

VURDERING AF BRUD PÅ TAVSHEDSPLIGT OG LOYALITETSPLIGT I RELATION TIL BESTYRELSESMEDLEM I KERTEMINDE FORSYNING

1. OPDRAG

Kerteminde Forsyning A/S ("**KF**") har på baggrund af drøftelser i selskabet og med selskabets eneejer, Kerteminde Kommune, bedt Horten vurdere, om bestyrelsesmedlem i KF, Bettina Drefeld Eriksen ("**Bettina Eriksen**"), ved at fremsende én e-mail til Kerteminde Kommune 22. november 2022 kl. 12:28 ("**E-mailen**") samt efterfølgende at udtale sig til pressen ad flere omgange har tilsidesat sin loyalitetspligt som bestyrelsesmedlem ved at handle i strid med KF's interesse og/eller i strid med KF's forretningsorden og/eller har brudt sin tavshedspligt som bestyrelsesmedlem.

2. KONKLUSION

Det er vores vurdering, at Bettina Eriksen har tilsidesat sin loyalitetspligt som bestyrelsesmedlem og har overtrådt KF's forretningsorden ved at udtale sig til pressen. Bettina Eriksen burde have gjort mere for at adressere sine bekymringer internt i bestyrelsen, før der blev videregivet oplysninger til Kerteminde Kommune. For at sikre det fremtidige samarbejde i og loyal ageren blandt bestyrelsen bør tavshedspligten derfor indskærpes over for bestyrelsesmedlemmerne. I yderste konsekvens kan kommunen som enekapitalejer – eventuelt efter indstilling fra bestyrelsen – overveje, om kapitalejeren bør udskifte Bettina Eriksen som bestyrelsesmedlem på en ekstraordinær generalforsamling.

Det er derimod vores vurdering, at Bettina Eriksen ikke har overtrådt den strafbelagte del af bestyrelsesmedlemmers tavshedspligt i henhold til selskabslovens § 132 ved at sende E-mailen til Kerteminde Kommune og ved efterfølgende at udtale sig til pressen, da oplysningerne ikke vurderes at vedrøre forretningshemmeligheder eller lignende følsomme driftsoplysninger, der er egnet til at skade KF.

3. BAGGRUND OG FAKTUM

3.1 Selskabsdokumenter

Det følger af punkt 5.3 i KF's vedtægter, at bestyrelsen ved en forretningsorden skal træffe nærmere bestemmelse om udførelsen af sit hverv. Følgende er anført i bestyrelsens forretningsorden:

"Formanden og Direktøren repræsenterer selskabet udadtil, herunder kommunikation med pressen. Alle oplysninger, mundtlige, som skriftlige, herunder dokumentmateriale, som et bestyrelsesmedlem modtager, er fortrolige. Medlemmer har tavshedspligt herom, samt om, hvad der drøftes og passerer i Bestyrelsen. Hvert enkelt medlem er ansvarlige for, at det materiale, man modtager, ikke kommer udenforstående i hænde."

3.2 Sagsforløb

Byrådet i Kerteminde Kommune gav på et byrådsmøde 29. januar 2020 KF politisk mandat til at undersøge muligheden for at etablere egne varmeproduktionsanlæg.

På et bestyrelsesmøde i KF 15. september 2022 behandlede bestyrelsen projektet om etablering af egen fjernvarmeproduktion.

I bestyrelsesreferatet fremgår det, at projektet behandles under dagsordenens punkt 7 "*Strategi vedr. egen fremvarmeproduktion (Lukket punkt)*", der i medfør af beslutning truffet under dagsordenens punkt 11 "*Offentliggørelse af punkter*" ikke var til offentliggørelse.

Under dagsordenens punkt 7 gennemgås baggrundsrapporter udarbejdet af det rådgivende ingeniørfirma PlanEnergi, der indeholder beregninger vedrørende etablering af egne varmeproduktionsanlæg samt solcelleanlæg i tilknytning hertil. I relation hertil drøfter bestyrelsen følgende: "*Ved at være egen producent vil man være helt afhængig af elpriserne og det vil kunne skabe en stor risiko for de fremtidige varmepriser. KF ønsker derfor en drøftelse med Kommunen om, hvorvidt der er fuld opbakning til projektet*".

