

Legal risk management

Jon Iversen

Legal risk management

FORLAGET THOMSON
—★—™
GadJura

Jon Iversen
Legal risk management
1. udgave/1. oplag
© Forlaget Thomson A/S, København 2004

ISBN 87-619-0965-3

Omslag: Dansk Idéselskab, Søborg
Sats og tryk: BookPartner A/S, København

Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse
af denne bog eller dele af den er ikke tilladt
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.
Alle rettigheder forbeholdes.

Indhold

Forord	9
<i>Kapitel 1</i>	
Indledning	14
God corporate governance	14
Indledning og definitioner	14
God corporate governance – hvorfor?	16
Corporate governance initiativer	18
Enterprise risk management	29
Indledning	29
Virksomhedens individuelle forhold	35
Fastlæggelse af virksomhedens mål	36
Identifikation af muligheder og risici	37
Vurdering af muligheder og risici	37
Håndtering af muligheder og risici	41
Kontrol, overvågning og kommunikation	42
Implementering i virksomheden	44
<i>Kapitel 2</i>	
Virksomheden og juridisk rådgivning	48
Indledning	48
Intern juridisk rådgivning	49
Indledning og nogle grundlæggende sondringer	49
Opgaver	52
Organisation	53
Juridiske værktøjer	57
Ekstern juridisk rådgivning	60
Indledning	60
Valg af ekstern advokat	61
Beauty contests	64
Økonomi	73
Instruktion, brug og kontrol af ekstern advokat	82

Indhold

Kapitel 3

Virksomheden og legal risk management	85
Indledning	85
Virksomhedens individuelle forhold	89
Fastlæggelse af juridisk afdelings mål	95
Identifikation af juridiske muligheder og risici	98
Vurdering af juridiske muligheder og risici	109
Håndtering af juridiske muligheder og risici	111
Kontrol, overvågning og kommunikation	115
Implementering i virksomheden	119

Kapitel 4

Structural risk management	122
Indledning	122
Risikospredning og valg af selskabsform	128
Hæftelses- og straffeforhold	131
Indledning	131
Hæftelsesgennembrud og erstatningskrav	132
Støtteerklæringer	137
Strafansvar – moderselskabet, datterselskabet eller den ansatte?	139
Handel over grænser og mellem koncernselskaber	142

Kapitel 5

Regulatory risk management	151
Indledning	151
Indhold og opbygning	156
Implementering i multinationale virksomheder	163
Udvalgte retsområder	165
Indledning	165
Arbejdsret, arbejdsmiljø og arbejdssikkerhed	165
Børs- og selskabsret	174
Konkurrenceret	183
Miljøret	194
Markedsføringsret	199
Persondataret	208
Produktsikkerhed og produktansvar	213

Kapitel 6

Contractual risk management	227
Indledning	227

Indledende undersøgelser	232
Standardaftaler	234
Manual i aftaleindgåelse	235
Indledning	235
Aftaleformen og fortolkningsregler	237
Kort om aftalers indhold – udvalgte bestemmelser	239
Parterne	239
Præampel	241
Definitioner	242
Leveringsbestemmelser	242
Immaterielle rettigheder	243
Fortrolighedsbestemmelser	244
Konkurrencebegrænsninger	245
Produktansvar	246
Ansvarsfraskrivelser	249
Konventionalbod	251
Change of control og overdragelse af aftalen	253
Opsigelse og ophør	254
Lovvalg	254
Værnetingsaftaler	258
Manual i ophør af aftaler	261
Indledning	261
Fortrydelsesret	262
Ugyldighed	263
Ophævelse af aftaler	264
Opsigelse af aftaler	266
Inkasso-regler	267

Kapitel 7

Litigation risk management	269
Indledning	269
Forebyggende foranstaltninger	273
Indledning	273
Lovvalg	274
Tvistløsningsforum	276
Alternative dispute resolution (ADR)	281
Håndtering af juridiske tvister	283
Indledning	283
Early case assessment	284
Indhentelse af baggrundsoplysninger	285
Partseditationspligt	286

Indhold

Bevisindsamling	288
Fastlæggelse af strategi	289
Interne retningslinier	290
Forkyndelse	290
Hvem skal føre sagen?	292
Omkostninger	293

Kapitel 8

Document risk management	294
Indledning	294
Virksomhedens dokumenter	298
Indledning	298
Kommunikationskultur	299
Legal privilege	301
Virksomhedens dokumenthåndtering	304
Kategorisering af dokumenter	304
Dokumenthåndteringsprocedurer	305
Diverse links	315
EU institutioner	315
Myndigheder i Danmark	315
Myndigheder i USA	315
Børser	316
Domstole og voldgiftsretter	316
Find en advokat	316
Revisionsfirmaer og deres organisationer	316
Jurist- og advokatforeninger	317
Corporate governance	317
Informationssøgning og diverse juridiske medier	317
Internationale konventioner mv.	318
Andre links	319
Stikordsregister	321

Forord

Emnet legal risk management er særdeles omfangsrigt, hvorfor det ikke er muligt i en bog som denne at behandle alle facetter heraf. Uanset at bogen blot beskriver udvalgte lovregler i hovedtræk, er dette gjort ved brug af en lang række eksempler og sondringer, der forhåbentlig vil kunne inspirere virksomheder i arbejdet med udarbejdelsen af mere detaljerede risk management-programmer, der er særligt tilpasset virksomhedernes individuelle forhold. Bogen giver i punktform anbefalinger til indholdet af sådanne programmer og er tænkt som en håndbog til identifikation af områder, hvor virksomheder med fordel kan evaluere hensigtsmæssigheden af deres nuværende juridiske setup og procedurer.

Både små og store virksomheder vil kunne få udbytte af at læse bogen, om end små virksomheder blot bør "plukke" de anbefalinger, der i lyset af deres størrelse og konkrete aktiviteter er relevante. Den primære målgruppe for bogen er større danske virksomheder, der også har aktiviteter uden for Danmarks grænser. Bogen beskriver derfor arbejdet med legal risk management i et internationalt perspektiv.

Corporate governance og risk management er termer, der benyttes globalt. Der er imidlertid mange termer – særligt f.s.v.a. risk management – der endnu ikke er entydigt defineret på dansk. For at undgå de misforståelser der kan opstå ved en oversættelse til dansk, samt fordi concernsproget i mange multinationale virksomheder er engelsk, benyttes i bogen de almindeligt anvendte engelske termer.

Uanset at bogen anlægger en juridisk tilgangsvinkel til risk management, er den søgt skrevet i et sprog, der ikke forudsætter juridisk indsigt eller uddannelse. En række personer uden juridisk baggrund har således bistået med at luge ud i de juridiske udtryk, der havde sneget sig ind i de første manuskripter. Da bogen endvidere i vidt omfang henviser til fra medierne kendte eksempler på juridiske risici af forskellig art, er det mit håb, at bogen kan være en inspirationskilde for virksomhedsejere, bestyrelsesmedlemmer, CEOs, CFOs, virksomhedsjuri-

Forord

ster, risk managers og andre, der i overensstemmelse med god corporate governance har interesse i eller til ansvar at implementere sunde juridiske rutiner i en virksomhed.

Inden dette bogprojekt blev søsat, etablerede jeg en studiegruppe, hvis medlemmer er ansat i forskellige typer virksomheder og har forskellig uddannelsesmæssig baggrund. Formålet hermed var at få lejlighed til at sparre med personer, der til daglig beskæftiger sig med forskellige aspekter af corporate governance, enterprise risk management og legal risk management.

Uanset at ansvaret for bogens indhold naturligvis er mit eget, har en række af studiegruppens medlemmer bidraget med særdeles værdifuldt input i forbindelse med tilblivelsen af denne bog, og uden deres medvirken ville bogens praktiske anvendelighed have været betydeligt lavere. En stor tak skal derfor rettes til følgende i alfabetisk rækkefølge opregnede personer:

Ulrik Andersen, General Counsel, Vice President og advokat i Carlsberg, er uddannet jurist og har endvidere erhvervet en LL.M.-grad i Commercial law fra Bristol University. Ulrik har tidligere i seks år arbejdet som advokat i København hos henholdsvis Gorrissen Federspiel Kierkegaard og Dragsted Advokater. Endvidere har Ulrik arbejdet i to år i England hos Holman, Fenwick, Willan. I 1997 blev Ulrik ansat i Carlsberg, hvor han p.t. er medlem af Carlsbergs ledelse og chef for den koncernjuridiske afdeling.

Thomas Arendt, Legal Counsel og advokat i NKT Holding er uddannet jurist og advokat fra advokatfirmaet Kromann Reumert. I 1998-1999 gennemførte Thomas en Master in International Business på Ecole Supérieure de Commerce de Grenoble, Frankrig, hvorefter han i en kortere periode arbejdede i Udenrigsministeriet. Siden 2000 har Thomas været ansat som advokat i det juridiske sekretariat i NKT Holding A/S og rådgiver såvel koncerndirektionen som de enkelte koncernselskaber om juridiske og forretningsmæssige forhold. NKT Holding A/S er moderselskab for Nilfisk-Advance-koncernen, NKT Cables-koncernen samt en række vækst- og udviklingsselskaber.

Kim Bundegarrd, Vice President, Corporate Tax and Financial Corporate Governance, i Novo Nordisk er uddannet statsautoriseret revisor og har arbejdet i ti år som revisor hos PricewaterhouseCoopers i København og London. I 1999 blev han ansat hos Novo Nordisk med ansvar for koncernens eksterne regnskab og skat samt efterfølgende

med ansvar for udvikling af finansielle corporate governance initiativer. I relation til finansielle corporate governance initiativer har Kim bl.a. medvirket til etablering af centralt risk reporting system, etablering af Audit Committee samt udvikling og implementering af corporate governance i Novo Nordisk-koncernen, bl.a. på baggrund af compliance-krav fra fondsbørserne i København, London og New York.

Jan Schans Christensen, professor, dr.jur. ved Københavns Universitet, er uddannet jurist og har tidligere arbejdet som praktiserende advokat i København og New York – i perioden fra 1990-2000 i København som partner i Bech-Bruun & Trolle (Bech-Bruun Dragsted). Jan har skrevet adskillige bøger og artikler om selskabsret, børsret og virksomhedsoverdragelse og har siden 2000 arbejdet som professor i selskabsret ved Københavns Universitet. Jan er medstifter og formand for Dansk forening for selskabsret og medlem af den af Europa-Kommissionen nedsatte High Level Group of Company Law Experts.

Janne Glæsel, partner og advokat i Bech-Bruun Dragsted. Janne's hovedarbejdsområder er immaterialret, markedsføringsret, persondatatabeskyttelse og IT- og teleret, ligesom hun har medvirket i forbindelse med udviklingen af compliance-programmer om persondatatabeskyttelse, markedsføringsret og indgåelse af aftaler. Janne er medforfatter til diverse artikler og publikationer om forsknings- og udviklingsaftaler og IT-retlige emner. P.t. er Janne medlem af Bech-Bruun Dragsteds bestyrelse og næstformand i Rådet for IT-sikkerhed samt i Datarådet.

Peter Løvgren, Commercial Counsel hos medicinalfirmaet Alpharma ApS er uddannet jurist fra Aarhus Universitet og advokat fra advokatfirmaet Bech-Bruun & Trolle (Bech-Bruun Dragsted). Mens Peter arbejdede som advokat i Bech-Bruun Dragsted, rådgav han primært om selskabs- og immaterialretlige forhold, i hvilken periode han tillige i forbindelse med en udstationering i knapt et år arbejdede som koncer-nadvokat hos FLS Industries A/S. Som advokat har Peter bl.a. ydet rådgivning til en række internationale virksomheder indenfor legal risk management, herunder i forbindelse med udvikling og implementering af compliance programmer indenfor persondataret, markedsføringsret og aftaleindgåelse.

Peder Nedergaard Nielsen, chefjurist og advokat i DSB, er uddannet jurist. Efter i tre år at have arbejdet som advokat i København, blev han i 1993 ansat hos KMD. I 1996 var Peder med til at etablere Kvalitetsinstituttet for Servicesektoren. I 1997 blev han ansat i TDC og fik

Forord

i 2000 ansvaret for TDC's internationale juridiske afdeling. De seneste to år har Peder været projektansvarlig for TDCs køb og salg af virksomheder. Han har i flere år været medlem af bestyrelsen for forskellige TDC datterselskaber. 1. januar 2004 tiltrådte Peder en stilling som chefjurist i DSB, med overordnet ansvar for DSBs juridiske forhold.

Steen Olsen, Legal Counsel og advokat i VKR Holding, er uddannet jurist og har tidligere arbejdet som advokat hos to københavnske advokatkontorer. Efter erhvervelsen af en LL.M.-grad i London blev han i 2001 ansat hos VKR Holding A/S. P.t. er Steen ansvarlig for VKRs konkurrenceretsgruppe, herunder konkurrenceretlig compliance, ligesom han sideløbende med den juridiske sagsbehandling leder VKRs afdeling for Risk Analysis. Sidstnævnte forestår koordineringen af VKRs risk managementaktiviteter, herunder i relation til forsikringsforhold.

Bjørn Raasteen, Vice President, Corporate Legal & Tax og advokat i ISS, er uddannet jurist og har arbejdet som advokat ved advokatfirmaerne Hjejle, Gersted og Mogensen og Jonas Bruun i henholdsvis syv år og fire år. I 1999 tiltrådte Bjørn en stilling som advokat i ISS, hvor han sammen med general counsel bl.a. har haft ansvaret for udarbejdelsen af ISS koncernens konkurrenceretlige compliance-program samt af en Corporate Legal Manual, der beskriver og sætter standarder, herunder for koncernens selskabs- og børsretlige forhold, M&A-relateret arbejde, ansættelsesret, incentive-programmer, kontrakter, immaterielle rettigheder, risk management, finansielle aftaler, organisering af datterselskaber og brug af ekstern juridisk bistand.

Gitte Bejer Reckendorff, chefjuridisk rådgiver i Danske Bank, er uddannet jurist og har gennem en lang årrække arbejdet i mange forskellige funktioner i Danske Bank. P.t. arbejder Gitte som chefjuridisk rådgiver i bankens Koncern Service Center og har ansvaret for servicecenterets juridiske afdeling. Her arbejder hun blandt andet med bankens eksterne kontrakter og produktudvikling. Endvidere har Gitte undervist som ekstern lektor i obligationsret ved Københavns Universitet.

Dorte Rolf, Group Compliance Officer og advokat i A.P. Møller-Mærsk, er uddannet jurist og har endvidere erhvervet en LL.M.-grad i European Legal Studies fra Exeter University, ligesom hun er søretskandidat fra Oslo Universitet. Dorte har tidligere arbejdet på advokatkontorer i Danmark og USA. I 1997 blev Dorte ansat som advokat

i Møller – Mærsk, hvor hun p.t. er ansvarlig for A.P. Møller-Mærsk-gruppens konkurrenceretlige compliance-program.

Poul Skadhede, administrerende direktør i Valcon, er uddannet cand.merc. og har endvidere en baggrund som reserveofficer i forsvarret. Poul har tidligere arbejdet som konsulent i Andersen Consulting (Accenture), Sant + Bendix samt PricewaterhouseCoopers og har herudover været ansat i Scanpoint og B-K Medical. I 2000 stiftede Poul Valcon, hvor han i dag er administrerende direktør. Valcon er over 4 år vokset til 40 konsulenter og blev i 2004 tildelt DI's konsulentpris. P.t. arbejder Poul primært med strategi, M&A, restruktureringer samt Performance Management.

Ian Tokley, Solicitor og Senior Counsel i Bech-Bruun Dragsted, er uddannet engelsk solicitor og er tidligere partner i det engelske advokatfirma Herbert Smith. Ian har i over tyve år rådgivet i både Europa og Asien om juridiske aspekter af corporate finance, og har i den forbindelse været ekstern rådgiver for China Securities Regulatory Commission og Hong Kong Securities and Futures Commission. Han har været medlem af flere lovreformudvalg, herunder det udvalg der forestod reformeringen af Hong Kongs og Kinas selskabslovgivning. Ian har undervist på post graduate-uddannelser ved University of Hong Kong og Tsinghua University i Beijing. Han har skrevet syv bøger om juridiske aspekter af corporate finance samt diverse artikler. P.t. arbejder Ian som advokat hos Bech-Bruun Dragsted og er tilknyttet Bech-Bruun Dragsteds kapitalmarkedsfaggruppe.

Endelig skal en stor tak rettes til advokaterne Thomas Krüger Andersen, Helle Nøhr Larsen, Carsten Pedersen og Henriette Soya for relevant input til indholdet af udvalgte risk management-programmer samt til min far Flemming Iversen, der på baggrund af sit mangeårige virke som virksomhedsrådgiver, har givet mange gode råd og ydet værdifuld bistand i forbindelse med korrekturlæsning.

Med henblik på udgivelse af senere udgaver af denne bog, er alle kommentarer, forslag til rettelser, tilføjelser og yderligere eksempler særdeles velkomne og kan sendes til jon.iversen@alumni.insead.edu.

København, august 2004
Jon Iversen

Indledning

God corporate governance

Indledning og definitioner

Denne bog består af to halvdele. Kapitlerne 1-3 udgør den almindelige del, der beskriver arbejdet med corporate governance og enterprise risk management, virksomhedens brug af intern og ekstern juridisk rådgivning samt en række generelle karakteristika ved et velfungerende legal risk management-system. Kapitlerne 4-8 udgør den specielle del, hvor konkrete anbefalinger til indholdet af en række legal risk management-programmer er beskrevet, ligesom problemstillingerne og risiciene er søgt illustreret ved en lang række eksempler.

Henset til at legal risk management indgår som en vigtig del af enterprise risk management, der igen er en vigtig del af god corporate governance, har jeg i dette indledende kapitel fundet det relevant med en kort introduktion til corporate governance og enterprise risk management. Læsere, der allerede har et godt kendskab til disse emner, kan overveje at springe dette kapitel over og starte ved kapitel 2.

The Economist skrev i 1994 følgende om corporate governance:

Everywhere shareholders are re-examining their relationships with company bosses – what is known as their system of ‘corporate governance.’ Every country has its own, distinct brand of corporate governance, reflecting its legal, regulatory and tax regimes. The problem of how to make bosses accountable has been around ever since the public limited company was invented in the 19th century, for the first time separating the owners of firms from the managers who run them.¹

Corporate governance handler således bl.a. om at sikre, at det er virk-

1. The Economist, “Corporate Governance: Watching the Boss”, 29. januar 1994.

somhedens ejere repræsenteret ved bestyrelsen – og ikke virksomhedens ledelse – der fastlægger, hvilke mål virksomheden skal nå, herunder hvilke risici der kan accepteres i forsøget herpå.

Corporate governance kan defineres på mange måder. I Danmark er corporate governance blevet defineret som:

De mål, en virksomhed styres efter, og de overordnede principper og strukturer, der regulerer samspillet mellem ledelsesorganerne i virksomheden, ejerne samt øvrige interessenter.²

OECD anvender følgende definition:

The relationships between a company's management, its board, its shareholders and other stakeholders. Corporate governance provides the structure through which the objectives of the company are set, and the means of attaining those objectives and monitoring performance are determined.³

International Chamber of Commerce's ("ICC") definition på corporate governance medtager et element af compliance:

Corporate governance is the relationship between corporate managers, directors and the providers of equity, people and institutions who save and invest their capital to earn a return.

It ensures that the board of directors is accountable for the pursuit of corporate objectives and that the corporation itself conforms to the law and regulations.

Uanset de forskellige definitioner synes udgangspunktet for corporate governance debatten i dag at være skabelse af værdi i bred forstand til

2. Nørby-rapport II, side 6. Nørby-rapport II er beskrevet nedenfor.

3. OECD, "Experiences from the Regional Corporate Governance Roundtables", 22. marts 2004.

Kap. 1: Indledning

gavn for virksomhedens interessenter,⁴ herunder aktionærerne (ejerne), medarbejderne, kunderne, leverandørerne, kreditorerne, naboerne, lokalområdet, etc. (herefter betegnet “stakeholders” og skabelse af “stakeholder value”).

Enron, MCI, WorldCom, Arthur Andersen, Tyco, Adecco, Ahold, Parmalat og de øvrige erhvervsskandaler i USA og Europa har medført en fornyet fokus på corporate governance med den følge, at nye regler og retningslinier er blevet vedtaget. Ud over de internationale corporate governance-initiativer har en lang række lande i dag retningslinier for, hvad der nationalt anses for at være god corporate governance. Flere af disse retningslinier har efterfølgende undergået flere opdateringer.

