentation overvejes. Advokatvirksomhederne bør have fokus på følgende punkter:

- Adgangen til modpartsrepræsentation bør klargøres ved en skriftlig aftale herom med selskabet, når behovet opstår.
- Modparten bør på fuldt oplyst grundlag udtrykkeligt samtykke til modpartsrepræsentationen, hvad enten man befinder sig i grænseområdet til den ene eller anden AER-regel.
- Modpartsrepræsentationen bør kontinuerligt overvåges af advokatvirksomheden. Der kan være standardsager, der af den ene eller anden grund alligevel når bestyrelseslokalet, hvor virkningen – afhængig af den konkrete situation – kan være, enten at advokatvirksomheden må udtræde af sagen, eller at advokaten efter selskabslovens habilitetsregler må vige sit sæde ved behandlingen af den konkrete sag.

Punkt 4. Konklusion

Konklusionen er, at selve bestyrelsesarbejdet ikke omfattes af AER, men at de almindelige habilitets- og tavshedsregler i selskabsloven gælder for advokaten som for andre bestyrelsesmedlemmer. Hvis advokaten udfører advokatrådgivning til selskabet ved siden af sit bestyrelseshverv, vil dette arbejde, isoleret, naturligvis være advokatvirksomhed og skal bedømmes som sådant.

Derimod skal advokatvirksomheden ved sin overvejelse af, om en advokat kan eller bør indtræde i bestyrelsen i et børsnoteret selskab, være opmærksom på, at corporate governance-anbefalingerne helt eller delvist kan hindre arbejde for selskabet, samtidig med at AER kan forhindre modpartsrepræsentation.

I et stort antal ejerledede virksomheder kan overgangen mellem advokatarbejde og bestyrelseshvervet imidlertid være så flydende, at AER også bliver retningsgivende for bestyrelsesarbejdet. Men udgangspunktet er, at advokatrådgivning og bestyrelsesarbejde er to forskelligartede opgaver, som godt kan forenes hos samme person, og at der altid bør udvises agtpågivenhed, når modpartsrepræsentation overvejes.