Bestyrelsen træffer i henhold til bestyrelsesreferatet under punkt 7 følgende beslutning: "*Beslutning vedr. etablering af egenproduktion udsættes og der træffes ikke en beslutning før bestyrelsesmødet i oktober*".

På et temamøde med byrådet 13. oktober 2022 præsenterer KF's bestyrelsesformand og direktør status på selskabets arbejde vedrørende den fremtidige fjernvarmeproduktion samt projektet om etablering af et solcelleanlæg i Munkebo. Som led i præsentationen fremlægges beregningerne udarbejdet af det rådgivende ingeniørfirma PlanEnergi. På temamødet beder KF byrådet om politisk opbakning til solcelleprojektet, og KF orienterer byrådet om, at KF vil behandle sagen på et bestyrelsesmøde 27. oktober og tage stilling til, om selskabet skal søge byrådet om tilladelse til at gennemføre projektet.

KF oplyser, at KF ikke ønsker at udarbejde ansøgningsmateriale til kommunen (varmeprojektansøgning), hvis der ikke er politisk opbakning til projektet.

På et bestyrelsesmøde 26. oktober 2022 oplyser bestyrelsesformanden og direktøren ifølge bestyrelsesreferatet under punkt 2, at: *"[...] Kommunaldirektøren afslutter temamødet med at nævne, at så længe vi ikke hører andet, har Kerteminde Forsyning, Kerteminde Kommunes opbakning til projektet i henhold til den tidligere byrådsbeslutning den 29. januar 2020."*

Det fremgår desuden af bestyrelsesreferatet under punkt 2, at bestyrelsen træffer følgende beslutninger: *"Et flertal i bestyrelsen besluttede at vi skal gå videre med projektet, og derved færdiggørelse af projektforslaget og indsende det til kommunen."* samt *"Der er enighed om, at KF skal købe jorden på matrikel 16d og se på mulighederne for etablering af solceller. Det skal undersøges, om der er mulighed for at tilkøbe yderligere jord i området."*

Det fremgår endvidere af bestyrelsesreferatet, at bestyrelsen under punkt 7 *"Offentliggørelse af punkter"* træffer følgende beslutning om offentliggørelse af punkt 2: *"Punkt 2 holdes lukket på referatet, men beslutningen gøres offentlig bl.a. igennem, at KF informerer både Fjernvarme Fyn og Kerteminde Kommune om, at KF arbejder videre med projektet. Der udsendes ikke pressemeddelelse, da vi hellere vil informere igennem dialog."*

Den 22. november 2022 sender Bettina Eriksen E-mailen til kommunaldirektør Claus Lade i Kerteminde Kommune med borgmesteren for Kerteminde Kommune, Kasper Ejning Olesen, i kopi. Bettina Eriksen anfører i starten af E-mailen, at *"[...] jeg ikke skriver mere end hvad du i forvejen ved som ejer"*. I E-mailen giver Bettina Eriksen udtryk for, at hun er bekymret for flere forhold i relation til bestyrelsen og dens arbejde.

Sammenholdt med det for os fremlagte dokument *"PP Den grønne omstilling den 13. oktober 2022.pdf (Temamøde)"* og de for os fremlagte nyhedsartikler, der er udgivet før E-mailens fremsendelse, videregiver Bettina Eriksen i E-mailen nye oplysninger i form af oplysninger om (i) beslutningsprocessen og stemmeudfaldet af beslutningerne på bestyrelsesmøderne i relation til projektet vedrørende etablering af et solcelleanlæg i Munkebo, (ii) sin bekymring om mangelfuldt dokumentations- og beregningsgrundlag, (iii) sin bekymring om manglende overholdelse af retningslinjer og bestyrelsens kompetence til at træffe beslutninger om projektet og (iv) sin bekymring vedrørende bestyrelsesformand Hans Luunbjergs habilitet som følge af Hans Luunbjergs mulighed for i fremtiden at levere overskudsvarme til fjernvarmenettet.

Et nyt temamøde med byrådet afholdes 24. november 2022. På dette møde beder KF igen om politisk opbakning i forbindelse med en eventuel realisering af projektet. Efter mødet vurderes det, at opbakningen ikke er til stede. Den 5. december 2022 afholdes endnu et bestyrelsesmøde i KF, hvor følgende besluttes *"Der skal komme afklaring fra kommunen inden der arbejdes videre med projektet, dette gælder også køb af jorden til solcellerne."* Samt *"Der arbejdes*

ikke videre med udarbejdelsen af beregningerne på Langeskovgrenen før der foreligger en afklaring fra kommunen."