Nedenfor beskrives de vigtigste af disse initiativer, ligesom de corporate governance-initiativer, der har særlig relevans for risk management kort introduceres.

God corporate governance – hvorfor?

Enhver organisation, uanset om der er tale om en virksomhed, et ministerium, en kommune eller en fodboldklub, har en tendens til at miste momentum, hvis den ikke udsættes for den fornødne eksterne påvirkning. I virksomheder udøves ekstern påvirkning primært i form af konkurrence fra andre virksomheder, pres fra kunder og leverandører/långivere, råd fra eksterne rådgivere og ikke mindst som følge af krav fra aktionærerne (ejerne). Et af formålene med de danske corporate governance-initiativer, som beskrevet nedenfor, er da også at inspirere danske virksomheder samt deres bestyrelser og direktioner til at tackle de strategiske udfordringer, som følger af globaliseringen, og der igennem styrke virksomhedernes konkurrenceevne.

Det er en forudsætning for sikring af den fornødne eksterne påvirkning, at der er gennemsigtighed i virksomhedens organisation og i kommunikationen med dens stakeholders. Derved sikres det også, at virksomhedens stakeholders bliver i stand til at se, hvilken virksomhed de har med at gøre.

Fondsbørsen gennemførte i forbindelse med det seneste danske corporate governance-initiativ en undersøgelse, hvoraf det fremgår, at der

4. Se bl.a. Lutgart Van den Berghe, “Corporate Governance in a globalising world: Convergence or divergence”, 2002.

er en generel opfattelse blandt virksomhedsledere og storaktionærer,⁵ at god corporate governance:

1. er med til at øge tilliden og troværdigheden til virksomheden og dens ledelse,
2. skaber øget værdi for aktionærerne,
3. forbedrer virksomhedens internationale omdømme og
4. gør virksomheden mere attraktiv at investere i, herunder også for udenlandske investorer.

Sidstnævnte understøttes af en række undersøgelser og er bl.a. beskrevet i en artikel offentliggjort i *The McKinsey Quarterly*.⁶ I sidstnævnte konkluderes bl.a., at institutionelle investorer i såkaldte emerging market-virksomheder⁷ er villige til at betale op til 30 procent ekstra for aktier i virksomheder, der praktiserer god corporate governance, ligesom disse virksomheder har en højere price-to-book ratio,⁸ hvilket indikerer, at investorerne også i praksis belønner arbejdet med god corporate governance. I Norden antager McKinsey, at belønningen for indførelse af god corporate governance er en ca. 20 procent værdiforøgelse. Også f.s.v.a. investering i danske virksomheder vil graden af god corporate governance derfor være af stor vigtighed i forsøget på at tiltrække risikovillig kapital, herunder i særlig grad udenlandsk kapital.⁹

Kreditvurderingsinstitutter tillægger efterhånden også god corporate governance stor vigtighed. Dårlig corporate governance risikerer således at påvirke virksomhedens finansieringsmuligheder negativt med deraf øgede finansieringsomkostninger til følge.

5. Jf. Nørby-rapport II, siderne 7 og 8.

6. Roberto Newell and Gregory Wilson in *The McKinsey Quarterly*, "A premium for good governance", nr. 3, 2002.

7. Dette er virksomheder hjemhørende i udviklingslande.

8. Forholdet mellem markedsprisen på en aktie og dens bogførte værdi.

9. Se således Børsen, "Virksomheder belønnes for god opførelse", 30. marts 2004, hvori det fremgår, at investeringsbanken Alfred Berg/ABN Amro i sine aktieanalyser er begyndt at give virksomheder en corporate governance-vurdering. En af de seks kategorier virksomhederne bliver målt på er interne kontrolprocedurer. Se endvidere *Jyllands-Posten*, "Amerikansk kritik af A.P. Møller", 3. august 2004, hvoraf det fremgår, at den californiske pensionsfond CalPERS indgår i en aktiv dialog med de virksomheder, som fonden har investeret eller agter at investere i, med henblik på at få virksomhederne til at overholde de af fonden fastsatte corporate governance-retningslinier.

Kap. 1: Indledning

Tilsvarende vil det normalt være muligt at forhandle forsikringspræmier ned, hvis virksomheden kan dokumentere, at den har indført fornuftige corporate governance-procedurer – specielt f.s.v.a. risk management.¹⁰

Endelig lader det til, at lovgiver har til sinds at belønne virksomheder, der drives i overensstemmelse med god corporate governance. Således foreslog regeringen den 23. februar 2004 i forbindelse med lanceringen af sit “noget for noget-program” et nyt koncept for kontrol af såkaldte mønstervirksomheder. Tanken bag programmet er, at mønstervirksomheder skal kunne slippe for den strengere offentlige kontrol, “normale” virksomheder er underlagt, dog således at straffen bliver tilsvarende hårdere, hvis en mønstervirksomhed senere tages i dårlig corporate governance.

Konkluderende er der således mange gode argumenter for, at virksomheden bør fokusere på og bruge ressourcer på indførelse af god corporate governance, idet dette i et langsigtet perspektiv synes at være en forudsætning for at kunne fastholde og skabe stakeholder value.

Corporate governance initiativer

OECD: OECD vedtog ultimo april 2004 en opdateret version af organisationens i 1999 vedtagne corporate governance retningslinier.¹¹ Europa-kommissionen (herefter betegnet “Kommissionen”) havde deltaget aktivt i denne opdateringsproces.

I forhold til de nedenfor beskrevne nationale corporate governance retningslinier, er OECD-retningslinierne af mere generel og overordnet karakter, bl.a. fordi de spænder bro over store kulturelle og historiske forskelle.¹² Uanset den generelle karakter, er det i relation til risk management værd at bemærke, at god corporate governance f.s.v.a. gennemsigthed ifølge OECD bl.a. indebærer, at “*Disclosure should include, but not be limited to, material information on material foreseeable risk fac-*

10. Se bl.a. artiklen i Marsh Risikoorientering, “Sammenhæng mellem god Corporate Governance og forsikringspræmiens størrelse?”, nr. 1, februar 2004.

11. OECD, “Principles of Corporate Governance”, 22. april 2004.

12. Fx er en virksomheds aktier i USA og England typisk spredt mellem mange aktionærer, mens der i kontinentaleuropæiske virksomheder ofte findes en kontrollerende aktionær. Endvidere er det i USA og England ikke almindeligt med medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer, mens dette fx i Danmark og i Tyskland er påbudt ved lov. Tilsvarende kan banker i nogle lande frit erhverve aktier og har i stort omfang benyttet sig heraf, mens bankers aktieerhvervelse i andre lande er begrænset gennem lovgivning.

tors”, ligesom det fremgår af afsnittet om bestyrelsens opgaver, at “*The board should fulfil certain key functions, including reviewing and guiding ... risk policy ... [and] ensuring ... that appropriate systems of control are in place, in particular, systems for risk management, financial and operational control, and compliance with the law and relevant standards*”.

OECD har også udstedt retningslinier for multinationale virksomheder,¹³ der bl.a. berører emner såsom arbejdsforhold, miljø, korrupsion, forbrugerforhold, konkurrence og skatteforhold.

USA: Enron-skandalen og de øvrige amerikanske erhvervsskandaler, der fulgte efter, bevirkede, at tilliden til det amerikanske aktiemarked og dets aktører led et alvorligt knæk. Med det Hvide Hus i spidsen blev alle sejl sat til for at genskabe tilliden til aktiemarkedet gennem en tipunkts handlingsplan. Resultatet blev vedtagelsen af Sarbanes-Oxley Act ultimo juli 2002, der medførte, at amerikanske firmaer for alvor fik sat god corporate governance og risk management på dagsordenen.

De retningslinier, der er udstukket i Sarbanes-Oxley Act, har haft og har stadig indflydelse på Europas og resten af verdens corporate governance retningslinier, hvorfor en række af lovens centrale principper og bestemmelser i det følgende er beskrevet.¹⁴

Sarbanes-Oxley Act er en rammelov, der udstikker nogle regler og principper, og som giver det amerikanske børstilsyn – Securities and Exchange Commission (“SEC”) – kompetence til at udstikke udfyldende og detaljerede værdipapirregler. Vedtagelsen af loven betød, at den amerikanske børsregulering bevægede sig fra i udpræget grad at være markedsreguleret til i højere grad at være restriktiv og lovreguleret.

De generelle regler og principper udstukket i Sarbanes-Oxley Act har bl.a. til formål, at:

1. Skabe større gennemsigtighed om virksomheders ledelsesmæssige forhold,
2. Styrke den interne kontrol og rapportering i virksomheder, og
3. Føre øget kontrol med virksomheders eksterne revision.

13. OECD, “The OECD Guidelines for multinational companies”, 2000.

14. Se bl.a. The European Lawyer, “What Europe can learn from America’s scandals”, maj 2004.

Kap. 1: Indledning

Af de mere konkrete regler, der er trådt i kraft som følge af vedtagelsen af Sarbanes-Oxley Act, kan nævnes:

1. Krav om at bestyrelsen nedsætter en revisionskomité med mindst tre uafhængige medlemmer og mindst én regnskabsekspert.¹⁵
2. Krav om interne kontrolprocedurer.
3. Krav om at den ansvarlige partner fra virksomhedens eksterne revisor maksimalt må lede revisionen af virksomheden i en periode på fem år. Herefter skal en anden partner (eventuelt fra samme firma) overtage ansvaret.
4. Pligt for både interne og eksterne advokater til at underrette virksomhedens ledelse, hvis de bliver opmærksomme på lovovertrædelse begået af virksomheden eller dens ansatte.
5. Forbud for virksomheden mod at yde lån til medlemmerne af direktionen eller bestyrelsen.
6. Indførelsen af personligt ansvar, herunder strafansvar for CEOs og CFOs i relation til rigtigheden af offentliggjorte regnskabsoplysninger.
7. Pligt for CEOs og CFOs til at tilbagebetale bonus og andre resultatbaserede former for løn, hvis det viser sig, at bonussen er udbetalt på baggrund af regnskaber, der ikke er retvisende.
8. Strafansvar for virksomhedens ledelse og revisor hvis der sker bortskaffelse af regnskabs- og revisionsdokumentation.
9. Bedre beskyttelse af såkaldte “whistle blowers”, gennem strafansvar for ledelsen, hvis en ansat degraderes eller afskediges som følge af at vedkommende har anmeldt en lovovertrædelse begået af virksomheden eller dens ansatte til myndighederne.

Sarbanes-Oxley Act berører alle virksomheder, der er noteret på de amerikanske børser, eller som har foretaget en SEC-registreret emission af aktier eller obligationer i USA. Som eksempel kan nævnes Novo Nordisk, der ud over at være noteret på børserne i København og London, også er noteret på New York Stock Exchange i form af American Depositary Receipts (“ADRs”).¹⁶ Fordi Novo Nordisk er forplig-

15. Opfylder en virksomhed ikke regnskabsekspertkravet, finder comply or explain-princippet anvendelse.

16. Langt de fleste ikke-amerikanske virksomheder, der er noteret på børserne i USA, er

tet til at følge ovennævnte regler, og fordi virksomheden arbejder målrettet med corporate governance, nedsatte Novo Nordisks bestyrelse i marts 2004 en revisionskomité, som har ansvaret for bl.a. at føre tilsyn med eksterne revisorer og at forbedre muligheden for, at Novo Nordisk kan blive gjort opmærksom på eventuelle uregelmæssigheder i forbindelse med regnskabsaflæggelsen.¹⁷

Også New York Stock Exchange ("NYSE") og NASDAQ har været aktive i relation til corporate governance. NYSE udstedte således i slutningen af 2003 "Final NYSE Corporate Governance Rules", der den 4. november 2003 var blevet godkendt af SEC. Reglerne foreskriver bl.a., at en børsnoteret virksomheds revisionskomité skal diskutere virksomhedens politik i relation til risikovurdering og risk management. Endelig skal børsnoterede virksomheder vedtage og offentliggøre en såkaldt "code of business conduct", der bl.a. skal indeholde compliance-standarder og -procedurer, herunder compliance med love og andre regler, ligesom de ansatte skal opfordres til at rapportere lovovertrædelser uden risiko for efterfølgende repressalier.

Ovennævnte initiativer suppleres af en lang række corporate governance initiativer fra diverse organisationer mv.¹⁸

EU: På baggrund af en sammenligning af de enkelte EU's medlemsstaters corporate governance retningslinier¹⁹ og en rapport fra den af Kommissionen nedsatte High Level Group of Company Law Experts²⁰ (herafter betegnet "Ekspertgruppen") udsendte Kommissionen den 21. maj

noteret i form af ADRs. ADRs er et værdipapir, der kan handles, men hvor de aktier, der knytter sig til ADRs, opbevares i en depotbank i virksomhedens hjemland. Depotbanken modtager udbytte, betaler lokale skatter og afgifter samt distribuerer udbytte til ADR-ejerne omvekslet til USD. Ejere af ADRs har normalt de samme rettigheder som de aktieejere, der ejer deres aktier direkte.

17. Novo Nordisk Årsskrift 2003, "Being there – hvad betyder nu det?", side 35.
18. Se fx "Principles of Corporate Governance" offentliggjort i maj 2002 fra The Business Roundtable – en organisation der repræsenterer CEO's fra en række store amerikanske virksomheder. Se hjemmesiden www.brtable.org.
19. Weil, Gotshal & Manges, "Comparative Study of Corporate Governance Codes relevant to the European Union and its Member States, januar 2002.
20. "Report of the high level group of company law experts on a modern regulatory framework for company law in Europe", 3. november 2002. Tidligere advokat og nu professor, dr. jur. i selskabsret ved Københavns Universitet, Jan Schans Christensen, er medlem af denne ekspertgruppe. Se også Jan Schans Christensens artikel i Nordisk Tidsskrift for Selskabsret, "Hvorledes kan corporate governance debatten bidrage til udviklingen i dansk selskabsret?", nr. 3, 2001.

Kap. 1: Indledning

2003 en handlingsplan,²¹ hvori den lagde op til en harmonisering af en række grundlæggende corporate governance-emner, herunder:

1. Strengere offentliggørelseskrav
2. Styrkelse af aktionærernes rettigheder
3. Modernisering af bestyrelsesarbejdet

Kommissionen foreslog endvidere, at en børsnoteret virksomheds årsrapport skal indeholde en redegørelse om virksomhedens corporate governance initiativer, ligesom virksomheden i årsrapporten bør forklare, hvis den ikke følger relevante corporate governance retningslinier udstedt af det land, hvor den er børsnoteret (herefter betegnet "comply or explain-princippet").

Kommissionen fandt det imidlertid ikke formålstjenligt for nuværende at indføre et egentligt EU corporate governance-kodeks.

Det kan udledes af Kommissionens handlingsplan, at den tager afstand fra den detaljerede og regeltunge tilgangsvinkel til corporate governance, som den amerikanske Sarbanes-Oxley Act er udtryk for, og som har påført virksomheder underlagt den amerikanske lovgivning ikke ubetydelige omkostninger.²²

Kommissionens handlingsplan var åben for kritik og kommentarer indtil udgangen af august 2003, og den 15. november samme år offentliggjorde Kommission resultatet de bemærkninger mv. handlingsplanen havde givet anledning til.²³ Blandt dem der havde kommenteret på

21. Meddelelse fra Kommissionen til Rådet og Europa-Parlamentet, "Modernisering af selskabsretten og forbedret virksomhedsledelse i Den Europæiske Union – vejen frem.", KOM (2003) 284, 21. maj 2003.

22. Jf. artiklerne i Berlingske Tidende, "Nye bogføringsregler belaster amerikanske firmaer", 11. februar 2004 og "Amerikanske regnskabsregler rammer danske virksomheder", 8. juli 2004 samt CFO Magazine, "sticker shock", 1. september 2003. Interesseorganisationen Financial Executives International vurderer, at amerikanske virksomheder med en omsætning på over USD fem mia. kan imødesee en ekstraregning det første år på kr. 4,76 mio. USD som følge af Sarbanes Oxley Act, mens virksomheder med en omsætning på under USD 25 mio. kan nøjes med en ekstraregning på USD 0,25 mio. Nogle udtrykker endvidere bekymring over, at reglerne risikerer at fjerne de ansattes fokus på de forretningsmæssige aspekter af deres arbejde, idet de ansatte i stedet fokuserer på at efterleve detaljer i reglerne.

23. Europa-kommissionen, "Synthesis of the responses to the Communication of the Commission to the Council and the European Parliament, A Working Document of DG Internal Market", 15. November 2003.

handlingsplanen var der generelt enighed om, at det ikke for nuværende er nødvendigt at udarbejde et decideret EU corporate governance-kodeks, mens der var mindre enighed om, hvilke retslige instrumenter Kommissionen bør benytte sig af i relation til handlingsplanens konkrete corporate governance-initiativer.

Kommissionen forventes at komme med de første corporate governance forslag i løbet af 2004. Således offentliggjorde Kommissionen medio marts 2004 et direktivforslag vedrørende lovpligtig revision.²⁴ Med inspiration i de amerikanske initiativer, jf. nedenfor, foreslår Kommissionen bl.a., at der etableres revisionskomitéer i børsnoterede virksomheder samt at den eksterne revisor, der er overordnet ansvarlig for en virksomheds revision udskiftes efter en vis periode – enten med en revisor fra et andet revisionsfirma (efter maksimalt syv år) eller med en revisor fra det samme revisionsfirma (efter maksimalt fem år).

Danmark: I Danmark kom corporate governance debatten forholdsvis sent i gang,²⁵ og Danmark var således et af de sidste europæiske lande til at indlede arbejdet med at udarbejde retningslinier for god corporate governance.²⁶

En forklaring herpå kan måske være, at Danmark i forbindelse med Nordisk Fjer-skandalen strammede lovgivningen op. Denne opstramning havde netop til formål at sikre bestyrelsens²⁷ og revisors²⁸ uafhængighed af virksomhedens daglige ledelse. Endvidere opererer Danmark i modsætning til fx USA og England med det to-strengede ledelsessystem, hvor hovedreglen er, at direktionen og bestyrelsen er sammensat af forskellige personer. Det er bl.a. personsammenfaldet i direktion og bestyrelse, der har tiltrukket sig opmærksomhed og givet

24. Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om lovpligtig revision af årsregnskaber og konsoliderede regnskaber og om ændring af Rådets direktiv 78/660/EØF og 83/349/EØF (KOM(2004) 177 endelig) af 16. marts 2004.

25. Det første officielle danske bidrag til debatten om corporate governance var rapporten "Debatoplæg om aktivt ejerskab" fra 1999, der var udarbejdet i et samarbejde mellem erhvervs-, finans-, skatte- og økonomiministerierne.

26. Se i øvrigt Poul Krüger Andersen, "Corporate Governance i Danmark", Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, 2003, siderne 857-874.

27. Fx indførtes aktieselskabslovens § 56, stk. 5, i henhold til hvilken er fastsat en række minimumskrav til forretningsordenen for de selskaber, der er noteret på Fondsbørsen.

28. I modsætning til virksomheder børsnoteret i USA og England er danske børsnoterede virksomheder jf. Årsregnskabslovens § 61c forpligtet til at lade deres regnskab revideres af to revisorer, hvoraf den ene skal være statsautoriseret.

Kap. 1: Indledning

anledning til debat i USA og England. Her er det stadig mere reglen end undtagelsen, at der er personsammenfald i virksomhedens direktion og bestyrelse, herunder at den administrerende direktør også er bestyrelsesformand.²⁹

I marts 2001 nedsatte daværende erhvervsminister Ole Stavad det såkaldte Nørby-udvalg med fire højt respekterede danske erhvervsfolk som medlemmer. I december samme år udsendte udvalget en rapport (herefter betegnet "Nørby-rapport I") med frivillige og ikke-bindende retningslinier for, hvad der i Danmark skal forstås ved god corporate governance.³⁰

Retningslinierne berørte følgende syv hovedområder:

1. Aktionærernes rolle og samspil med selskabsledelsen
2. Interessenternes rolle og betydning for selskabet
3. Åbenhed og gennemsigtighed
4. Bestyrelsens opgaver og ansvar
5. Bestyrelsens sammensætning
6. Aflønning af bestyrelse og direktion
7. Risikostyring

Rapporten gav anledning til betydelig debat, idet nogle fandt dens retningslinier for firkantede, mens andre mente, at rapporten var gjort for operationel, hvorved dens retningslinier var mindre egnede til visse brancher og virksomheder. Der var dog almindelig enighed om, at rapporten udgjorde et glimrende udgangspunkt for yderligere debat. Københavns Fondsbørs (herefter betegnet "Fondsbørsen") anbefalede, at de børsnoterede virksomheder i deres årsrapporter forholdt sig til rapportens retningslinier om god selskabsledelse. Bestyrelserne i alle danske KFX-selskaber diskuterede da også rapportens anbefalinger, ligesom langt hovedparten af de børsnoterede virksomheder i løbet af 2003 forholdt sig hertil i deres årsrapporter.³¹

29. I Danmark er sidstnævnte jf. aktieselskabslovens § 51 ikke tilladt for virksomheder noteret på Fondsbørsen, ligesom det er et krav, at flertallet af bestyrelsens medlemmer skal bestå af personer, der ikke er direktører i virksomheden.

30. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, "Nørby-udvalgets rapport om Corporate Governance i Danmark", december 2001.

31. Dagbladet Børsen, "Corporate Governance i fokus hos KFX-selskaber", 16. august 2002 og Nørby-rapport II, side 9.

I december 2003 udsendte Fondsbørsens Komité for god selskabsledelse dens bud på god corporate governance (herefter betegnet "Nørby-rapport II").³² Komitéen bestod af en bredere personkreds end Nørby-udvalget, om end der var en række gengangere, herunder formanden Lars Nørby Johansen (deraf navnet). Komitéen havde taget debatten, der fandt sted i forlængelse af offentliggørelsen af Nørby-rapport I, til efterretning, og havde undersøgt hvorledes virksomhederne i deres årsrapporter havde forholdt sig til retningslinierne. Endelig havde komitéen foretaget en spørgeskemaundersøgelse blandt bestyrelsesformændene og de administrerende direktører i de børsnotede selskaber. Undersøgelsen havde en forholdsvis høj svarprocent,³³ og generelt kunne det udledes, at de adspurgte havde et positivt syn på retningslinierne og på arbejdet hermed.³⁴

I forhold til Nørby-rapport I er retningslinierne i Nørby-rapport II ændret og udbygget på en række punkter. Bl.a. som følge af at resultatet af Kommissionens handlingsplan formentlig bliver indførelse af comply or explain-princippet, er en række af de mest kontroversielle retningslinier i Nørby-rapport I's retningslinier blevet lempet, herunder aldersgrænsen for bestyrelsesmedlemmer, grænsen på bestyrelsesmedlemmers valgperiode og minimumsantallet af årlige bestyrelsesmøder.³⁵ Endvidere er der i tråd med kravet i Sarbanes-Oxley Act åbnet for, at virksomheden kan nedsætte bestyrelseskomitéer/-udvalg med henblik på behandling af afgrænsede temaer – fx revisions- og/eller risk management-komitéer/udvalg – ligesom de reviderede retningslinier som et ottende hovedområde behandler revision. Endelig er det natur-

32. Fondsbørsens Komité for god selskabsledelse, "Rapport om god selskabsledelse i Danmark", december 2003.

33. Resultatet af spørgeskemaundersøgelsen kan læses på www.corporategovernance.dk.

34. Se også Eva Parnums artikel i *Revision & Regnskabsvæsen*, "Hvis corporate governance er svaret – hvad er så spørgsmålet", nr. 2, februar 2004.

35. Måske lidt overraskende fastholdes retningslinien om, at virksomheders vedtægter ikke bør indeholde stemmeretsbegrænsninger. Debatten i forbindelse med vedtagelsen af det såkaldte take-over direktiv gav anledning til betydelig debat i Europa, og fra dansk og skandinavisk side var der betydelig modstand mod direktivet, der i relation til overtageforsøg ville have medført en ophævelse af det danske system med A- og B-aktier. Ved de afsluttende forhandlinger i november 2003 kunne der imidlertid ikke samles politisk opbakning til, at den omtvistede "break through-regel" – som ellers anbefalet af Ekspertgruppen – blev implementeret i hele EU. Det er således nu op til hvert medlemsland, om denne regel skal implementeres i national ret.

Kap. 1: Indledning

ligvis glædeligt, at afsnittet om risikostyring er blevet væsentligt udbygget i Nørby-rapport II.

Nørby-rapport II blev efter sin offentliggørelse sendt i høring frem til 1. april 2004. De indkomne høringssvar blev indarbejdet i den endelige rapport, der 10. juni 2004 blev overgivet til Fondsbørsens bestyrelse. Det er herefter op til sidstnævnte at beslutte, om Nørby-rapport II skal indarbejdes i Fondsbørsens regelsæt, eller om det fortsat skal være frivilligt at følge retningslinierne. Fondsbørsen har meddelt, at Komitéen fortsætter sit arbejde,³⁶ og meget tyder på, at den endelige Nørby-rapport som følge af EU-lovgivning bliver en del af Fondsbørsens regelsæt i henhold til comply or explain-princippet.³⁷

Sammenfattende kan det konkluderes, at Nørby-rapporterne har været styrende for debatten om god corporate governance i Danmark i de senere år, og at det reviderede sæt af retningslinier i Nørby-rapport II i dag må anses for at være bredt accepteret som udgangspunktet for, hvad der i Danmark forstås ved begrebet god corporate governance.³⁸ Der er dog almindelig enighed om, at corporate governance retningslinier skal tilpasses den enkelte virksomhed.³⁹

Afslutningsvis bemærkes, at de offentlige myndigheder i relation til de statslige aktieselskaber også har gjort sig overvejelser om god corporate governance. I januar 2004 offentliggjorde finans-, trafik- og økonomi- og erhvervsministerierne rapporten "Staten som aktionær", der indgående beskriver, hvorledes staten som aktieejers bør udøve god corporate governance. Også de offentlige myndigheder er af den opfattelse,

36. Se Fondsbørsens pressemeddelelse, "Fondsbørsens komité for god selskabsledelse fortsætter sit arbejde", 10. juni 2004 og artiklen i Berlingske Tidende, "Corporate governance skudt til hjørne", 13. juli 2004.

37. Se artiklerne i Børsen, "Rygende uenighed om Nørby-anbefalinger", 23. april 2004 og "Firmaer tvinges til at forholde sig til Nørby-anbefalinger", 12. maj 2004.

38. Senest har Foreningen af Statsautoriserede Revisorer – med særlig fokus på små og mellemstore virksomheder – givet deres bud på indholdet af god corporate governance i rapporten "God selskabsledelse – i mindre og mellemstore virksomheder", november 2003, ligesom Dansk Industri med bistand fra Jens Valdemar Krenchel og Steen Thomsen i rapporten, "Corporate governance i Danmark – om god selskabsledelse i et dansk og internationalt perspektiv", marts 2004 har givet organisationens besyv.

39. Dansk Industri har rejst spørgsmålet, om fælles retningslinier for investorer og virksomheder i alle tilfælde er ønskelige, fordi der kan være interesse modsætninger. Se fx Børsen, "DI: Drop fælles anbefalinger for god selskabsledelse", 1. april 2004. Dansk Industri argumenterer således sammen med bl.a. Rederiforeningen for, at det skal være frivilligt for virksomheder at følge corporate governance-retningslinier. Se også Berlingske Tidende, "Skrappere krav til god selskabsledelse", 14. maj 2004.

at risikostyring er en vigtig del af god corporate governance, og rapporten indeholder derfor en beskrivelse af dette emne, herunder af politiske risici der er særlig relevante for statslige virksomheder.

Andre lande og organisationer: Som nævnt indledningsvis har en række andre lande og organisationer også bidraget med corporate governance-retningslinier.⁴⁰ Nedenfor er blot nævnt de engelske initiativer, idet disse har været og fortsat er en stor inspirationskilde for resten af Europa, herunder i særdeleshed de danske corporate governance-initiativer.⁴¹

Efter nogle erhvervsskandaler udsendtes i 1992 den første rapport om corporate governance – den såkaldte Cadbury-rapport⁴² – der formentlig startede corporate governance-debatten også i resten af Europa. En lind strøm af rapporter og retningslinier fulgte efter, og England har p.t. bidraget med 11 forskellige corporate governance-kodekser, hvilket gør England til det land i Europa, der har været mest produktiv på dette område.

I 1998 udarbejdedes Combined Code, som virksomheder, der er noteret på London Stock Exchange (“LSE”), er forpligtet til at forholde sig til, fordi comply or explain-princippet finder anvendelse.⁴³ Den seneste version af Combined Code⁴⁴ henter inspiration i følgende rapporter:

1. Audit Committees Combined Code Guidance udarbejdet af Sir Robert Smith (herefter benævnt “Smith-rapporten”)⁴⁵,
2. Review of the Role and Effectiveness of Non-executive Directors

40. Links til en række af disse nationale retningslinier kan findes på European Corporate Governance Institute’s hjemmeside – www.ecgi.org.

41. Se bl.a. artiklen i Børsen, “Briterne førende i Europa med corporate governance”, 12. marts 2004.

42. “Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance”, 1. december 1992.

43. London Stock Exchange Listing Rules §12.43A.

44. “The Combined Code on Corporate Governance”, juli 2003.

45. Sir Robert Smith, “Audit Committees Combined Code Guidance, A report and proposed guidance by an Financial Reporting Council (“FRC”) appointed group chaired by Sir Robert Smith”, januar 2003.

Kap. 1: Indledning

udarbejdet af Derek Higgs (herefter benævnt Higgs-rapporten”)⁴⁶
og

3. Internal Control, Guidance for Directors on the Combined Code (herefter benævnt “Turnbull-rapporten”).⁴⁷

Særligt Turnbull-rapporten er af interesse i relation til risk management, fordi den grundigt beskriver de interne kontrolmekanismer, herunder compliance-programmer og interne procedurer, som en virksomhed bør implementere og indføre.

Formålet med retningslinierne i Turnbull-rapporten er angivet at være følgende:

“– Reflect sound business practice whereby internal control is embedded in the business processes by which a company pursues its objectives;

– Remain relevant over time in the continually evolving business environment; and

– enable each company to apply it in a manner which takes account of its particular circumstances.

The guidance requires directors to exercise judgement in reviewing how the company has implemented the requirements of the Code relating to internal control and reporting to shareholders thereon.

The guidance is based on the adoption by a company’s board of a risk-based approach to establishing a sound system of internal control and reviewing its effectiveness. This should be incorporated by the company within its normal management and governance processes. It should not be treated as a separate exercise undertaken to meet regulatory requirements.”

46. Derek Higgs, “Review of the role and effectiveness of non-executive directors”, januar 2003.

47. The Institute of Chartered Accountants in England & Wales, Internal Control, “Guidance for Directors on the Combined Code”, september 1999.

Turnbull-rapporten, herunder de konkrete retningslinjer anført heri i relation til risk management, er yderligere beskrevet nedenfor.

Enterprise risk management

Indledning

“Take calculated risk. That is quite different from being rash.”

George S. Patton, amerikansk general og WW2-krigshelt.

“Risk – let’s get this straight up front – is good. The point of risk management isn’t to eliminate it; that would eliminate reward. The point is to manage it – that is, to choose where to place bets, and where to avoid betting altogether.”

Thomas A. Stewart, medlem af Fortune magazine’s redaktionskomité.

Ovennævnte citater er illustrerende for, hvad risk management handler om. For at opnå succes med det man beskæftiger sig med, er det nødvendigt at satse og dermed udsætte sig for risici. Det gælder imidlertid om at risici tages på et oplyst grundlag, således at risikoen for uheldige “overraskelser” minimeres i størst muligt omfang. Dertil kommer at god risikostyring er en god forretning. En nylig undersøgelse af nordiske investorers syn på god risikostyring synes at indikere, at god risikostyring øger en virksomheds værdi med 10-15 procent i gennemsnit.⁴⁸ God risikostyring udgør derved den primære årsag til den værdiforøgelse, der er nævnt i ovennævnte McKinsey-rapport, som for en nordisk virksomhed vil være resultatet af indførelsen af god corporate governance.⁴⁹

Indledningsvis er det relevant kort at introducere en række defini-

48. Se Marsh Risikoorientering, “Nordiske investorer sætter pris på god risikostyring”, nr. 1, februar 2004.

49. Se også Ernest & Young, “God selskabsledelse i Danmark”, februar 2002, hvoraf det fremgår, at internationale undersøgelser viser, at 35-66% af beslutningsgrundlaget ved investering i en aktie udgøres af ikke finansielle informationer.

Kap. 1: Indledning

tioner. Følgende definitioner er udviklet i Australien/New Zealand⁵⁰ og synes dækkende for den gældende opfattelse af, at risk management omfatter identifikation og håndtering af både muligheder og risici.

Risici er sandsynligheden for, at noget sker, som vil have indflydelse på opfyldelsen af virksomhedens mål. Risici måles på sandsynligheden for indtræden og deres konsekvenser for virksomheden.

Risk management omfatter kulturen, procedurerne og strukturerne implementeret med det formål effektivt at udnytte og håndtere potentielle muligheder og risici.

Risk management-system vedrører systematisk brug af ledelsesværktøjer, herunder programmer, procedurer og handlemåder, med det formål at fastslå kontekst samt identificere, analysere, vurdere, håndtere, monitere og kommunikere risici.

Ovenfor er beskrevet en række af de corporate governance initiativer, som er taget i forskellige organisationer og lande. Langt de fleste af disse initiativer indeholder retningslinier, der behandler risk management mere eller mindre indgående.⁵¹ Ud over det allerede beskrevne, skal i det følgende blot fremhæves nogle af de risk management-retningslinier angivet i Turnbull-rapporten og Nørby-rapport II.

Turnbull-rapporten indeholder følgende risk management retningslinier.⁵²

A company's system of internal control has a key role in the management of risks that are significant to the fulfilment of its business objectives. A sound system of internal control contributes to safeguarding the shareholders' investment and the company's assets.

50. Joint Technical Committee OB/7 – Risk Management. Standards Australia and Standards New Zealand, Australia/New Zealand Standard 4360:1999: Risk Management, 1999.

51. En gennemgang heraf findes i kapitel 5 i bogen "Corporate Governance – Et bud på danske bestyrelses rolle" af Jørgen Valther Hansen, Thomas Riise Johansen og Teddy Wivel, Forlaget Thomson 2000.

52. Turnbull-rapporten pkt. 10-13.

Internal control facilitates the effectiveness and efficiency of operations, helps ensure the reliability of internal and external reporting and assists compliance with laws and regulations.

Effective financial controls, including the maintenance of proper accounting records, are an important element of internal control. They help ensure that the company is not unnecessarily exposed to avoidable financial risks and that financial information used within the business and for publication is reliable. They also contribute to the safeguarding of assets, including the prevention and detection of fraud.

A company's objectives, its internal organisation and the environment in which it operates are continually evolving and, as a result, the risks it faces are continually changing. A sound system of internal control therefore depends on a thorough and regular evaluation of the nature and extent of the risks to which the company is exposed. Since profits are, in part, the reward for successful risk-taking in business, the purpose of internal control is to help manage and control risk appropriately rather than to eliminate it.

Som allerede nævnt blev risikoafsnittet udbygget i Nørby-rapport II i forhold til den første Nørby-rapport. Det tilrettede afsnit VII, der synes at være inspireret af Turnbull-rapporten, har følgende ordlyd:

Effektiv risikostyring er en forudsætning for, at bestyrelsen på bedst mulig måde kan udføre de opgaver, som det påhviler den at varetage. Det er derfor væsentligt, at bestyrelsen påser, at der etableres hensigtsmæssige systemer til styring af risici og i øvrigt sørger for, at sådanne systemer til enhver tid opfylder selskabets behov.

Risikostyringens formål er bl.a. at:

- udvikle og fastholde en forståelse i organisationen af virksomhedens strategiske og operationelle mål, herunder at identificere de kritiske succesfaktorer.
- analysere de muligheder og udfordringer, som er knyttet til re-

Kap. 1: Indledning

aliseringen af ovennævnte mål og risikoen for, at de ikke opfyldes.

- analysere de væsentlige aktiviteter, der finder sted i virksomheden for at identificere de risici, der er knyttet hertil.

Risikostyring fokuserer også på procedurer for styring af skader, kontraktindgåelse, arbejdssikkerhed, miljø og sikring af fysiske værdier. Det anbefales, at bestyrelsen sørger for, at direktionen etablerer effektive risikostyringssystemer, og at bestyrelsen løbende følger op på disse med henblik på at sikre, at de til enhver tid fungerer effektivt i lyset af selskabets behov. Bestyrelsen bør efter behov, og mindst én gang årligt, evaluere selskabets risikostyring og gennem fastlæggelse af risikopolitikken bl.a. træffe beslutning om selskabets risikovillighed, herunder forsikrings-, valuta- og investeringspolitik.

Risikostyringssystemet skal definere risikoen og beskrive, hvorledes den løbende elimineres, kontrolleres eller afdækkes.

Bestyrelsen bør i den forbindelse overveje, hvorledes samarbejde med selskabets eksterne revision kan bidrage til risikostyringen, samt i hvilket omfang intern revision kan indgå heri.

I det sidste årti er der således sket et skift i tilgangen til risk management.⁵³ Hvor risk management tidligere skete på ad hoc basis i virksomhedens enkelte afdelinger uden nogen form for overordnet styring og typisk var begrænset til finansielle eller forsikringsbare risici, synes udviklingen nu at gå i følgende retning:⁵⁴

1. Risk management er bredt funderet i virksomheden. De konkrete risk management-initiativer er således typisk godkendt af virksom-

53. Se The Economist, "Be prepared – What companies must do to face a much-increased range of risks", 22. januar 2004.

54. Se The Economist Intelligence Unit, "Managing Business Risks – An Integrated Approach", 1995.

hedens øverste ledelse⁵⁵ og indebærer implementeringen af en risikokultur, hvorved alle virksomhedens ansatte føler ansvar i relation til risk management.

2. Risk management finder sted og udvikles løbende.
3. Risk management omfatter alle former for forretningsmæssige risici og muligheder.

Enterprise risk management er efterhånden ved at være et almindeligt anvendt begreb blandt virksomheder, der arbejder med og rådgiver om risk management.⁵⁶

Den 15. juli 2003 udsendte the Committee of Sponsoring Organisations of the Treadway Commission ("COSO") i udkast rapporten "Enterprise Risk Management Framework".⁵⁷ Rapporten, der formentlig vil udgøre et vigtig fremtidig inspirationskilde for virksomheder i relation til arbejdet med risk management, definerer enterprise risk management som følger:

Enterprise risk management is a process, effected by an entity's board of directors, management and other personnel, applied in strategy setting and across the enterprise, designed to identify potential events that may affect the entity, and manage risks to be within its risk appetite, to provide reasonable assurance regarding the achievement of entity objectives.

COSO-rapporten anfører følgende om relevansen af enterprise risk management:

The underlying premise of enterprise risk management is that every entity, whether for-profit, not-for-profit, or a governmental body, exists to provide value for its stakeholders. All entities face

55. Henrik Gürtlers artikel i Revision & Regnskabsvæsen, "Corporate Governance – et eksempel på, hvordan det i praksis kan gribes an, måles og forbedres løbende", nr. 3, 2002 kan i den forbindelse eventuelt være til inspiration.

56. Statsautoriseret revisor Erik Ingvarsten beskriver enterprise risk management i "Introduktion til Enterprise Risk Management", Revision & Regnskabsvæsen, maj 2003. De fleste større revisionsfirmaer har i dag etableret risk management afdelinger, ligesom en række firmaer har specialiseret sig i rådgivning herom, herunder Marsh (www.marsh.com) og RiskMetrics (www.riskmetrics.com).

57. Den endelige rapport forventes udgivet i efteråret 2004.

Kap. 1: Indledning

uncertainty, and the challenge for management is to determine how much uncertainty the entity is prepared to accept as it strives to grow stakeholder value. Uncertainty presents both risk and opportunity, with the potential to erode or enhance value. Enterprise risk management provides a framework for management to effectively deal with uncertainty and associated risk and opportunity and thereby enhance its capacity to build value.

I COSO-rapportens bilag 2 fremgår følgende figur, der giver et ganske godt overblik over, hvilke elementer der indgår i enterprise risk management. Pilene angiver, hvilke risk management-elementer der repræsenterer et såkaldt process flow (se s. 35).