Bettina Eriksen udtaler sig efterfølgende til pressen ad flere omgange, og disse udtalelser bliver udgivet i en række artikler. Bettina Eriksen udtaler sig om de tal og beregninger, der blev præsenteret på temamødet 13. oktober 2022, sin bekymring om mangelfuldt dokumentationsgrundlag i henhold til projektet og inhabilitet hos bestyrelsesformanden. Desuden publiceres passager fra E-mailen i en række nyhedsmedier, efter Kjertemind Avis og TV 2 Fyn har fået aktindsigt i E-mailen.

Det fremgår i de for os fremlagte nyhedsartikler, der er udgivet forud for Bettina Eriksens udtalelser til pressen, at byrådsmedlem i Kertemind Kommune, Alex Haurand, allerede har offentliggjort tal og beregninger fra temamødet 13. oktober 2022 til pressen. Desuden har habilitetsproblematikken i relation til bestyrelsesformanden i KF tillige være behandlet i diverse nyhedsmedier forud for Bettina Eriksens udtalelser til pressen.

Det er Bettina Eriksens videregivelse af oplysninger, som er beskrevet ovenfor, der har medført, at der i KF's bestyrelse er blevet rejst tvivl om, hvorvidt Bettina Eriksen ved disse handlinger har brudt sin tavshedspligt efter selskabsloven eller har tilsidesat sin loyalitetsforpligt som bestyrelsesmedlem. Horten er derfor blevet bedt om at foretage en selskabsretlig vurdering af disse spørgsmål.

4. TAVSHEDSPLIGTEN

4.1 Den selskabsretlige tavshedspligt

Det følger af selskabsloven ("SL"), § 132, at medlemmer af bestyrelsen mv. ikke uberettiget må videregive, hvad de under udøvelsen af deres hverv har fået kendskab til.

Tavshedspligten gælder alle bestyrelsesmedlemmer, uanset om de er generalforsamlingsvalgte, medarbejdervalgte eller udpeget i medfør af vedtægterne, og uanset om der er tale om et privat, statsligt eller kommunalt ejet selskab.

Tavshedspligten omfatter fortrolig information, uanset om disse foreligger i fysisk eller digital form, og uanset om fortrolige oplysninger er givet på et bestyrelsesmøde eller på anden måde.

Det er ikke alle oplysninger, som et bestyrelsesmedlem kommer i besiddelse af, som vil være omfattet af strafbelagt tavshedspligt. I retspraksis er der udvist tilbageholdenhed med at straffe for overtrædelse af SL, § 132, hvis de videregivne oplysninger ikke vedrører drifts- eller forretningshemmeligheder, som er tavshedspligtens kerneområde.

Fra praksis kan nævnes en situation, hvor et bestyrelsesmedlem havde videregivet et par sider fra bestyrelsens forhandlingsprotokol til en journalist. Siderne indeholdt oplysning om, at selskabets direktør havde købt aktier i selskabet. Oplysningerne blev bragt i en avisartikel. Landsretten vurderede i den konkrete sag, at forholdet (videregivelse af oplysningerne) ikke med sikkerhed var omfattet af det strafbare forhold af selskabslovens tavshedspligtbestemmelse, bl.a. fordi vedkommende ikke "havde røbet forretnings- eller driftshemmeligheder".

Ordet "uberettiget" understreger endvidere, at ikke enhver videregivelse af oplysninger vil være i strid med tavshedspligten i SL, § 132. Formålet er at beskytte selskabets interesse og tavshedspligten er en følge af den loyalitetspligt, der påhviler bestyrelsesmedlemmer. Ud over at beskytte mod videregivelse af fortrolige oplysninger har tavshedspligten til formål at sikre, at bestyrelsesmøderne er lukkede, fortrolige rum, der sikrer en fri meningsudveksling blandt bestyrelsesmedlemmerne.

Som følge af loyalitetspligten er alle bestyrelsesmedlemmer forpligtede til at handle loyalt over for selskabet og varetage selskabets interesse i alle forhold, herunder i videregivelsen af oplysninger, som de under udøvelsen af deres hverv har fået kendskab til. Vurdering af, om en videregivelse er "uberettiget", fortolkes således i forhold til loyalitetspligten.