Med inspiration i strukturen og terminologien anvendt i COSO-rapporten er nedenfor anført en kort⁵⁸ beskrivelse af ovennævnte elementer, idet det er formålstjenligt med en grundlæggende forståelse heraf, inden legal risk management gennemgås i kapitel 3.⁵⁹

Virksomhedens individuelle forhold

Et enterprise risk management-system skal tilpasses virksomhedens individuelle forhold og kan således normalt ikke i uændret form overføres til andre virksomheder.

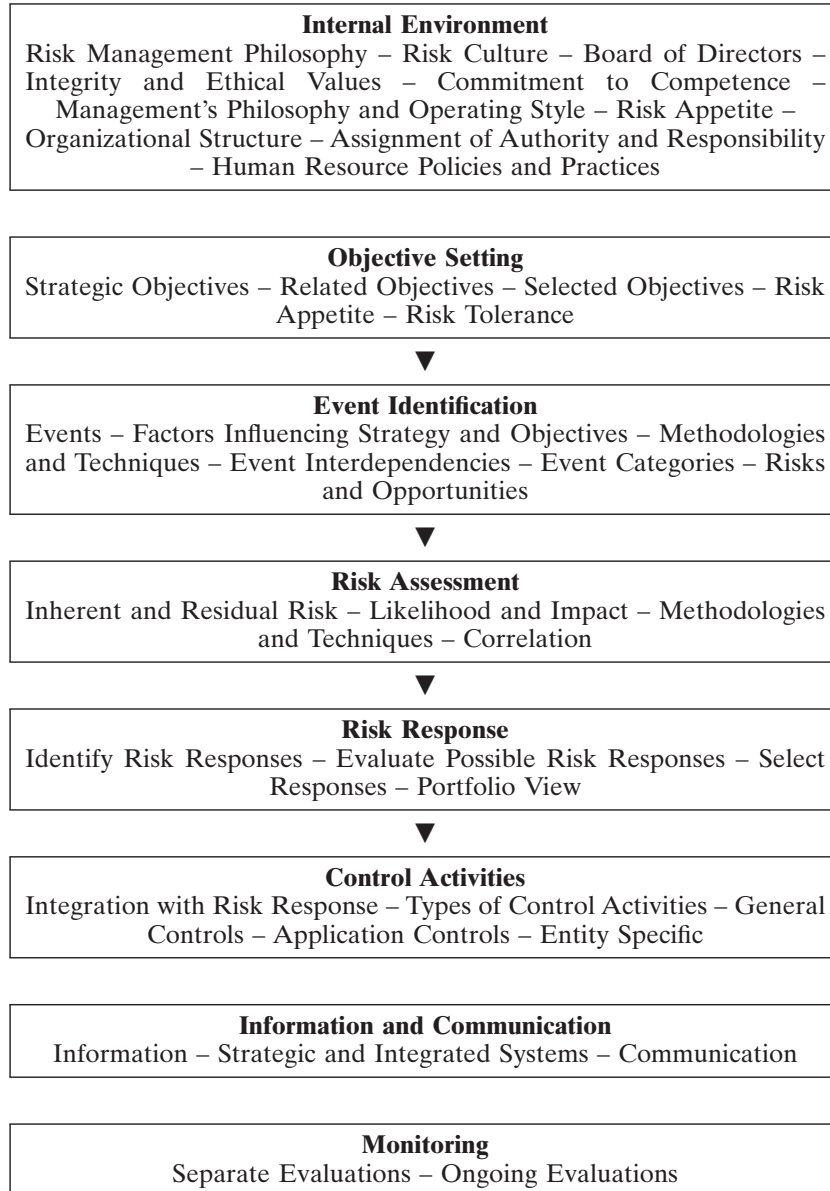
Kortlægning af virksomhedens individuelle forhold udgør således en forudsætning for vurderingen af de øvrige elementer af enterprise risk management nævnt nedenfor.

Kortlægningen omfatter bl.a. følgende forhold:

1. Virksomhedens mission, vision og værdier
2. Virksomhedens organisation og ressourcer
3. Den i virksomheden implementerede ledelsesstil og -struktur, herunder delegation af ledelse og ansvar
4. Kompetencer og knowhow hos virksomhedens ledelse og ansatte
5. Brancheforhold og vigtige stakeholders

58. Hvis en mere dybdegående beskrivelse af enterprise risk management ønskes henvises til udkastet til COSO-rapporten, der kan downloades fra hjemmesiden www.erm.coso.org.

59. I kapitel 3 er grafisk vist samspillet mellem legal risk management og enterprise management.



Kap. 1: Indledning

Med udgangspunkt i ovennævnte kortlægning udarbejder ledelsen et udkast til virksomhedens risikostrategi med henblik på bl.a. at fastlægge, i hvilket omfang virksomheden kan acceptere risici i dens forsøg på at skabe stakeholder value (herefter benævnt virksomhedens “risikovillighed”).

Det er vigtigt, at virksomhedens bestyrelse inddrages i dette arbejde og får lejlighed til endeligt at godkende den af ledelsen foreslåede risikostrategi. Derved sikres, at enterprise risk management-systemet opnår den fornødne forankring i virksomheden i overensstemmelse med god corporate governance.

Fastlæggelse af virksomhedens mål

Med udgangspunkt i virksomhedens risikostrategi udarbejdes konkrete målsætninger for virksomheden,⁶⁰ der groft kan opdeles i følgende kategorier:

1. Strategiske mål: De langsigtede mål der understøtter virksomhedens mission og vision.
2. Operationelle mål: Målene for virksomhedens drift, herunder finansielle og andre performance-relaterede mål
3. Rapporteringsmål: Målene for virksomhedens interne og eksterne rapportering af finansielle og andre former for information.
4. Compliance-mål: Målene for virksomhedens overholdelse af gældende lovgivning, indgåede aftaler samt interne og eksterne retningslinier, som virksomheden har besluttet sig for at følge.
5. Værdisikringsmål: Målene for sikring af virksomhedens aktiver, herunder f.s.v.a. tyveri/bedrageri/hærværk, forankring af viden i virksomheden, udnyttelse af ressourcer, sikring af immaterielle rettigheder, fastholdelse af nøglemedarbejdere, pådragelse af erstatningsansvar etc.

F.s.v.a. virksomhedens konkrete mål vil ovennævnte kategorier ofte overlappe hinanden, fordi de hænger indbyrdes sammen. Således vil et operationelt mål ofte indeholde et element af rapportering, ligesom værdisikringsmål ofte vil påvirke de operationelle mål.

60. Diverse litteratur om værdibaseret ledelse vil i den forbindelse formentlig kunne være til inspiration.

Håndtering af de risici, der knytter sig til ovennævnte målkategorier, har udviklet sig til selvstændige risk management discipliner under paraplyen enterprise risk management, herunder strategic, financial, operational, reputation, information og knowledge risk management. Flere former for risk management vil utvivlsomt dukke op i de kommende år, hvor enterprise risk management bliver yderligere udviklet og raffineret.

Identifikation af muligheder og risici

Usikkerhed om fremtiden er en uundgåelig del af det at drive virksomhed, og der vil uvægerligt løbende opstå begivenheder, som influerer på virksomhedens mulighed for at nå sine mål i henholdsvis positiv eller negativ retning. Det er typisk ikke muligt for virksomhedens ledelse at vide om og hvornår, en konkret mulighed eller risiko opstår samt i givet fald hvorvidt den risikerer at påvirke opfyldelsen af virksomhedens mål.

Ved at vurdere en række interne og eksterne forhold har virksomheden heldigvis ofte mulighed for at ræsonnere sig frem til muligheder og risici. Interne forhold af relevans i relation til identifikation heraf er bl.a. virksomhedens kultur, organisation, ansatte, økonomi, rutiner, teknologi og viden. Eksterne forhold af betydning kan bl.a. relatere sig til samfundsøkonomi, miljøforhold, politik, fagforeninger og teknologisk udvikling.

Ved identifikation af muligheder og risici ses både frem og tilbage i tid. Ved at analysere tidligere indtrufne begivenheder, der har påvirket eller ville kunnet have påvirket virksomhedens opfyldelse af sine mål, kan virksomheden identificere muligheder og risici. Tilsvarende er muligt gennem en fremadrettet analysering af bl.a. markedstrends, demografiske udviklinger, lovforslag og konkurrenters initiativer. Den fremadrettede tilgangsvinkel er formentlig i dag af størst vigtighed f.s.v.a. identifikation af muligheder og risici.

Vurdering af muligheder og risici

Muligheder og risici vurderes normalt fra to vinkler: Indvirkning på virksomheden og sandsynligheden for indtræden. Ved vurdering af disse to faktorer benyttes – hvis det er muligt – historiske data, idet vurderinger på grundlag heraf ofte vil være mere retvisende end rent

Kap. 1: Indledning

subjektive vurderinger. Historiske data bør imidlertid behandles med forsigtighed, idet relevansen heraf kan ændre sig over tid.

Både interne og eksterne data er relevante. Om end virksomhedens egne data ofte vil give de mest præcise vurderinger, kan eksterne data være af relevans i relation til at tjekke rigtigheden af egne data og udbygge eller udfylde huller heri.

Om muligt bør indvirkningen af en konkret mulighed eller risiko kvantificeres til et bestemt beløb, idet dette gør det lettere at foretage sammenligninger og prioriteringer. Nogle gange er det ikke cost-effektive eller praktisk muligt at foretage en kvantificering. Dette er fx tilfældet i relation til tab af goodwill.⁶¹ I så fald kan vurderingen foretages kvalitativt med henvisning til virksomhedens mål. Da ikke alle virksomhedens mål er lige vigtige, vil det ofte være nødvendigt at prioritere målene indbyrdes, i hvilken forbindelse det er vigtigt at have sig for øje, at en række mål kan være indbyrdes afhængige af hinanden. Dette kan i nogle situationer tale for, at virksomheden grupperer muligheder og risici og vurderer dem samlet.

Nedenfor er angivet eksempler på definitioner af henholdsvis "Høj", "Moderat" og "Lav" i relation til muligheds og risici indvirkning på virksomheden:

Virksomheden risikerer at miste eller gå glip af kvantificerbare værdier på over DKK [**], og/eller at miste eller gå glip af ikke-kvantificerbare værdier, der må formodes i betydelig grad at påvirke virksomhedens opfyldelse af sine mål.

Virksomheden risikerer at miste eller gå glip af kvantificerbare værdier på over DKK [**], og/eller at miste eller gå glip af ikke-kvantificerbare værdier, der må formodes i moderat grad at påvirke virksomhedens opfyldelse af sine mål.

Virksomheden risikerer at miste eller gå glip af kvantificerbare

61. Som eksempel kan nævnes, at Warren Buffet, der overtog ledelsen af Salomon Brothers midt under den goodwill-krise, som selskabet i begyndelsen af halvfemserne som følge af dårlig omtale befandt sig i. Efter sigende skal Buffet i forbindelse med sin tiltræden have sagt til de ansatte, "If you lose money for the firm, I will be very understanding. If you lose reputation for the firm, I will be ruthless".

værdier på over DKK [**], og/eller at miste eller gå glip af ikke-kvantificerbare værdier, der må formodes i lettere grad at påvirke virksomhedens opfyldelse af sine mål.

Tilsvarende angives nedenfor eksempler på definitioner af henholdsvis “Høj”, “Moderat” og “Lav” i relation til sandsynligheden for indtræden af en konkret mulighed eller risiko:

Indtræden af begivenheden er overhængende, hvorved forstås, at det er sandsynligt, at begivenheden vil indtræde inden for en periode af [**] år.

Indtræden af begivenheden er sandsynlig, hvorved forstås, at begivenheden måske vil indtræde inden for en periode af [**] år.

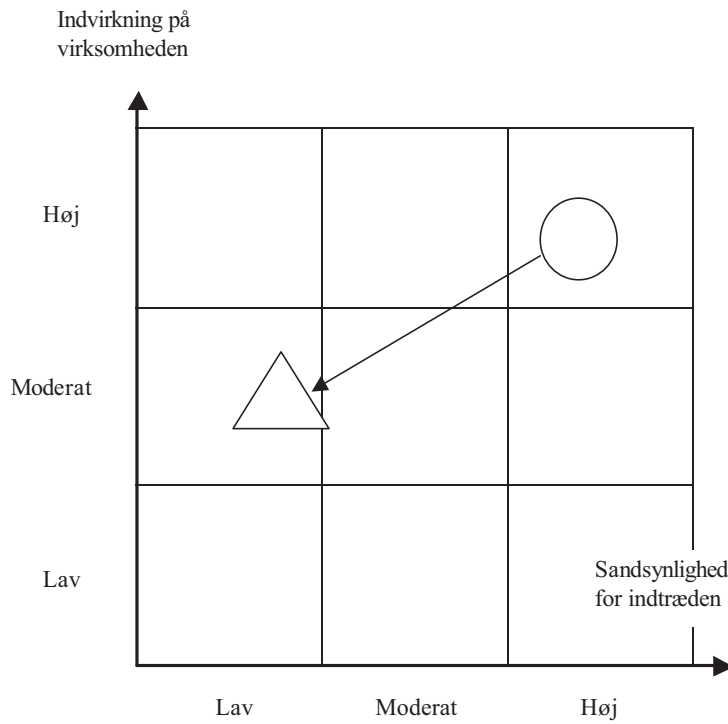
Indtræden af begivenheden er usandsynlig, hvorved forstås, at det er usandsynligt, at begivenheden vil indtræde inden for en periode af [**] år.

Det er vigtigt i forbindelse med fastsættelsen af den relevante periode ovenfor, at ledelsen er opmærksom på, at nogle af virksomhedens mål, herunder de strategiske, strækker sig flere år ud i fremtiden. Virksomheden bør derfor være opmærksom på, at ovennævnte periode ikke bliver for kort.

Følgende risk matrix er et almindelig anvendt værktøj til vurdering af de risici, der af virksomheden findes væsentlige. Den gør det muligt grafisk at vurdere risici i forhold til hinanden med henblik på at prioritere indsatsen. Eksemplet viser, hvordan en truende fare for konkurrenceretlige sanktioner kan reduceres fx gennem implementering af et konkurrenceretligt compliance-program. Cirklen viser “bruttoeffekten” før implementeringen af compliance-programmet, mens trekanten viser “nettoeffekten” efter programmets implementering.

Når virksomheden har vurderet de forskellige muligheder og risici og har plottet dem ind i risk matrixen, vil nogle muligheder og risici ikke kræve umiddelbar aktion, mens andre – de muligheder og risici der har stor indvirkning på virksomheden og høj sandsynlighed for indtræden – vil kræve, at ledelsen straks tager aktion. Dette er mere indgående beskrevet nedenfor under håndtering af muligheder og risici.

Kap. 1: Indledning

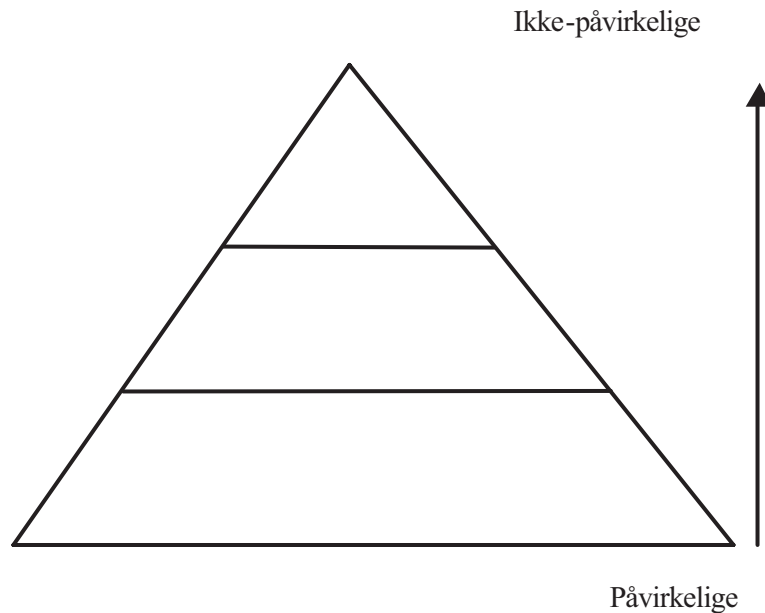


Det kan også være relevant at vurdere virksomhedens mulighed for at udnytte/påvirke muligheder og risici, idet dette kan have indflydelse på virksomhedens håndtering heraf. Hvis fx en risiko ikke lader sig påvirke, udgør den en risiko, som virksomheden blot bør have in mente, idet den således er en del af det at drive forretning, der modsvares af muligheden for at skabe stakeholder value. Tilsvarende gælder, hvis en mulighed ikke kan udnyttes af virksomheden, fx fordi virksomhedens ansatte ikke har den fornødne erfaring eller uddannelse til at løfte en konkret opgave.

Lader en mulighed eller risiko sig nemt udnytte eller påvirke, fx ved at virksomheden blot iværksætter nogle få initiativer eller ændrer nogle få procedurer eller rutiner, taler dette naturligvis for, at virksomheden straks tager aktion.

Nedenfor er vist endnu et værktøj til grafisk visning af muligheder og risici på virkelighed.

Alt afhængig af virksomhedens konkrete forhold vil muligheder og



risici, der relaterer sig til fx konkurrenters initiativer og fremtidig lovgivning befinde sig i pyramidens øverste lag, fordi virksomheden har svært ved at udnytte og påvirke disse, mens andre former for muligheder og risici, såsom operationelle og finansielle risici og muligheder, er mere påvirkelige og således findes lavere i pyramiden. Heldigvis er det muligt for virksomheden at udnytte og påvirke de fleste muligheder og risici, deraf pyramideformen.

Håndtering af muligheder og risici

Når de enkelte muligheder og risici er vurderet og prioriteret, skal beslutning træffes om, hvorledes de håndteres. Identifikation af måder at håndtere konkrete muligheder og risici på og valg af den for virksomheden mest fordelagtige håndteringsmåde, udgør en særdeles vigtig bestanddel af enterprise risk management.

Mulige håndteringsmåder i relation til risici falder typisk i følgende fire kategorier:

1. Risikoeliminering: Risici elimineres fx ved at virksomheden ophører med en bestemt aktivitet.

Kap. 1: Indledning

2. Risikoreduktion: Risici reduceres fx ved at tegne en forsikring eller ved f.s.v.a. compliance-relaterede risici at implementere compliance-programmer.
3. Risikospredning: Risici spredes eller fordeles fx gennem outsourcing eller ved at lade en aftalepart bære en del af risikoen for de risici, der er opstået som følge af aftalen.
4. Risikoaccept: Risici accepteres som værende en bestanddel af det at drive virksomhed, der modsvares af muligheden for at skabe stakeholder value.

Hvilken håndteringsmåde, der konkret bør vælges, afhænger bl.a. af virksomhedens risikovillighed samt hvilken håndteringsmåde der vurderes at være mest cost-effective.

Det er ikke muligt at opregne tilsvarende kategorier i relation til udnyttelse af muligheder, og beslutning herom bør således ske på case-by-case basis.

Kontrol, overvågning og kommunikation

Tillid er godt – kontrol er bedre. Denne i militæret ofte brugte frase er også relevant i relation til enterprise risk management. Løbende kontrol – der bør finde sted på alle niveauer i virksomheden – medvirker til at sikre, at håndteringen af muligheder og risici foregår i overensstemmelse med det implementerede enterprise risk management-system, ligesom ledelsens kontrol af enterprise risk management nedad i virksomhedens organisation medvirker til at vise, at ledelsen prioriterer og interesserer sig for de ansattes arbejde hermed.

Som følge af, at virksomheder har forskellig(e) historie, mål, organisation, kultur mv. vil konkrete kontrolprocedurer ikke være lige anvendelige i alle virksomheder. Procedurerne skal derfor tilpasses den enkelte virksomheds individuelle forhold.

Ud over diverse kontrolprocedurer, er det vigtigt, at en overvågning af selve enterprise risk management-systemet finder sted med henblik på at sikre, at systemet løbende optimeres i takt med udviklingen i virksomheden, branchen og samfundet.

Overvågningen kan finde sted løbende eller ske ved enkeltstående evalueringer.

Løbende overvågning er typisk indbygget i selve enterprise risk ma-

nagement-systemet og er normalt at foretrække, fordi virksomheden derved hurtigere bliver opmærksom på eventuelle mangler.

Hvis virksomheden ikke finder det formålstjenligt eller cost-effective at operere med løbende overvågning, kan overvågningen ske i form af enkeltstående evalueringer. Frekvensen heraf varierer fra virksomhed til virksomhed og afhænger af karakteren og omfanget af de interne og eksterne påvirkninger, som virksomheden i en given periode har været udsat for. Ofte benytter virksomheder en kombination af løbende overvågning og enkeltstående evalueringer.

Endelig er effektiv, rettidig, relevant og korrekt kommunikation/information naturligvis af stor betydning for effektiviteten af et enterprise risk management-system. Nogle virksomheder har en kultur, hvor forpassede muligheder eller sager der er gået galt, forties og hurtigst muligt søges glemt. En sådan kultur, der er ødelæggende for enterprise risk management-systemet, opstår typisk, hvis virksomhedens ansatte, herunder særligt dens ledere, har en uvilje mod at tale om muligheder/risici, som de i et eller andet omfang burde have identificeret eller imødegået. Da det bl.a. pga. manglende ressourcer ikke er muligt at identificere eller forudse alle muligheder og risici, er det vigtigt, at virksomhedens ansatte animeres til at tale åbent herom og komme med løsningsforslag til, hvorledes det sikres, at virksomheden i fremtiden udnytter/imødegår de pågældende muligheder/risici. Virksomhedens ledelse bør naturligvis i den forbindelse gå foran med et godt eksempel.

Virksomheden kan typisk indhente store mængder af information fra interne og i særdeleshed eksterne kilder. F.s.v.a. enterprise risk management, er det vigtigt, at denne information behandles og fordeles i virksomhedens organisation, således at bestyrelsen, ledelsen og virksomhedens øvrige medarbejdere sikres rettidig og relevant information om risk management.

Med det formål at sikre den fornødne kommunikation f.s.v.a. enterprise risk management bør følgende punkter iagttages:

1. Implementering et fælles risikosprog i virksomheden. Ingen ansatte må være i tvivl om vigtigheden af, at virksomheden har et velfungerende enterprise risk management-system samt hvad virksomhedens risikovillighed er. Endvidere er det vigtigt, at de ansatte benytter de samme risikodefinitioner og i formen præsenterer ri-

Kap. 1: Indledning

sikoinformation ens, idet sidstnævnte ofte skal videregives på tværs af landegrænser, organisationer, afdelinger mv.

2. Identifikation af hvilke interne og eksterne kilder til risikoinformation der er af relevans for virksomhedens enterprise risk management-system.
3. Implementering af screenings- og databehandlingsprocedurer, således at kun korrekt og relevant risikoinformation videregives internt i virksomheden, herunder til bestyrelsen og virksomhedens ledelse.
4. Implementering af rapporteringsprocedurer, hvorved risikoinformation rettidigt videregives til de personer, der har ansvaret for de forskellige bestanddele af virksomhedens enterprise risk management-system.
5. Kommunikation i årsrapporter mv. samt til potentielle investorer om, hvilke tiltag virksomheden har iværksat og implementeret i relation til enterprise risk management. Dette er vigtigt, fordi risikostyring, som nævnt ovenfor, er en vigtig bestanddel af god corporate governance og dermed medvirker til at fastholde og skabe stakeholder value.⁶²

I kapitel 3 er angivet konkrete forslag til, hvilke kontrol-, overvågnings- og kommunikationsprocedurer virksomhedens juridiske afdeling med fordel kan overveje indførelsen af.

Implementering i virksomheden

Efter bestyrelsens godkendelse af virksomhedens enterprise risk management-system har ledelsen ansvaret for at implementere systemet i virksomheden, herunder at uddelegere ansvaret for de forskellige bestanddele af systemet og implementere en fælles risk management-kultur.

Det kan anbefales, at en sådan implementering gennemgår følgende trin:

62. Se bl.a. artiklen i Revision & Regnskabsvæsen af Andreas Junge og Bjørn Rothaus sørensen, "Strategisk Risk Management – grundlaget for aktionærvenlig kommunikation og værdiskabende risikostyring", nr. 6, 2002.

1. Under hensynstagen til virksomhedens mission, vision, værdier, mål og individuelle forhold udarbejder ledelsen et udkast til risikostrategi, hvori bl.a. virksomhedens risikovillighed beskrives. Udkastet tager ofte afsæt i en forinden internt eller eksternt udarbejdet risikorapport.
2. Ledelsen udarbejder et udkast til virksomhedens enterprise risk management-system med angivelse af klare rapporterings- og kommandoveje. Ledelsen vælger ofte at nedsætte et enterprise risk management-udvalg – eventuelt bistået af eksterne rådgivere – til at hjælpe med udarbejdelsen heraf.
3. Bestyrelsen – eventuelt efter forinden at have modtaget den fornødne undervisning om enterprise risk management – godkender ledelsens udkast til risikostrategi og enterprise risk management-system og fastsætter formen og kravene til ledelsens løbende risk management-rapportering til bestyrelsen.⁶³
4. Ledelsen kommunikerer virksomhedens risikostrategi og enterprise risk management-system til virksomhedens ansatte, hvilket bl.a. omfatter:
 - a. Delegering af risk management-ansvar nedad i virksomhedens organisation, herunder formulering af klare ansvarsbeskrivelser i bl.a. jobbeskrivelser og performance targets.
 - b. Formulering af klare risikogrænser for virksomhedens ansatte, herunder i særdeleshed overfor chefer og andre med ledelsesansvar.
5. Ledelsen implementerer en risk management-kultur i virksomheden, således at alle virksomhedens ansatte føler ansvar i relation til identifikation af og kommunikation om muligheder og risici, hvilket bl.a. omfatter:
 - a. Implementering af et fælles risikosprog, herunder indførelse af fælles risk management-definitioner og koncepter.
 - b. Løbende kommunikation om risici, herunder specielt om “succeshistorier” og væsentlige fremskridt i relation hertil.
 - c. Implementering af en videndelingsskiltur f.s.v.a. risici, herunder sikring af at virksomhedens ansatte kommunikerer åbent

63. Turnbull-rapporten anbefaler i pkt. 32, at bestyrelsen en gang årligt i forbindelse med udarbejdelsen af virksomhedens årsrapport vurderer hensigtsmæssigheden af sit risk management-system.

Kap. 1: Indledning

om ting der er gået galt, med henblik på at gentagelser kan undgås.

6. Ledelsen implementerer virksomhedens enterprise risk management-system, herunder informerer om målene hermed. Implementeringen omfatter bl.a.:
 - a. Tilpasning og integration af risk management- og kontrolprocedurer, således at de er i overensstemmelse med virksomhedens kultur.
 - b. Uddannelse af virksomhedens ansatte i enterprise risk management, herunder i særdeleshed chefer og andre med ledelsesansvar.
 - c. Tilpasning og integration af virksomhedens enterprise risk management-aktiviteter med virksomhedens øvrige aktiviteter, således at risk management indgår som en naturlig del af den løbende drift.
7. Ledelsen sikrer en løbende vurdering og måling af muligheder og risici, hvilket bl.a. omfatter:
8. Identifikation af de vigtigste succeskriterier i relation til håndtering af muligheder og risici.
9. Implementering af en procedure for løbende vurdering af konkrete risici sammenholdt med vurdering af den fordel, som virksomheden håber at opnå ved at løbe de pågældende risici.
10. Implementering af hensigtsmæssige overvågnings- og kommunikationsprocedurer, hvormed det sikres, at der sker en løbende udvikling af virksomhedens enterprise risk management-system i takt med udviklingen i virksomheden og det omgivende samfund.

Ovennævnte implementeringsproces er mere indgående beskrevet i kapitel 3, hvor implementering af et legal risk management-system gennemgås.

Endelig er det vigtigt at have sig for øje, at selv ikke implementeringen af et særdeles fintmasket enterprise risk management-system sikrer virksomheden mod, at uventede situationer opstår, som den ikke på forhånd har udarbejdet en plan til håndtering af.⁶⁴ Uventede situationer bør imidlertid give anledning til, at virksomhedens enterprise

64. Se The Economist, "Learning to live with uncertainty", 22. januar 2004.

Enterprise risk management

risk management-system ændres i nødvendigt omfang, således at sådanne situationer i fremtiden kan håndteres på bedst mulig vis.

Med ovennævnte gennemgang af enterprise risk management in mente gennemgås i det følgende de overvejelser, virksomheden med fordel kan gøre sig i relation til etableringen af en fornuftig juridisk organisation og et fornuftigt legal risk management-system.

Virksomheden og juridisk rådgivning

Indledning

Virksomheder er vidt forskellige og har tilsvarende vidt forskellige behov for juridisk rådgivning. I nogle typer virksomheder er der et stort behov for juridisk rådgivning, fx fordi virksomhederne er aktive i gennemregulerede markeder, opererer på kanten af loven eller i en lovgivningsmæssig gråzone, mens behovet kan være beskedent i andre typer virksomheder.

Tilsvarende har nogle virksomheder etableret store juridiske afdelinger, fx fordi virksomhederne opererer i brancher, der kræver særlig branchekundskab og/eller specialistviden, som advokatfirmaer ikke kan tilbyde, mens andre virksomheder har besluttet at outsource den juridiske rådgivning til eksterne advokater – eventuelt med en enkelt intern jurist/advokat ansat i rollen som legal manager af de eksterne advokater. Mange små og mellemstore virksomheder har ikke etableret en decideret juridisk funktion, og i sådanne virksomheder håndteres juridiske problemstillinger således typisk af personer, der ikke har en juridisk uddannelse. Uanset om virksomheden har etableret en selvstændig juridisk afdeling eller ej, betegnes den funktion i virksomheden, der håndterer juridiske problemstillinger, i denne bog som “juridisk afdeling”.

Som følge af de betydelige forskelle der er mellem virksomheders juridiske afdelinger samt hvorledes og i hvilket omfang virksomheder benytter sig af eksterne advokater, er formålet med dette kapitel – inden legal risk management beskrives i kapitel 3 – at beskrive nogle grundlæggende sondringer mellem forskellige former for juridisk rådgivning. Endvidere introduceres nogle grundlæggende rutiner og procedurer, som virksomheden med fordel kan anvende til at få overblik over og optimere dens forbrug af intern og ekstern juridisk rådgivning.

Intern juridisk rådgivning

Indledning og nogle grundlæggende sontringer

For at give virksomhedens ledelse mulighed for at vurdere, om virksomheden udnytter sit budget til juridisk rådgivning optimalt, er det nødvendigt at føre en vis grad af kontrol med karakteren og omfanget af den juridiske rådgivning, som løbende ydes til virksomheden af juridisk afdeling og eksterne advokater.

Intern juridisk rådgivning kan overordnet set opdeles i henholdsvis generel og specifik juridisk rådgivning.

Generel juridisk rådgivning er sådan rådgivning, som virksomheden løbende har behov for i forbindelse med sin løbende drift. Alt afhængig af virksomhedens individuelle forhold vedrører dette ofte grundlæggende juridisk rådgivning indenfor følgende retsområder:

1. Arbejdsret
2. Børs- og selskabsret
3. Immaterialret
4. Konkurrenceret
5. Miljøret
6. Markedsføringsret
7. Persondataret
8. Produktansvar
9. Generel kontraktret

Virksomheden kan med fordel indarbejde generel juridisk rådgivning i compliance-programmer og i standardaftaler mv.¹ med henblik på, at den viden om juridiske forhold, der løbende opbygges i virksomheden og i juridisk afdeling, forankres i virksomheden generelt og ikke blot hos en enkelt jurist i juridisk afdeling. Generel juridisk rådgivning vil juridisk afdeling ofte selv være i stand til at yde til virksomheden, forudsat dens advokater/jurister ikke er overbebyrdede. Hvis virksomheden har betydelige omkostninger ved at indhente generel juridisk rådgivning fra eksterne advokater, kan dette give anledning til, at den overvejer at udvide sin eksisterende juridiske afdeling.

1. Compliance-programmer inden for ovennævnte retsområder er beskrevet i kapitel 5 og standardaftaler og manualer i indgåelse og ophør af aftaler er beskrevet i kapitel 6.

Kap. 2: Virksomheden og juridisk rådgivning

Specifik juridisk rådgivning er sådan rådgivning, som virksomheden sjældent har behov for i forbindelse med sin løbende drift. Som følge heraf vil juridisk afdeling typisk ikke være i stand til at yde denne rådgivning på det fornødne faglige niveau, fordi virksomhedens løbende drift ikke giver grundlag for den fornødne interne kompetenceopbygning. Typiske eksempler er virksomhedsoverdragelser, rets- og klagesager, konkurrencerets- og fusionsanmeldelser, udbudsret mv.² Grænsen mellem generel og specifik juridisk rådgivning er flydende og ændrer sig løbende sig i takt med virksomhedens og juridisk afdelings udvikling. Vedtager virksomheden fx en aggressiv opkøbsstrategi, kan dette medføre, at virksomheden overvejer, at oprette en M&A-faggruppe i juridisk afdeling. I så fald vil denne form for rådgivning herefter falde i kategorien generel juridisk rådgivning og bør bevirke, at virksomheden påbegynder udarbejdelsen af videnbanker og compliance-programmer herom. Virksomheden vil derfor løbende være nødt til at tilpasse dens definition på generel juridisk rådgivning.

Ud over ovennævnte sondring mellem generel og specifik juridisk rådgivning, kan der sondres mellem, indenfor hvilke retsområder virksomheden modtager juridisk rådgivning. F.s.v.a. generel juridisk rådgivning kan det anbefales at foretage sondringen mellem de retsområder, som virksomheden har udarbejdet compliance-programmer i.

Endelig vil det være relevant at foretage en sondring imellem henholdsvis forebyggende og forsvarende juridisk rådgivning.

Forebyggende juridisk rådgivning har, som navnet indikerer, forebyggende karakter. Denne type rådgivning omfatter bl.a. udarbejdelse af compliance-programmer, standardaftaler, manualer i aftaleindgåelse, diverse risk management-programmer, deltagelse i legal risk management-udvalg, bistand i forbindelse med konkrete kontraktforhandlinger, løbende sparring med business units mv. med henblik på at identificere juridiske muligheder og risici samt løbende uddannelse og træning af virksomhedens ansatte mv.

Forsvarende juridisk rådgivning har som navnet indikerer forsvarende karakter. Denne type rådgivning omfatter rådgivning i forbin-

2. Store enkeltstående projekter, såsom en stor fusion, spaltning eller virksomhedsoverdragelse, hvor ekstern advokatbistand insources i betydeligt omfang med betydelige omkostninger til følge, bør som udgangspunkt have deres eget budget, således at de ikke belaster juridisk afdelings budget.

delse med, at konkrete juridiske problemstillinger er opstået, herunder klager fra samarbejdspartnere og ansatte, tredjemands sagsanlæg, misligholdelse af kontrakter,³ myndighedsindgreb og tiltaler som følge af virksomhedens overtrædelse af lovgivningen.

Hvis virksomheden anvender betydelige ressourcer på juridisk rådgivning, kan det, i lyset af det ovenfor anførte, anbefales, at juridisk afdeling foretager en løbende registrering af omfanget af følgende omkostningsposter, fordelt på retsområder:

1. Juridisk rådgivning, fordelt på de jurisdiktioner, hvor virksomheden er aktiv
2. Generel juridisk rådgivning
3. Specifik juridisk rådgivning
4. Forebyggende juridisk rådgivning
5. Forsvarende juridisk rådgivning
6. Intern juridisk rådgivning⁴
7. Bistand fra virksomhedens faste advokat, som defineret nedenfor.
8. Bistand fra andre eksterne advokater
9. Juridiske tvister, fordelt mellem henholdsvis offensive og defensive tvister som beskrevet i kapitel 7.

Det vil normalt være muligt at registrere ovennævnte uden de store administrative byrder fx ved i forbindelse med den løbende tidsregistrering og sagsbehandling i juridisk afdeling at benytte et afkrydsningsskema eller en tick-the-box-applikation.

Gennemføres en sådan registrering konsekvent får virksomheden mulighed for at opnå et fornuftigt overblik over dens forbrug af juridisk rådgivning med henblik på løbende at kunne gennemføre de fornødne tilpasninger af virksomhedens juridiske organisation og beredskab.

-
3. Herunder både virksomhedens og samarbejdspartneres misligholdelse af indgåede kontrakter.
 4. For at få et fornuftigt sammenligningsgrundlag mellem intern og ekstern juridisk rådgivning, kan det anbefales at beregne en timeløn for virksomhedens interne jurister. Normalt vil dette som følge af transfer pricing-reglerne under alle omstændigheder være hensigtsmæssigt ved rådgivning mellem koncernselskaber. Den interne juristtimepris kan fx udregnes til "kostpris" ved at dividere de budgetterede årlige omkostninger forbundet med driften af juridisk afdeling med det antal timer, som afdelingens jurister tilsammen forventes at yde på årsbasis. Se også artiklen af Carlo Piria i Global Counsel, "Treating the in-house legal department as a business", 1998.

Opgaver

Virksomhedens juridiske afdeling vil typisk have ansvaret for følgende opgaver:

1. Implementering af en fornuftig juridisk organisation i virksomheden og identifikation af relevante og nødvendige juridiske værktøjer, som nærmere beskrevet nedenfor.
2. Valg, instruktion, brug og kontrol af eksterne advokater (herefter betegnet “external legal counsel risk management”), som nærmere beskrevet nedenfor.
3. Implementering og vedligeholdelse af et velfungerede legal risk management-system, som nærmere beskrevet i kapitel 3.
4. Juridisk rådgivning om risikospredning i forbindelse med etablering og ændring af koncernstrukturer (herefter betegnet “structural risk management”), som nærmere beskrevet i kapitel 4.
5. Udarbejdelse og vedligeholdelse af compliance-programmer på de for virksomheden vigtigste retsområder (herefter betegnet “regulatory risk management”), som nærmere beskrevet i kapitel 5.
6. Udarbejdelse og vedligeholdelse af diverse standardaftaler, manualer i aftaleindgåelse og bistand i forbindelse med konkrete kontraktforhandlinger (herefter betegnet “contractual risk management”), som nærmere beskrevet i kapitel 6.
7. Håndtering af tvister (herefter betegnet “litigation risk management”), som nærmere beskrevet i kapitel 7.
8. Arkivering og opbevaring af juridiske dokumenter og data samt forsvarende juridisk rådgivning i forbindelse med myndighedsindgreb og dawn raids (herefter betegnet “document risk management”), som nærmere beskrevet i kapitel 8.
9. Løbende information til og dialog med virksomhedens ansatte og forretningspartnere om juridiske muligheder og risici samt relevant uddannelse af ansatte og forretningspartnere i legal risk management og andre relevante juridiske emner.

Ovennævnte opgaver vil typisk være fordelt mellem juristerne i juridisk

afdeling, mens enkelte opgaver i større eller mindre omfang vil være outsourcet til bl.a.⁵ eksterne advokater.

De parametre, som virksomheden i forbindelse med løsningen af ovennævnte opgaver normalt lægger vægt på fra juridiske afdeling, er i vilkårlig rækkefølge:

1. Tilgængelighed og tilstedeværelse
2. Hurtighed i sagsbehandlingen
3. Høj kvalitet af de juridiske ydelser
4. Branchekendskab og høj specialiseringsgrad
5. Pris

Nogle virksomheder gennemfører løbende tilfredshedsundersøgelser, hvor de af virksomhedens ansatte, der har samarbejdet med juristerne i juridisk afdeling, anmodes om i et spørgeskema at vurdere afdelingens indsats og komme med forslag til forbedringer. Sådanne undersøgelser kan normalt anbefales, da juridisk afdeling derved får mulighed for at modtage konstruktiv kritik fra diverse brugere af afdelingen, som den vil kunne anvende til optimering af serviceniveauet.⁶

Organisation

Der synes i de senere år at være en generel udvikling imod, at virksomheder outsourcer alle funktioner, der ikke vedrører virksomhedens kernevirksomhed. Som følge heraf vil en juridisk afdeling ofte være i sund konkurrence med sine eksterne juridiske rådgivere om altid at levere juridisk rådgivning af topkvalitet. Denne konkurrence må på den anden side ikke medføre, at et modsætningsforhold mellem interne og eksterne juridiske rådgivere opstår, idet det er vigtigt, at de eksterne advokater i videst muligt omfang integreres i juridisk afdeling og kan agere som juridisk afdelings forlængede arm.