Bestyrelsesmedlemmers tavshedspligt beskrives ofte nærmere i selskabets forretningsorden. Fortolkning af tavshedspligten i henhold til SL, § 132 påvirkes dog ikke direkte af, hvad bestyrelsen internt har vedtaget, men det kan indgå i en vurdering af, om videregivelsen er sket i selskabets interesse, og om et bestyrelsesmedlem har overholdt sin loyalitetspligt.

Udgangspunktet er, at det er bestyrelsen, der træffer afgørelse om, hvilke oplysninger der evt. kan videregives. Det enkelte bestyrelsesmedlem må som udgangspunkt ikke på egen hånd videregive fortrolige oplysninger vedrørende selskabets forhold til sit bagland, fx byrådet eller kommunen, medmindre den samlede bestyrelse har besluttet det.

Hvis bestyrelsen har besluttet at hemmeligholde et givent emne, vil der være formodning for, at der er foretaget en vurdering af, at en videregivelse vil være uforenelig med selskabets interesser og dermed uberettiget i SL, § 132's forstand.

Dog er der på baggrund af praksis opstået en vis ret for det enkelte bestyrelsesmedlem til at videregive oplysninger på egen hånd, hvis (i) videregivelsen er sagligt begrundet, (ii) videregivelsen sker som et normalt led i den pågældende persons funktion, og (iii) videregivelsen sker på en forsvarlig måde. Der er tale om en snæver adgang, hvor bestyrelsesmedlemmet skal godtgøre, at videregivelse er sket i selskabets interesse.

Sammenfattende kan der således opstilles tre betingelser, der skal være opfyldt, før der er sket en overtrædelse af tavshedspligten, som kan sanktioneres:

- a) Der skal være sket videregivelse af oplysninger, som bestyrelsesmedlemmet under udøvelsen af sit hverv har fået kendskab til.
- b) De pågældende oplysninger skal vedrøre forretningssensitiv information såsom driftshemmeligheder.
- c) Videregivelsen må ikke kunne siges at være saglig, forsvarlig og i selskabets interesse.

4.2 **Konsekvenser ved overtrædelse af tavshedspligten**

Overtrædelse af tavshedspligten i SL, § 132 straffes med bøde, jf. SL, § 367, stk. 1.

I tillæg hertil kan et bestyrelsesmedlem blive erstatningsansvarlig for uagtsomt eller forsægtigt at have tilsidesat sin tavshedspligt, hvis selskabet lider et økonomisk tab som følge heraf, jf. SL, § 361, stk. 1.

5. **VURDERING AF LOYALITETSPLIGT OG TAVSHEDSPLIGT**

5.1 **Loyalitetspligt**

Ved at sende E-mailen til ejeren (repræsenteret ved borgmesteren og kommunaldirektøren) og ved efterfølgende at udtale sig til pressen videregav Bettina Eriksen oplysninger, som hun havde opnået kendskab til som led i udførelsen af sit bestyrelsesarbejde i KF.

I forhold til, om Bettina Eriksens har tilsidesat sin loyalitetspligt ved videregivelse af de pågældende oplysninger, er det afgørende, om Bettina Eriksen vurderes at have handlet i strid med KF's interesse.

Oplysningerne, som Bettina Eriksen videregav, var omfattet af dagsordenspunkter, som bestyrelsen konkret havde truffet beslutning om skulle være lukkede. Det har derfor formodningen for sig, at det ikke vil være i KF's interesse at videregive disse oplysninger. Videregivelsen var også i strid med KF's forretningsorden, som fastlægger, at alle oplysninger, som et bestyrelsesmedlem modtager, er fortrolige, ligesom det angives, at det er KF's formand og direktør, der repræsenterer KF udadtil.

Et bestyrelsesmedlem, der er uenig med en beslutning truffet i bestyrelsen, har ret til at få ført sin mening til referat. Ligeledes bør bekymringer vedrørende bestyrelsens arbejde håndteres internt, og kun i helt særlige tilfælde kan der være grund til at bryde bestyrelsens fortrolige rum og involvere "eksterne". Der er intet i det for os fremlagte materiale, der indikerer, at Bettina Eriksen har rejst sine bekymringer om bestyrelsens arbejde eller beslutninger over for bestyrelsen selv.