-
5. Visse organisationer – fx Dansk Industri (DI) og Handel, Transport og Serviceerhvervene (HTS) – tilbyder dets medlemmer visse former for arbejdstretlig rådgivning gratis. Ud fra en cost-benefit betragtning bør virksomheden naturligvis i videst mulig omfang søge at få noget ud af betalte medlemsgebyrer ved at gøre brug af sådanne gratistilbud.
 6. I artiklen i Global Counsel, “Global Counsel best practice indicators – Improving quality of service for the internal client”, april 2003 er angivet en “Law department quality management checklist”, der kan være til inspiration for juridisk afdeling i dens arbejde med løbende kvalitetsforbedring af den juridiske bistand.

Kap. 2: Virksomheden og juridisk rådgivning

I oversigtsform kan følgende anføres for og imod etablering af en juridisk afdeling i modsætning til at lade hovedparten af virksomhedens behov for juridisk bistand udføre af eksterne advokater, eventuelt med nogle få virksomhedsjurister ansat i rollen som legal managers.

Stor juridisk afdeling – lille budget til eksterne advokater	
<i>Fordele</i>	<i>Ulemper</i>
Færre omkostninger. En god advokat med nogle års erfaring efter opnået advokatbestalling, vil for tiden kunne ansættes til en månedsløn på mellem DKK 40-55.000. Til sammenligning koster en måneds bistand fra en ekstern advokat med de samme kvalifikationer typisk omkring DKK 240.000. ⁷	Mindre fleksibilitet. Specielt hvis behovet for juridisk rådgivning falder, vil virksomheden ikke uden besvær og omkostninger kunne nedbringe antallet af jurister i juridisk afdeling.
Større branchekendskab. En virksomhedsjurist vil opnå et mere indgående kendskab til virksomheden, og den branche virksomheden er aktiv i, end en ekstern advokat vil kunne.	Et svagere fagligt miljø. I de større advokatfirmaer er der normalt et stærkt fagligt miljø, som kun store juridiske afdelinger i virksomheder har mulighed for at matche.
Tilstedeværelse. En virksomhedsjurist vil have sin daglige gang i virksomheden og vil typisk være mere tilgængelig.	Ikke opnåelse af ekstern legal comfort (forsikring). Hvis en virksomhedsjurist begår fejl, vil virksomheden ikke have mulighed for at opnå erstatning.

7. Beløbet er fremkommet ved at gange en normal advokattimeløn DKK 1.500 med fire uger á 40 timer. For god orden skyld skal nævnes, at sammenligningen ikke er helt retvisende, fordi ansættelse af en intern advokat normalt ikke fuldstændig vil eliminere behovet for ekstern advokatbistand. Ofte vil en virksomhedsjurist have behov for en vis grad af sparring med eksterne advokater i forbindelse med konkret sagsbehandling. Endvidere er der yderligere omkostninger forbundet med at ansætte en virksomhedsjurist, herunder omkostninger til kontorplads og -faciliteter, indkøb af faglitteratur, løbende uddannelse mv.

Høj prioritet. En virksomhedsjurist har kun én klient – virksomheden – og derved bliver virksomhedens behov altid prioriteret højest.	Normalt ikke legal privilege. Mange jurisdiktioner, herunder Danmark, indrømmer ikke legal privilege i relation til dokumenter udarbejdet af virksomhedsjurist. ⁸
Ingen klientkonflikter og mindre risiko for misbrug af fortrolig information ved brug af virksomhedsjurister. ⁹	Manglende uafhængighed. Den eksterne advokat ser tingene udefra og er ikke som den ansatte advokat afhængig af virksomheden via et ansættelsesforhold. Alt andet lige er det lettere for den eksterne advokat at give virksomhedens ledelse et upopulært råd, end det er for den ansatte advokat.

Lille juridisk afdeling – stort budget til eksterne advokater	
<i>Fordele</i>	<i>Ulemper</i>
En høj grad af fleksibilitet. Hvis behovet for juridisk rådgivning stiger eller falder, vil virksomheden blot i stigende/faldende omfang anmode om bistand fra eksterne advokater.	Flere omkostninger. Se eksemplet i tabellen ovenfor.
Et stærkt fagligt miljø. I de større advokatfirmaer er det normalt et stærkt fagligt miljø, som kun store juridiske afdelinger i virksomheder har mulighed for at matche.	Mindre branchekendskab. En eksterne advokat har normalt ikke mulighed for at opnå et så indgående kendskab til virksomheden og den branche, virksomheden er aktiv i, som en virksomhedsjurist har.
Opnåelse af ekstern legal comfort (forsikring). Hvis en ekstern advokat begår fejl, vil virksomheden have mulighed for at opnå erstatning.	Manglende tilstedeværelse. En ekstern advokat har ikke sin daglige gang på virksomheden og vil dermed være mindre tilgængelig.
Legal privilege. Rådgivning fra ekstern advokat er i alle jurisdiktioner omfattet af legal privilege. ¹⁰	Mindre prioritet. En ekstern advokat har flere klienter, og virksomheden risikerer derfor ikke altid at blive prioriteret højest.

8. Dokumenter, der ikke nyder legal privilege, vil af myndigheder kunne kræves udleveret og brugt som bevis, fx i sager om overtrædelse af de konkurrenceretlige regler.

9. Se fx Legal Week, "Fresfields bolsters Chinese walls", 8. juli 2004.

10. Som yderligere beskrevet i kapitel 8, kan juridisk rådgivning ydet til virksomheden af eksterne advokater ikke af myndighederne kræves udleveret og brugt som bevis.

Kap. 2: Virksomheden og juridisk rådgivning

Uafhængighed. En ekstern advokat ser tingene udefra og har normalt lettere ved at give virksomhedens ledelse et upopulært råd, end den ansatte advokat har.	Større risiko for klientkonflikter og for misbrug af fortrolig information ved brug af eksterne advokater.
---	--

Som følge af de betydelige forskelle, der er mellem virksomheder, er det ikke muligt generelt at anbefale, hvilken juridisk organisation virksomheden skal vælge. Dette bør afgøres ved en vurdering af ovennævnte fordele og ulemper i lyset af virksomhedens individuelle forhold, herunder ikke mindst hvorledes omkostningerne til juridisk rådgivning fordeler sig, som anført indledningsvist.

I de fleste virksomheder placeres juridisk afdeling som en stabsfunktion under CEO.¹¹ Henset til at juridisk afdeling normalt er en støtte-/servicefunktion, og fordi jura ofte griber ind i de fleste af virksomhedens aktiviteter, finder mange virksomheder, at dette er en hensigtsmæssig organisatorisk placering. Endvidere bevirker en sådan placering, at juridisk afdeling får en høj grad af "tyngde", med den følge at afdelingen får en betydelig gennemslagskraft i resten af virksomheden, herunder i relation til afdelingens forsøg på at implementere et velfungerende legal risk management-system.

Enkelte – typisk store – virksomheder med mange afdelinger har valgt i stedet at lade lederen af juridisk afdeling referere til CFO. Dette kan give mening i den forstand, at juridisk afdeling ved at være integreret med virksomhedens corporate finance-afdeling kan nyde godt af og lade sig inspirere af den informationsindsamling, der løbende finder sted dér, ligesom juridisk afdeling modsat vil kunne påvirke afdelingen med juridisk input.

Det er således ikke muligt at give nogen facitliste på den mest hensigtsmæssige organisatoriske placering af en juridisk afdeling, og beslutning herom bør således træffes i lyset af virksomhedens individuelle forhold, i hvilken forbindelse bl.a. antallet af direktører og andre chefer, der refererer til virksomhedens CEO vil være en vigtig faktor.

11. Se Global Counsel, "Global Counsel best practice indicators", marts 2003.

Juridiske værktøjer

Hvis virksomheden beslutter sig for at etablere en juridisk afdeling, er det nødvendigt at give afdelingens advokater/jurister de fornødne juridiske værktøjer til at løse deres opgaver.

Dette indebærer bl.a. indkøb af relevant faglitteratur. Som følge af at juridisk litteratur ikke er billig, og fordi lovgivningen og retspraksis kontinuerligt udvikler sig, vil der løbende være behov for indkøb af bøger mv. Nogle advokatfirmaer tilbyder faste klienter den service, at de med bistand fra en hos firmaet tilknyttet studentermedhjælp kan benytte firmaets bibliotek til informationssøgning. Da mange virksomheder ikke har mulighed for at opretholde et velassorteret bibliotek som følge af omkostningerne forbundet derved, kan en sådan ordning være af stor værdi for en virksomhedsjurist. Endelig bemærkes, at enkelte firmaer har specialiseret sig i ved hjælp af deltidsansatte jura-studerende at tilbyde virksomheder "lettere" former for juridisk bistand, såsom juridisk informationssøgning.¹²

Ud over faglitteratur i hardcopy, findes en række nyttige on-line tjenester, herunder bl.a.:

1. Karnov Online,¹³ der mod betaling af et abonnement giver adgang til løbende opdaterede versioner af Karnov og EU-Karnov og andre videntabaser¹⁴ samt oversigter over domme og artikler i Ugeskrift for Retsvæsen og Revision & Regnskabsvæsen.
2. Magnus, der mod betaling af et abonnement tilbyder virksomheder diverse informationsværktøjer og programmer i relation til skat, regnskab og miljø.¹⁵
3. Themis,¹⁶ der sammen med hjemmesiden Synopsis¹⁷ bidrager til at skabe et overblik over, hvilke juridiske hjælpemidler der er tilgængelige på internettet, ligesom diverse former for juridisk information præsenteres på en struktureret måde.

12. Fx Studenterhjælpen.dk – se hjemmesiden www.studenterhjaelpen.dk.

13. Se hjemmesiden www.thomson.dk.

14. Fx Thomson HR, der er en online-tjeneste, som holder virksomheder ajour gennem artikler om personalejura, medarbejder- og ledelsesudvikling samt lovgivning og domme.

15. Se hjemmesiden www.magnus.dk.

16. Se hjemmesiden www.themis.dk.

17. Synopsis er delvis gratis. Adgang til en række ofte anvendte retsområder kræver imidlertid betaling af et abonnement.

Kap. 2: Virksomheden og juridisk rådgivning

4. Retsinformation, der giver mulighed for gratis at søge i love, bekendtgørelser og cirkulærer m.v. samt diverse forberedende retsakter, såsom lovforslag og betænkninger.¹⁸
5. Celex, der mod betaling af et abonnement giver adgang til diverse databaser med EU-lovgivning og -domme.¹⁹
6. LexisNexis,²⁰ Westlaw International,²¹ Practical Law Company²² og Law Media Group²³ der mod betaling af et abonnement giver adgang til videnbanker og databaser vedrørende erhvervsrelaterede juridiske emner af internationalt tilsnit. Det vil også være muligt at modtage gratis juridiske nyhedsbreve, såsom International Law Office²⁴ og Global Antitrust Weekly.²⁵
7. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, der tilbyder online-tjenesterne Webreg og Publicom,²⁶ hvorved virksomheder via internettet får mulighed for at stifte og foretage ændringer i aktie- og anpartsselskaber samt får adgang til diverse selskabsoplysninger og regnskaber.
8. RKI, der mod betaling af en abonnement giver adgang til skyldnerinformation om potentielle kunder og samarbejdspartnere.²⁷

Det er også muligt via offentlige myndigheders hjemmesider at modtage og indsamle diverse juridiske nyheder og information, herunder bl.a. fra:

1. Folketinget²⁸
2. Europa-kommissionen i Danmark²⁹
3. Told og Skat³⁰

18. Se hjemmesiden www.retsinfo.dk.

19. Se hjemmesiden www.europa.eu.int/celex.

20. Se hjemmesiden www.lexisnexis.com.

21. Se hjemmesiden www.westlawinternational.com.

22. Se hjemmesiden www.practicallaw.com.

23. Se hjemmesiden www.legalmediagroup.com.

24. Se hjemmesiden www.internationallawoffice.com.

25. Se hjemmesiden www.nera.com/Newsletters.asp.

26. Se hjemmesiden www.eogs.dk.

27. Se hjemmesiden www.rki.dk.

28. Se hjemmesiden www.folketinget.dk.

29. Se hjemmesiden www.europa-kommissionen.dk/abonnement.

30. Se hjemmesiden www.toldogskat.dk.

4. Konkurrencestyrelsen³¹ og DG COMP i Europa-kommissionen³²
5. Datatilsynet³³
6. Forbrugerstyrelsen³⁴

En række magasiner og fagblade kan også være relevante for juridiske afdelinger at abonnere på, herunder bl.a.:

1. Advokaten³⁵
2. Revision & Regnskabsvæsen³⁶
3. PLC Global Counsel³⁷
4. Magasinerne Chief Legal Executive og Litigation Management³⁸
5. The European Lawyer³⁹
6. The In-House Lawyer⁴⁰
7. International Business Lawyer og Business Law International⁴¹
8. Legal Week⁴²

Endelig tilbyder en række advokatfirmaer og interesseorganisationer gratis periodiske nyhedsbreve vedrørende aktuelle juridiske emner.

Hvilke juridiske værktøjer en juridisk afdeling konkret har brug for, afhænger naturligvis af virksomhedens individuelle forhold.

31. Se hjemmesiden www.ks.dk/abonner.

32. Se hjemmesiden www.europa.eu.int/comm/competition/index_da.html.

33. Se hjemmesiden www.datatilsynes.dk/abonnement/index.html.

34. Se hjemmesiden www.fs.dk. Hvis virksomheden er interesseret i reklamejura, er det muligt at tilmelde sig en nyhedstjeneste hos TV2's reklamejuraafdeling, hvorefter virksomheden får tilsendt alle afgørelser i Radio- og TV-Reklamenævnet omhandlende reklamer i TV2.

35. Se hjemmesiden www.advokatsamfundet.dk.

36. Se hjemmesiden www.thomson.dk.

37. Se hjemmesiden www.practicallaw.com.

38. Se hjemmesiden www.chieflegalexecutive.com.

39. Se hjemmesiden www.europeanlawyer.co.uk.

40. Se hjemmesiden www.legalease.co.uk/mags_ih.php.

41. Se hjemmesiden www.ibanet.org.

42. Se hjemmesiden www.legalweek.net.

Ekstern juridisk rådgivning

Indledning

Som nærmere beskrevet nedenfor, er bistand fra en ekstern advokat ikke billig, og virksomheden bør derfor nøje overveje, om det som anført ovenfor er cost-effective at anvende ekstern advokat i forhold til at etablere egen juridisk afdeling eller udbygge virksomhedens eksisterende juridiske afdeling. Alt afhængig af hvilken juridisk organisation virksomheden har fundet det hensigtsmæssigt at etablere, vil det normalt fra tid til anden være nødvendigt at gøre brug af eksterne advokater, herunder ikke mindst i forbindelse med konkrete juridiske problemstillinger, der kræver specialistviden.

Som nævnt ovenfor kan juridisk rådgivning groft opdeles i henholdsvis generel juridisk rådgivning og specifik juridisk rådgivning. Tilsvarende gælder for den bistand virksomheden modtager fra eksterne advokater.

Den generelle juridiske bistand virksomheden modtager fra eksterne advokater bør ligesom den interne bistand i videst muligt omfang indarbejdes i videnbanker, compliance-programmer mv., med henblik på videndeling og -opbygning samt knowledge risk management. Juridisk afdeling vil normalt selv være i stand til at yde denne form for juridisk rådgivning, og eksterne advokater benyttes derfor normalt kun som sparringspartnere og som aflastning i spidsbelastningsperioder. Opstår behovet for ekstern generel juridisk rådgivning, vil denne ofte blive ydet af virksomhedens normale advokatforbindelse (herefter benævnt virksomhedens "faste advokat/advokatfirma"), fordi dette firma normalt vil have et godt kendskab til virksomheden og dens aktiviteter.

Behov for specifik juridisk bistand opstår normalt forholdsvis sjældent i virksomheden, og som anført ovenfor vil juridisk afdeling derfor normalt ikke være fagligt kompetent til at løse denne type opgaver. Hvis virksomhedens faste advokatfirma har advokater med de fornødne faglige kompetencer, vil disse kunne bistå. Imidlertid ses ikke sjældent, at virksomheder i sådanne tilfælde håndplukker specialister fra andre advokatfirmaer.

I tilknytning til de øvrige risk management-programmer, der er beskrevet i kapitlerne 4-8, kan det normalt anbefales, at virksomheden også udarbejder et external legal counsel management-program.

I hovedtræk består et sådant program ofte af følgende elementer:

1. Løbende registrering af omfanget af ekstern advokatbistand, fordelt på en række omkostningsposter. Derved opnår juridisk afdeling mulighed for løbende at vurdere, om advokatbistanden er cost-effective i sammenligning med at forøge antallet af jurister i juridisk afdeling.
2. Procedurer for valg af ekstern advokat, herunder afholdelse af beauty contests.
3. Brug af engagement letters.
4. Diverse procedurer for løbende kontrol og evaluering af eksterne advokater.

Nedenfor er beskrevet en række forhold, som virksomheden eventuelt kan lade sig inspirere af i forbindelse med udarbejdelse af et external legal counsel risk management-program.⁴³

Valg af ekstern advokat

De faktorer, som virksomheder normalt lægger vægt på i forbindelse med valg af ekstern advokat, svarer til dem der er opregnet ovenfor i relation til virksomhedsjurister. For en nærmere beskrivelse af nogle af disse parametre samt nogle yderligere parametre relevante i forbindelse med valg af eksterne advokater henvises til afsnittet om “beauty contests” nedenfor.

Som indikeret ovenfor, kan der ved valg af ekstern advokat overordnet skelnes mellem to situationer – valg af fast advokat og valg af advokat til specifik juridisk bistand i en konkret sag.

Valg af fast advokat sker normalt med et længerevarende samarbejdsforhold for øje. Virksomhedens faste advokat/advokatfirma vil normalt igennem en årrække opnå et indgående kendskab til virksomheden, og den branche virksomheden er aktiv i. En fast advokat vil derfor ofte umiddelbart kunne træde til og virke som sparringspartner og bistå virksomheden med konkret juridisk sagsbehandling. Den/det faste advokat/advokatfirma er ikke nødvendigvis godkendt til at løse alle juridiske problemstillinger, der løbende opstår i virksomheden. Nogle virk-

43. Paul Gilbert, “Head2Head: Client Relationship Management: The Client’s View”, 2004, behandler også forholdet mellem advokater og deres klienter, og virksomhedsjurister kan formentlig hente værdifuld inspiration heri.

Kap. 2: Virksomheden og juridisk rådgivning

somheder har således på forskellige retsområder valgt faste advokater fra forskellige advokatfirmaer.

I modsætning hertil sker valg af ekstern advokat til specifik bistand i en konkret sag normalt på ad hoc basis. Advokaten udvælges normalt som følge af hans/hendes ekspertise indenfor et bestemt retsområde. Men da klientforholdet normalt vil ophøre, når den konkrete sag er afsluttet, har dette ikke længerevarende karakter.

Når virksomheden har valgt en fast advokat, tager det normalt et stykke tid, før advokaten opnår et indgående kendskab til virksomheden og den branche, virksomheden er aktiv i. Ligesom virksomheden er nødt til at investere i uddannelse af sine ansatte jurister, vil virksomheden også typisk være nødt til i et vist omfang at investere i uddannelse af sin faste advokat. I lyset heraf er det ikke underligt, at nogle virksomheder indkalder deres faste advokater til løbende opdateringsseminarer, hvor den forløbne tids udvikling og diverse juridiske emner gennemgås og diskuteres. Da det således ikke er uden omkostninger at skifte fast advokat, er det vigtigt, at virksomheden træffer sin beslutning om valg af fast advokat med omhu.

Selv om de ovennævnte argumenter ikke kan finde anvendelse i forbindelse med valg af advokat til specifik juridisk bistand i en konkret sag, er det naturligvis også vigtigt i sådanne sager at vælge den for virksomheden rigtige advokat.

Der findes en række publikationer, hvori det er muligt at indhente information om, hvilke advokater og advokatfirmaer der i forskellige lande har ekspertise og kan anbefales inden for forskellige retsområder.⁴⁴ Nogle af de oftest brugte publikationer, der også har tilknyttede hjemmesider, er følgende:

1. Legal 500⁴⁵
2. Global Counsel⁴⁶
3. Martindale-Hubbell⁴⁷

44. Endvidere kontakter større danske (ikke-konkurrerende) virksomheder ofte hinanden for at høre, hvilke erfaringer de har med bestemte advokater og advokatfirmaer i relation til bistand inden for bestemte retsområder.

45. Se hjemmesiden www.legal500.com/index.php.

46. Se hjemmesiden www.practicallaw.com/jsp/article.jsp?item=19020.

47. Se hjemmesiden www.martindale.com.

4. Chambers Global⁴⁸

Hvis virksomheden allerede har en fast advokat tilknyttet, er en mulighed at lade denne foreslå en advokat til specifik juridisk bistand, herunder i sager der vedrører udenlandsk ret.⁴⁹ Da den faste advokat i et vist omfang må forventes at føle sig ansvarlig, hvis en af ham/hende foreslået advokat ikke yder en tilfredsstillende rådgivning, har den faste advokat normalt et naturligt incitament til at være grundig ved valget af egnet advokat.⁵⁰

Opstår behovet for specifik juridisk bistand i det land, hvor den faste advokat er etableret, kan problemet opstå, at han/hun nødt vil give en konkret sag og dermed omsætning videre til et konkurrerende advokatfirma. Det kan således hænde, at advokaten påtager sig en sag, som advokatens firma ikke er fagligt kompetent til at rådgive om. En advokat bør naturligvis altid sætte sin klients interesser højest og henvise til kolleger i andre advokatfirmaer, hvis advokaten må konstatere, at hans/hendes eget firma ikke har den fornødne specialistviden eller de fornødne ressourcer til at løse en bestemt sag.⁵¹ Hvis virksomhedens faste advokatfirma ikke er et full-service advokatfirma som beskrevet nedenfor, bør virksomheden f.s.v.a. specifik juridisk bistand sikre sig, at det faste advokatfirma virkelig kan yde rådgivning på det fornødne faglige niveau og har de fornødne ressourcer til at løfte den konkrete opgave.

48. Se hjemmesiden www.chambersandpartners.com.

49. Da de fleste danske advokatfirmaer af internationalt tilsnit er medlemmer af internationale advokatsammenslutninger eller har indgået mere eller mindre formaliserede alliancer og "best friends-aftaler" med udenlandske advokatfirmaer, vil disse firmaer ofte kunne henvise til en udenlandsk advokat, der kan anbefales i en konkret sag.

50. Specielt f.s.v.a. advokater der praktiserer i mindre udviklede lande, er det en god idé fra tid til anden at tjekke, at den faste advokat ikke tager sig betalt eller får procenter af sådanne henvisninger. I modsat fald risikerer virksomheden, at den faste advokat ikke varetager virksomhedens interesser.

51. Danske advokater risikerer at handle i strid med de advokatetiske regler, hvis de "holder" på sager, idet det fremgår af reglernes pkt. 3.1.2.2, at "*En advokat må ikke påtage sig en opgave, til hvis udførelse advokaten savner fornøden kompetence, medmindre advokaten efter aftale med klienten sikrer sig samarbejde med en dertil kvalificeret kollega. En advokat bør ikke påtage sig en opgave, medmindre advokaten under hensyn til andet arbejdspress kan behandle denne passende hurtigt*".

Beauty contests

Det ses stadig oftere, at store virksomheder benytter sig af såkaldte “beauty contests” eller “beauty parades” i forbindelse med valg af ekstern advokat.⁵² Dette foregår typisk ved, at virksomheden inviterer en række advokatfirmaer til at komme og forklare om sig selv og deres firma, hvorefter virksomheden vælger det advokatfirma, som den skønner vil yde virksomheden den bedste juridiske rådgivning generelt eller på et bestemt retsområde.⁵³

I forbindelse med afholdelse af beauty contests mellem advokatfirmaer vil følgende faktorer normalt være afgørende for virksomhedens valg:

Bredden af advokatydelser: Nogle advokatfirmaer kan tilbyde advokatydelser inden for alle erhvervsretlige emner (herefter betegnet “full-service advokatfirmaer”), mens andre advokatfirmaer er specialiseret i afgrænsede retsområder, såsom medieret, arbejdsret, forsikringsret mv. Alt afhængig af virksomhedens behov, vil dette formentlig være en faktor, der bør overvejes nøje, hvis virksomheden lægger vægt på ensartet rådgivning og således ønsker bistand fra så få advokatfirmaer som muligt.

Ressourcer: En anden faktor, som virksomheden bør undersøge, er, om advokatfirmaet har en tilstrækkelig stor organisation, således at det er i stand til at håndtere store og tidskrævende juridiske opgaver, såsom due diligence i forbindelse med virksomhedsoverdragelser. Endvidere kan det være af interesse, om advokatfirmaet er repræsenteret i andre lande af interesse for virksomheden, eller alternativt om det har tætte samarbejdsrelationer med advokatfirmaer i sådanne lande. Endelig bør virksomheden vurdere, om den som klient må formodes at blive prioriteret tilstrækkeligt højt af advokatfirmaet, idet dette normalt har en positiv indvirkning på tilgængeligheden af advokaterne og hurtigheden i sagsbehandlingen.

52. En tillempet form for beauty contest kan også være relevant i forbindelse med valg af ekstern advokat til specifik juridisk bistand i en konkret sag.

53. Jf. også Carsten Juuls artikel i DJØF Bladet, “Skønhedskonkurrence for advokater”, 30. april 2004.

Branchespecialisering: Det vil også være af interesse for virksomheden at undersøge, om advokatfirmaet har et godt kendskab til den branche, som virksomheden er aktiv i, og måske endda har etableret et brancheteam på tværs af firmaets faggrupper, med henblik på målrettet at levere juridiske ydelser til denne branche.

CV'ere, track records mv.: CV'ere og track records på de advokater, som virksomheden må formodes at modtage mest bistand fra, vil det naturligtvis også være relevant for virksomheden at få oplysning om.

Produktudvikling: Virksomheden bør også undersøge, om en løbende produktudvikling finder sted i advokatfirmaet f.s.v.a. fx videnbanker, paradigmesamlinger og compliance-programmer. Som eksempel kan nævnes, at det store internationale advokatfirma Linklaters tilbyder sine klienter mulighed for at abonnere på adgang til sin videnbank benævnt Blue Flag indeholdende juridisk rådgivning inden for en lang række juridiske emner.⁵⁴ Tilsvarende tjenesteydelser tilbydes af en række andre store advokatfirmaer, herunder Freshfields Bruckhaus Deringer⁵⁵ og Clifford Chance.⁵⁶

Gratisydelser i form af nyhedsbreve og seminarer: Hvis advokatfirmaet løbende tilbyder sine faste klienter gratis nyhedsbreve og jævnligt afholder gratis seminarer om forskellige aktuelle juridiske emner, vil dette også kunne påvirke virksomhedens valg.

Adgang til bibliotek og databaser: Tilsvarende kan det være relevant at undersøge, om virksomheden kan opnå adgang til at benytte advo-

54. Se www.linklaters.com. Klienter opnår derved mulighed for på enhver tid af døgnet at få adgang til løbende opdateret information om lovgivningen i en række forskellige lande samt at downloade diverse paradigmaer mv. Advokatfirmaerne håber gennem disse net-tjenester at etablere et tæt partnerskab med klienterne i den forventning, at klienterne bliver mere loyale ved, at de bliver fortrolige med formen og brugen af tjenesterne. Endvidere bliver klienterne gennem net-tjenesterne måske opmærksomme på juridiske problemstillinger, de ellers ikke ville have opdaget, hvorved behovet for konkret juridisk rådgivning måske opstår.

55. Se www.freshfields.com. Freshfields tilbyder "clientnet" og "esearch", hvor sidstnævnte er et online e-handels know-how-system møntet på finansielle virksomheder.

56. Se www.cliffordchance.com. Clifford Chance tilbyder "CliffordChanceConnect", der bl.a. giver mulighed for at downloade diverse forskellige typer aftaler mv.

katfirmaets bibliotek og databaser mv. som nævnt ovenfor, og i givet fald hvad kvaliteten heraf er.

Personlig kemi: Endelig er det vigtigt, at virksomheden og den eksterne advokat lægger vægt på de samme grundlæggende værdier, herunder i relation til grundighed, ansvar, hurtighed og etik samt at parterne taler samme "sprog".

Fordi advokatfirmaer oftest er etableret i interessentskabsstruktur med en række partnere som ejere/interessenter, har debatten om god corporate governance ikke i samme omfang påvirket advokatfirmaers organisation og ledelse. Enkelte advokatfirmaer har dog gennemført corporate governance-lignende tiltag – bl.a. ved at pille ved den tillukethed, der ellers tidligere har været herskende i advokatbranchen.⁵⁷ Det er ikke urelevant at diskutere corporate governance med advokatfirmaer indbudt til en beauty contest, fordi graden af god virksomhedsledelse i advokatfirmaet ofte vil kunne påvirke kvaliteten af advokatydelserne.

I forbindelse med afholdelse af beauty contest kan følgende forhold med fordel diskuteres med indbudte advokatfirmaer med henblik på at undersøge graden af god virksomhedsledelse:

Overskudsdeling: I nogle advokatfirmaer sker overskudsfordelingen blandt firmaets partnere i henhold til en række forskellige nøgler, såsom partnerens senioritet og omsætning, hvor mange advokater og fuldmægtige han/hun holder beskæftiget, omsætningen i partnerens faggruppe etc. I modsætning hertil findes advokatfirmaer, der opererer med ligheddeling blandt partnerne – på engelsk kaldet "true partnership". Faren for virksomheden, hvis den bistås af et advokatfirma med skævdeling, ligger i, at skævdelingen blandt partnerne risikerer at animere partnerne til at fokusere på overskudsdeling i stedet for på klienternes tarv. Hvis fx en overskudsdeling afhænger af partnerens egen omsætning, risikerer dette at give ham/hende incitament til selv at sagsbehandle en sag, som burde være blevet behandlet af en "billigere" jurist eller af en anden partner, der er bedre kvalificeret. Tilsvarende risikerer skævdeling at bevirke, at sager ikke allokeres til den jurist i advokat-

57. Se fx artiklen i Berlingske Tidende, "Advokater afslører eget regnskab", 19. marts 2004.

firmaet, der har den største ekspertise i det pågældende retsområde. I stedet allokeres sagen til en knap så fagligt kvalificeret jurist, der imidlertid er i den ansvarlige partners faggruppe og dermed påvirker partnerens overskudsandel. True partnership-konstruktionen kan således indebære visse fordele, som virksomheden bør være opmærksom på og med fordel kan diskutere med advokatfirmaer indbudt til beauty contests.

Organisation og ledelse: I takt med at advokatfirmaer er blevet større, er organisation og ledelse blevet af stadig større vigtighed. En undersøgelse foretaget af Danmarks Jurist- og Økonomforbund (DJØF) har fastslået, at dårlig ledelse er en af de primære årsager til at så mange – specielt unge – jurister forlader advokatbranchen.⁵⁸ Det er i virksomhedens interesse, at virksomhedens faste advokatfirma ikke har en for stor omsætning af jurister, idet det koster tid og dermed omkostninger, at nye advokater skal lære virksomhedens forhold at kende. I store advokatfirmaer med mange partnere og en bred og flad organisation er det således vigtigt med henblik på at fastholde de dygtigste jurister, at firmaet har en fornuftig organisations- og ledelsesstruktur. Dette indebærer også, at firmaet sørger for, at kun partnere med de fornødne lederegenskaber tildeles ledelsesansvar eller alternativt overtales til at gennemgå en lederuddannelse. Endvidere er det vigtigt, at der findes en ledelse med den fornødne gennemslagskraft, således at de enkelte partnere ikke har lejlighed til at virke autonomt i forhold til resten af firmaet, herunder at fornuftige procedurer er implementeret bl.a. med henblik på at forhindre klientkonflikter og opretholde de fornødne etiske og kvalitetsmæssige standarder i sagsbehandlingen. Det er således relevant i forbindelse med en beauty contest at spørge til advokatfirmaets organisation og ledelse samt omfanget af medarbejderudskiftning.

Juristsammensætning: Fordi der som nævnt nedenfor er betydelig forskel mellem timeprisen på en partner og en advokatfuldmægtig, er det vigtigt, at advokatfirmaet har en fornuftig sammensætning af jurister, således at de opgaver, der ikke kræver betydelig erfaring, kan

58. DJØF, "Vandring fra advokatbranchen – 2003", maj 2003.

Kap. 2: Virksomheden og juridisk rådgivning

allokeres til “billigere” jurister med mindre anciennitet. Hvis et advokatfirma har en overvægt af partnere og erfarne advokater i forhold til antallet af fuldmægtige og yngre advokater, opstår der en risiko for, at “dyre” advokater påtager sig sagsbehandling, som deres timeløn ikke berettiger til. Den optimale fordeling mellem de forskellige juristgrupper afhænger primært af de advokatydelse advokatfirmaets tilbyder samt firmaet specialiseringsgrad, og det er derfor vanskeligt generelt at udstikke retningslinier herfor. Som en tommelfingerregel gælder formentlig, at i full-service advokatfirmaer bør gruppen af partnere ikke være større end gruppen af advokater, der igen ikke bør være større end gruppen af advokatfuldmægtige. Set fra en partnersynsvinkel er en pyramidestruktur naturligvis at foretrække, men da firmaet også skal kunne lokke de dygtigste ansatte advokater med partneroptagelse, er en sådan organisationsstruktur svær at opnå. Til sammenligning kan oplyses, at andelen af partnere i forhold til det samlede antal jurister i verdens førende advokatfirmaer udgør omkring 20 procent.⁵⁹

Klientkonflikter: I top konsulentfirmaer, såsom McKinsey, Bain og Boston Consulting Group, er det ikke usædvanligt, at der opereres med såkaldte “chinese walls”. Det hænder således, at rådgivning af konkurrerende virksomheder løses af forskellige konsulenter i samme firma – dog sådan at konsulenterne ikke taler sammen indbyrdes eller udveksler materiale om deres konkurrerende klienter – heraf betegnelsen chinese walls. I betragtning af at disse konsulenter udtænker strategier, hvorved virksomheden kan opnå en konkurrencemæssig fordel i forhold til sine konkurrenter, kan det uanset eksistensen af eventuelle chinese walls undre, at virksomheder godtager, at et af virksomheden engageret konsulentfirma samtidig eller kort tid efter rådgiver en konkurrent.

Danske advokater er – ud over at de naturligvis ikke i en konkret sag må repræsentere parter der har modsatrettede interesser – underlagt en række begrænsninger som følge af følgende bestemmelser i de advokatetiske regler:⁶⁰

59. Jf. The Economist, “Law firms – Global elite”, 17. juli 2004. Dette gennemsnit dækker dog over betydelige udsving. Således udgør partnerandelen hos engelske Herbert Smith 11 procent, mens den hos amerikanske Latham & Watkins udgør 27 procent.

60. Jf. pkt. 2.3.2-2.3.6 i de advokatetiske regler.

En advokat skal behandle alle oplysninger, han som led i sin professionelle virksomhed bliver bekendt med, fortroligt. Tavshedspligten gælder uden tidsbegrænsning.

En advokat må således ikke påtage sig en sag for en klient, såfremt der herved kan opstå risiko for brud på tavshedspligten i forhold til en tidligere klient, eller hvor det kendskab til dennes forhold, som advokaten erhverver, vil udgøre en utilbørlig fordel for den nye klient.

Advokaters kompagnoner, personale og andre, som i øvrigt beskæftiges i advokatvirksomheden, har samme tavshedspligt.

Når flere advokater eller advokatvirksomheder er etableret i kon-
torfællesskab, gælder 2.3.4 og 2.3.5. også for sådanne fællesskaber.

Fordi det konkret kan være svært at afgøre, om en hos advokaten erhvervet viden om virksomheden udgør en utilbørlig fordel for en ny klient, er det vigtigt, at virksomheden sikrer sig, at advokatfirmaet opererer med en etisk standard i relation til klientkonflikter, som virksomheden finder er passende høj og har indført fornuftige procedurer med henblik på løbende fastholdelse af denne standard.⁶¹ I store advokatfirmaer er risikoen for klientkonflikt naturligvis særlig stor. Det vil derfor være relevant at undersøge, om advokatfirmaet allerede rådgiver virksomhedens konkurrenter, hvilket i bekræftende fald øger risikoen for klientkonfliktsituationer. Nogle virksomheder har da også valgt at betinge sig, at deres faste advokatfirma(er) ikke rådgiver dets konkurrenter – eventuelt begrænset til udvalgte retsområder, hvor den juridiske rådgivning er af strategisk karakter – hvilket imidlertid synes at forudsætte, at virksomheden har et så stort budget til eksterne advokatydelse, at advokatfirmaet forretningsmæssigt kan forsvare at acceptere en sådan konkurrenceklausul. Under alle omstændigheder bør

61. I advokatkrede er der p.t. diskussion om, hvorvidt et samtykke fra klienten bør kunne blåstempe en interessekonfliktsituation. Se bl.a. Katja Gullitz, "Interessekonflikter og muligheden for at tillade klientsamtykke", Advokaten 15. marts 2004, Henning Zacho Larsen, "En interessekonflikt forsvinder ikke ved samtykke", Advokaten 15. marts 2004 og Katja Gullitz, "En interessekonflikt kan i vidt omfang håndteres ved et klientsamtykke", Advokaten 14. maj 2004.

virksomheden sikre sig, at der i advokatfirmaet er indført fornuftige procedurer, således at virksomheden straks orienteres, såfremt der i en konkret sag opstår risiko for klientkonflikt. Det kan i den forbindelse anbefales at instruere advokatfirmaet om, hvad virksomheden anser for at udgøre en klientkonflikt, således at der ikke mellem virksomheden og advokatfirmaet opstår en divergerende opfattelse heraf.

Debiteringskrav: I de fleste større advokatfirmaer – også danske – er det normalt, at advokatfuldmægtige, advokater og partnere underlagt debiteringskrav.⁶² Det er vigtigt, at debiteringskravene ikke er så høje, at de animerer juristerne til at overdebitere⁶³ klienter. Det store internationale advokatfirma Clifford Chance kom således i voldsom modvind blandt dets klienter, da et internt notat til firmaets ledelse fra dets ansatte advokater i New York blev lækket. I notatet advarede advokaterne om, at debiteringskravet på 2200 timer årligt samt kravet om ekstra 220 timer som betingelse for at opnå bonus, gav dem incitament til at overdebitere firmaets klienter.⁶⁴ Selv efter New York-standarder må sådanne debiteringskrav anses for overdrevne,⁶⁵ og til sammenligning kan oplyses, at ansatte advokater i større danske advokatfirmaer typisk er underlagt debiteringskrav på omkring 1500 timer.⁶⁶ Da der også skal afses tid til ikke-debiterbare interne møder, kollegiale diskussioner, produktudvikling mv., er der risiko for, at debiteringskrav, der overstiger 6-7 timer om dagen – 1500 timer årligt – fører til overdebitering af klienter.⁶⁷ Virksomheden kan med fordel under en beauty contest bede advokatfirmaet redegøre for eventuelle debiteringskrav, således at risikoen for overdebitering imødegås.

62. På engelske benævnt "billing targets".

63. På engelsk benævnt "padding of bills".

64. Se bl.a. artiklerne i Legal Week, "Clifford Chance fights PR battle over memo 'padding' claims", 31. oktober 2002 og "Billable Hours", 7. november 2002 samt The European Lawyer, "Shaky Firm, Why Clifford Chance fell victim of the "padding" furore", nr. 23, november 2002.

65. Regnes med fem arbejdsdage om ugen uden nogen ferie overhovedet – i alt 260 dage årligt – svarer det til, at hver Clifford Chance advokat skal debitere klienter for ni timer og 20 minutter om dagen for at opnå en bonus.

66. Nogle advokatfirmaer har valgt slet ikke at fastsætte debiteringskrav, da de mener, at der findes bedre måder at få juristerne til at yde en optimal indsats.

67. Endvidere bevirker muligheden for over- og underdækning, som beskrevet nedenfor, at debiteringskrav normalt ikke giver mening, medmindre de differentieres i forhold til den type sager den enkelte jurister arbejder med.