For så vidt angår E-mailen er der dog tale om en fortrolig og forsvarlig henvendelse til KF's eneejer, hvor Bettina Eriksen rejser saglige bekymringspunkter om KF's virke. Det forhold, at der efterfølgende opnås aktindsigt i E-mailen, ændrer ikke herved. For så vidt angår E-mailen burde Bettina Eriksen havde gjort mere for at forsøge at få adresseret sine bekymringer internt i bestyrelsen, men henvendelsen vurderes ikke i sig selv at være i strid med selskabets interesse og dermed ikke en tilsidesættelse af Bettina Eriksens loyalitetspligt.

I forhold til Bettine Eriksens udtalelser til pressen er det væsentligt, at Bettina Eriksen forinden havde rejst sin bekymring over for bestyrelsen og KF's eneejer. Der forekommer derfor ikke at være nogen saglig begrundelse for, at Bettina Eriksen skulle udtale sig til pressen i strid med selskabets forretningsorden. Bettina Eriksens udtalelser til pressen om bl.a. det ifølge Bettina Eriksen mangelfulde dokumentations- og beregningsgrundlag i henhold til projektet samt bekymring om inhabilitet ved bestyrelsesformanden risikerer at påvirke bestyrelsens arbejdsmiljø negativt ved at gøre det fortrolige arbejdsrum illusorisk, hvilket kan skade en fri meningsudveksling og dermed ultimativt KF.

Det er derfor vores vurdering, at Bettina Eriksen ved sine udtalelser til pressen handlede i strid med selskabets forretningsorden og selskabets interesse og dermed har tilsidesat sin loyalitetspligt som bestyrelsesmedlem.

For at sikre det fremtidige samarbejde i og loyal ageren blandt bestyrelsens medlemmer bør tavshedspligten derfor indskærpes over for bestyrelsesmedlemmerne, ligesom det i yderste konsekvens kan overvejes, om kapitalejeren – eventuelt efter indstilling fra bestyrelsen – bør udskifte Bettina Eriksen som bestyrelsesmedlem på en ekstraordinær generalforsamling.

5.2 **Tavshedspligt**

Bettina Eriksen angav i E-mailen til KF's eneejer, at hun "... ikke skriver mere end hvad du i forvejen ved som ejer". Til trods herfor videregav Bettina Eriksen dog, efter det for os fremlagte materiale, nye oplysninger, herunder om beslutningsprocessen og stemmeudfaldet af beslutningerne på bestyrelsesmøderne mv.

De nye oplysninger, som Bettina Eriksen videregav i E-mailen, vurderes dog ikke at udgøre drifts- eller forretningshemmeligheder eller i øvrigt at være følsomme oplysninger om KF, da de ikke er egnede til at påvirke KF's drift, igangværende forhandlinger eller lignende. Allerede da oplysningerne dermed ikke er omfattet af den sanktionsbelagte del af tavshedspligten, er det vores vurdering, at Bettina Eriksen ved afsendelse af E-mailen ikke overtrådte den strafbare del af tavshedspligten i henhold til SL, § 132.

For så vidt angår Bettina Eriksens udtalelser til pressen videregav Bettina Eriksen oplysninger om bl.a. det ifølge Bettina Eriksen mangelfulde dokumentations- og beregningsgrundlag i henhold til projektet samt bekymring om inhabilitet ved bestyrelsesformanden. I det for os fremlagte materiale fremgår det, at byrådsmedlem i Kerteminde Kommune, Alex Haurand, allerede har offentliggjort tal og beregninger fra temamødet 13. oktober 2022, inden Bettina Eriksen udtaler

sig herom til pressen. Endvidere havde habilitetsproblematikken i relation til bestyrelsesformanden tillige været behandlet i diverse nyhedsmedier forud for Bettina Eriksens udtalelser.

Bettina Eriksen har ved sine udtalelser til pressen ikke eller kun i ubetydeligt omfang udtalt sig om sagen ud over, hvad der allerede er offentligt kendt, og oplysningerne vurderes i øvrigt ikke at udgøre drifts- eller forretningshemmeligheder eller andre følsomme oplysninger, hvorfor det vurderes, at Bettina Eriksen heller ikke ved sine udtalelser til pressen har overtrådt den strafbare del tavshedspligten i henhold til SL, § 132.

Hellerup, den 16. maj 2023
Horten

Line Markert