Kvalitetssikring: Advokatfirmaer har normalt en særdeles flad og bred organisation i forhold til andre virksomheder og er typisk karakteriseret ved, at en række partnere er udpeget til at lede de enkelte faggrupper som firmaet er opdelt i. Ved valg af fast advokatfirma, fra hvilket virksomheden forventer at modtage en bred vifte af advokatydelser, er det vigtigt at sikre sig, at de samme kvalitetsstandarder er implementeret i alle firmaets faggrupper.⁶⁸ Det er bl.a. af interesse at undersøge, hvilke konkrete tiltag advokatfirmaet har iværksat med henblik på kvalitetssikring, herunder fx:

1. Indførelse af diverse standarder og regler for udarbejdelse af breve, notater og andre juridiske dokumenter, således at disse på tværs af firmaets faggrupper har et ensartet udseende og opbygning.
2. Indførelse af konkrete regler, såsom at ingen vigtige dokumenter må sendes ud af huset, medmindre de forinden er læst og godkendt af mindst to jurister, hvoraf den ene bør være en erfaren advokat.
3. Interne procedurer der sikrer, at alle indgående sager allokeres til firmaets specialister på området, og at der henvises til specialister i andre advokatfirmaer, hvis firmaet ikke er i stand til at yde en fagligt forsvarlig rådgivning i en konkret sag.
4. Procedurer der sikrer, at mindre erfarne jurister har mulighed for løbende at sparre med erfarne jurister i forbindelse med konkret sagsbehandling.
5. Løbende uddannelse af firmaets jurister, således at disse kontinuerligt er opdaterede i de retsområder de rådgiver i.
6. Procedurer i forbindelse med henvendelser fra klienter, fx at disse straks foreløbigt besvares med en angivelse af, hvornår virksomheden kan forvente et endeligt svar.
7. Procedurer med henblik på at sikre tilgængelighed, således at virksomheden har mulighed for hurtigt at komme i kontakt med relevante advokater, hvis behovet måtte opstå.

Strategiske overvejelser: Specielt for store virksomheder kan være strategiske overvejelser ved valg af advokat. Nogle store virksomheder har således valgt at lade specialister i forskellige velrenommerede ad-

68. Speciel i nyfusionerede firmaer kan det tage flere år, før en fælles kultur og fælles kvalitetsstandarder har fundet rod fæste blandt alle firmaets jurister.

Kap. 2: Virksomheden og juridisk rådgivning

vokatfirmaer virke som eksterne advokater på forskellige retsområder i den samme jurisdiktion. Da der naturligvis er prestige i for et advokatfirma i at have en stor virksomhed som klient, opnår virksomheden derved, at de pågældende advokatfirmaer ofte vil befinde sig i en interessekonflikt eller ikke have interesse i at påtage sig sager imod virksomheden, hvorved opnås, at kun mindre velrenommerede advokatfirmaer vil påtage sig disse sager.⁶⁹ Ved at have flere forskellige advokatfirmaer tilknyttet, opnår firmaet også, at der er en konkurrence mellem firmaerne, hvilket kan have en positiv effekt på kvaliteten af advokatydelserne og medvirke til, at advokatsalærerne holdes på et rimeligt niveau jf. nærmere nedenfor. En sådan strategi forudsætter naturligvis, at virksomheden har et budget til eksterne advokatombudsninger, der er stort nok til at sikre den fornødne loyalitet blandt de tilknyttede advokatfirmaer, ligesom bagsiden af medaljen er, at virksomheden ved en sådan strategi ikke opnår den samme grad af ensartethed i rådgivningen fra sine eksterne advokater, som hvis et enkelt advokatfirma varetog størstedelen af rådgivningen. Endelig er der ikke i samme omfang mulighed for at forhandle sig til en rabat hos et eksternt advokatfirma, hvis virksomheden spreder sit budget til eksterne advokatydelser på flere forskellige firmaer.⁷⁰

Hvis virksomheden ønsker at gennemføre en beauty contest i udlandet med henblik på valg af fast advokat i en bestemt jurisdiktion og ikke har interne advokater med kendskab til advokatfirmaers drift, kan det ofte være en god idé at lade virksomhedens faste danske advokat deltage, således at denne kan bistå virksomheden med at stille kritiske spørgsmål i relation til bl.a. graden af god virksomhedsledelse i de indbudte advokatfirmaer.

Afsluttende bemærkes, at det i koncerner kan anbefales, at koncernjuridisk afdeling koordinerer udpegelsen af, hvilke eksterne advokater

69. Modsat har andre virksomheder bevidst valgt en strategi, hvorefter de kun ønsker at være klienter hos mindre og mellemstore advokatfirmaer. Formålet hermed er, at virksomheden derved bliver en vigtig – måske den vigtigste – klient for det pågældende advokatfirma, hvilket animerer advokatfirmaet til at yde en ekstra god service.

70. En af pointerne i den nedenfor beskrevne DuPont Legal Model er da også, at en virksomhed kan opnå en omkostningsbesparelse ved at begrænse antallet af faste advokatfirmaer. Således reducerede den amerikanske kemikoncern DuPont over en 3½ årig periode og efter en lang række beauty contests antallet af dets såkaldte primary law firms worldwide fra over 350 til ca. 35.

de enkelte koncernselskaber må benytte. Derved bliver valget af eksterne advokater gennemført efter de samme kriterier i hele koncernen, ligesom det ofte vil være muligt at forhandle sig til en rabat, hvis et advokatfirma med kontorer i flere lande bliver udpeget som fast ekstern advokat for koncernen i flere forskellige lande.

Økonomi

Både virksomheden og dens eksterne advokat har en interesse i at sikre sig imod at størrelsen af advokatsalæret kommer som en overraskelse for virksomheden. Et overraskende stort salær, kan nemlig bevirke, at virksomheden bliver så fortørnet, at den beslutter sig for at skifte fast advokat med den følge, at advokaten mister en fremtidig indtjeningskilde. Det er derfor i begges interesse, at der er en rimelig grad af åbenhed og gennemsigtighed i salærberegningen.

Det er hensigtsmæssigt så tidligt i forløbet som muligt, og inden advokaten tildeles opgaven, at diskutere økonomi, idet virksomhedens forhandlingsposition på dette tidspunkt er bedst. Hvis først økonomi diskuteres på et tidspunkt, hvor advokaten er begyndt at løse opgaven, er virksomhedens forhandlingsposition selvsagt væsentligt forringet. Uanset ovennævnte vil det ved et overraskende stort salær ofte være muligt efterfølgende at forhandle salæret ned, fordi advokaten har en interesse i at opretholde et fornuftigt forhold til virksomheden med muligheden for nye sager for øje.

Da virksomheden altid i et vist omfang har behov for at gøre brug af eksterne advokater, er det vigtigt for at fastholde og skabe stakeholder value, at virksomheden har mulighed for at kontrollere rimeligheden af advokaternes salærer. Dette er emnet for de følgende afsnit.

Advokatsalærets størrelse: F.s.v.a. danske advokater fremgår det af retsplejelovens § 126, stk. 2, at:

En advokat ikke må kræve et højere vederlag for sit arbejde, end hvad der kan anses for rimeligt.

Hvis virksomheden bliver præsenteret for et urimeligt salærkrav, kan den klage til advokatmyndighederne (advokatkredsbestyrelsen som første instans og Advokatnævnet som anden instans). Sidstnævntes afgørelse kan ankes til domstolene.

Kap. 2: Virksomheden og juridisk rådgivning

Endvidere fremgår det af pkt. 3.3.1 i de danske advokatetiske regler, at:

En advokat må ikke indgå salæraftaler om vederlæggelse af en andel af det udbytte, der måtte opnås ved gennemførelsen af en sag (pactum de quota litis).

Reglen svarer til pkt. 3.3 i Code of Conduct for lawyers in the European Union (2002) udstedt af Council of the Bars and Law Societies of the European Union (CCBE),⁷¹ der repræsenterer de europæiske advokatsamfund overfor EU institutionerne m.fl. Forbudet er således gældende for hele Det Europæiske Samarbejdsområde (EØS).⁷² Det strider imidlertid ikke mod de advokatetiske regler at indgå såkaldte “no cure – no pay-aftaler” eller de for advokater mere interessante “good cure – good pay-aftaler”, når blot det på forhånd er aftalt, hvilket success fee advokaten vederlægges med.⁷³ No cure – no pay-aftaler kan fx være relevante i forbindelse med anke af en dom, hvor advokaten i første instans har ført og tabt retssagen. Alt afhængig af de nærmere omstændigheder kan det i sådanne sager være rimeligt, at advokaten kun vederlægges for sin bistand, hvis sagen vindes i ankeinstansen.

I andre lande, herunder i USA, er det i modsætning til i Europa tilladt, at advokatens salær fastsættes som en procentsats af det beløb, som advokaten har indvundet gennem fx en retssag eller et forlig.⁷⁴ Det har givet anledning til betydelig kritik i USA, at advokater derved har opnået nogle eksorbitante salærer – bl.a. i Exxon Valdez-sagen⁷⁵ og i tobakssagerne.⁷⁶ I relation til de sidstnævnte sager har enkelte advokatfirmaer opnået salærer i milliardklassen.⁷⁷ Amerikanernes argument

71. Se hjemmesiden www.ccbe.org.

72. EØS dækker EU-landene samt Liechtenstein, Norge og Island.

73. Sådanne aftaler skal dog stadig overholde rimelighedskravet i retsplejeloven. Da det opnåede resultat som anført nedenfor influerer på, hvorvidt salærets størrelse anses for rimeligt, vil dette i nogle tilfælde kunne begrunde et betydeligt success fee.

74. Procentsatsens størrelse afhænger primært af usikkerheden ved sagens udfald, idet advokaten jo ikke bliver betalt, hvis han taber sagen. Ofte ses en procentsats på 30-40 procent anvendt, hvilket dog svinger betragteligt fra sag til sag.

75. Sagen opstod efter at grundstødningen af et olietankskib (med navnet Exxon Valdez) medførte en alvorlig olieforurening i Alaska.

76. Sagerne var anlagt mod de store cigaretproducenter af rygere med helbredsproblemer.

77. Se fx Washington Post, “Lawyers Get Tobacco Fees Early”, 14. februar 2001.

for at tillade disse såkaldte contingency fees er, at borgerne opnår nemmere adgang til at få prøvet sager ved domstolene, når advokaterne kun bliver betalt, hvis de vinder.⁷⁸

Fastsættelse af advokatsalærer: Danske advokater fastsætter normalt salæret under hensyn til bl.a.:⁷⁹

1. Sagens karakter, fx om sagen kan løses inden for normal arbejdstid, om der er tale om en hastesag etc.,
2. Opgavens omfang, intensitet og kompleksitet,
3. Sagens værdi eller betydning for klienten,
4. Det med sagen forbundne ansvar for advokaten,
5. Det anvendte tidsforbrug,
6. Omfanget af specialistviden hos advokaten og
7. Det opnåede resultat.

Udenlandske advokater anvender som oftest de samme parametre, når de skal fastsætte salæret.⁸⁰

Som det fremgår, er det ikke alene tidsforbruget, der afgør størrelsen af advokatens salær. Sagen afregnes således ofte efter en samlet vurdering af, hvad sagen kan "bære".⁸¹ Retssager afregnes eksempelvis ofte med underdækning i forhold til tidsforbruget, mens der i andre sager afregnes med overdækning.⁸² Sager, der tit afregnes med overdækning, er virksomhedsoverdragelser, og sager hvor virksomheden ved sagens

78. Se bl.a. The European Lawyer, "Contingency Fees – Feast or Famine", nr. 29, november 2003, hvor forskellen mellem USA og Europa i vurderingen af disse salæraftaler er beskrevet.

79. Se også Henrik Bitch, "God Advokatskik" 2. udgave, oktober 2002, side 138 og UfR1978.448H.

80. I artiklen i Law.com af Catherine Aman, "Cracking the Whip – Companies are putting a leash on those sky-high legal bills. Here's how four tough customers are taming the law firm beast", 27. februar 2003 opregnes ti måder, hvorpå en virksomhed formentlig kan finde besparelser på omkostningerne til eksterne advokater.

81. Hvis en advokat ikke kender en potentiel klient der henvender sig, eller hvis en eksisterende klient er i økonomiske vanskeligheder, er det ikke ualmindeligt, at advokaten stiller krav om a conto indbetaling for at yde bistand. Sådanne midler indsættes på klientkonti.

82. Af samme grund anser nogle advokatfirmaer det nærmest som en service overfor deres klienter, at de påtager sig mindre retssager, fordi salæret i disse sager ofte ikke står mål med tidsforbruget.

Kap. 2: Virksomheden og juridisk rådgivning

afslutning får en pose penge i hånden. I denne type sager støder et stort salær normalt ikke klienten, formentlig fordi salæret udgør en naturlig og nødvendig del af de samlede transaktionsomkostninger.⁸³ Dertil kommer, at advokatens salær jo blot udgør en del af det indvundne beløb og således ikke indebærer, at virksomheden skal have penge op af lommen. Da det hænder, at advokaten er svært tilfreds med sin egen indsats og føler, at han/hun har båret et betydeligt ansvar, er det ikke ualmindeligt, at advokaten mener, at denne type sager kan bære en overdækning. Det er vigtigt, at virksomheden er opmærksom på disse forhold og indfører forskellige kontrolprocedurer jf. nærmere nedenfor, således at også virksomheden har en chance for at kontrollere om en overdækning er rimelig.⁸⁴

Timeprisen for bistand fra et dansk advokatfirma afhænger af bl.a. advokatfirmaets renommé, advokatfirmaets hjemsted samt erfaringsniveauet og evnerne hos den advokat eller advokatfuldmægtig der behandler sagen. I skemaet nedenfor er angivet de "almindelige" advokattakster i Danmark.⁸⁵

<i>Timepriser angivet i DKK ekskl. moms</i>	Advokat-fuldmægtig⁸⁶	Ansatt Advokat⁸⁷	Partner
Full-service advokatfirma	800-1200	1200-2200	2000-2500
Mindre advokatfirma i København	700-1100	1100-1700	1500-2300
Mindre advokatfirma i provinsen	500-1000	1000-1400	1200-1900

83. Endvidere er advokater ofte ikke de dyreste rådgivere i store virksomhedsoverdragelser.

84. Den såkaldte DuPont Legal Model anvendes af en række store amerikanske virksomheder med henblik på at begrænse omkostningerne ved brug af eksterne advokater. Modellen blev udviklet af den amerikanske kemikoncern DuPont og omfatter bl.a. en tidlig cost-benefit vurdering af alle sager, en begrænsning i antallet af faste advokatfirmaer som nævnt ovenfor samt implementering af en lang række salærkontrolprocedurer. DuPont vurderede i 2003, at modellen siden dens implementering i 1993 har sparet virksomheden for USD 50 million i eksterne advokatomkostninger. Se hjemmesiderne www.dupontlegalmodel.com og www.globallawreview.com/dupontlegal.html for mere information om modellen.

85. Se også Henrik Bitch, "God Advokatskik" 2. udgave, oktober 2002, side 141.

86. Timeprisen afhænger som regel af advokatfuldmægtigens anciennitet og specialiseringsgrad.

87. Timeprisen afhænger som regel af advokatens anciennitet og specialiseringsgrad.

Timeprisen for en times bistand fra advokatfirmaer i andre lande svinger betydeligt. Nedenfor er anført en oversigt over “almindelige” timepriser hos erhvervsadvokatfirmaer i henholdsvis USA (New York), England (London), Tyskland (Frankfurt) og Frankrig (Paris), i hvilken forbindelse det dog skal bemærkes, at timepriserne kan svinge betydeligt i de fire lande alt afhængig af, hvor i landet advokatfirmaet er etableret samt firmaets renommé og størrelse.⁸⁸

<i>Timepriser angivet i DKK ekskl. VAT</i>	Nyansat as- sociate	Associate med 5 års erfaring	Partner
USA (New York)⁸⁹	1700-2100	2000-3900	3000-5300
UK (London)	1800-2300	2200-4300	3500-6000
Tyskland (Frankfurt)	1300-1700	2000-2600	2500-3500
Frankrig (Paris)	1300-1700	2000-2600	2500-3500

Har virksomheden et betydeligt budget til eksterne advokatydelser er det som regel muligt at forhandle sig frem til en rabat hos det advokatfirma, hvor virksomheden agter at bruge budgettet. Det samme vil være muligt i relation til enkeltstående store opgaver, såsom virksomhedsoverdragelser.

Salærkontrolprocedurer: Virksomheden kan med fordel indføre følgende procedurer med henblik på at kontrollere, om advokatsalæret er rimeligt:⁹⁰

Fast salæraftale: Med konsulentfirmaer er det helt normalt for virk-

88. Oversigter over salærstørrelser i forskellige lande findes bl.a. på Legal 500 hjemmeside – www.legal500.com.

89. Advokatsalærer i USA kan i nogle tilfælde langt overstige det i skemaet anførte. Således fremgår det af USA Today, “Ruling delayed on huge Microsoft attorney fees”, 12. maj 2004, at de 35 advokater, der havde ført class action-retssagerne mod Microsoft i Californien vedrørende Microsofts påståede misbrug af dets dominerende stilling i perioden 1995-2001 i forbindelse med prissætningen af præinstalleret Microsoft software i hardwareløsninger – sager der afsluttedes ved et forlig på USD 1.1 mia. – krævede timelønninger på over USD 2.000. En enkelt advokat krævede endog en timeløn på USD 3.000. Ikke overraskende fandt Microsoft advokaternes salærkrav urimelige.

90. Som anført nedenfor kan krav om åbenhed og gennemsigtighed i salærberegningen ofte med fordel anføres i et såkaldt engagement letter.

somheder at indgå en aftale om fast salær (fixed fees). Sådanne aftaler kan også indgås med advokater.⁹¹ Problemet med denne type aftaler er imidlertid, at medmindre der er tale om en forholdsvis afgrænset opgave som fx udarbejdelse af mindre standardaftaler mv., er det ofte særdeles svært for advokaten på forhånd at vurdere tidsforbruget forbundet hermed. Advokaten vil derfor typisk betinge sig muligheden for et højere salær, hvis sagen "udvikler" sig. I forhold til de fleste typer opgaver, der ikke let lader sig afgrænse, er det derfor ofte mere hensigtsmæssigt at operere med salæroverslag jf. nedenfor. I udlandet, herunder i USA, ses det stadig hyppigere, at advokatydelse afregnes til et på forhånd aftalt fast salær.⁹² I fremtiden er det således sandsynligt, at også danske advokater i videre omfang end hidtil vil begynde at operere med faste salærer.

Salæroversalg: De fleste velrenommerede advokatfirmaer har en politik, hvorefter der ikke sendes juridiske dokumenter ud af huset, medmindre disse opfylder firmaets kvalitetsstandarder. Uden sådanne kvalitetskrav risikerer advokatfirmaet at pådrage sig et erstatningsansvar, ligesom der er risiko for at overtræde de advokatetiske regler. Af sidstnævnte fremgår, at en advokat skal varetage sin klients interesser grundigt.⁹³ Normalt forholder det sig derfor ikke således, at hvis der aftales et lavt salær, vil kvaliteten af den juridiske rådgivning blive tilsvarende lav. En god advokat siger således hellere nej til en opgave end søger at

91. En fast salæraftale kan modvirke paradokset, der består i, at jo længere det tager for en advokat at udføre en opgave, og jo mindre effektiv han/hun er, jo højere bliver advokatens salær typisk. Modargumentet hertil er ofte, at en fast salæraftale kan bevirke, at advokaten mister det økonomiske incitament til at varetage sin klients interesser, fx ved at advokaten imod sin klients interesser råder klienten til at indgå et hurtigt forlig i stedet for at føre sagen til domfældelse med et for klienten bedre resultat.

92. Se fx artiklerne i LawPractice Management, "Break the billable hour habit", April 2002 og ACCA Docket, "Tips, Traps, and Technology for Tracking Costs with Task-Based Billing", april 2001 samt Global Counsel, "Managing a three-way relationship", maj 2001 og "Beyond task-based billing: Strategic management for in-house law departments", september 2001. I sidstnævnte artikel beskrives bl.a. såkaldt task-based billing og uniform task-based management system (UTBMS), der er udviklet af The American Corporate Counsel Association, og som flere store amerikanske advokatfirmaer efter pres fra klienter i dag tidsregistrerer efter. Se imidlertid Richard Parnham's artikel i The European Lawyer, "Where now for the billable hour?", nr. 23, november 2002, hvori der argumenteres for, at tidsforbruget også i fremtiden må formodes i Europa at udgøre grundlaget for advokatsalærberegningen.

93. Jf. pkt. 3.1.2.1 i de advokatetiske regler.

løse den på en måde han/hun ikke kvalitetsmæssigt kan stå inde for. Hvis en advokat pålægges en omkostningsbegrænsning ses derimod ofte, at advokaten i stedet nedtoner omfanget af den stillede opgave ved eksempelvis positivt at opregne de (få) juridiske problemstillinger, som advokaten er blevet bedt om at vurdere. Hvis virksomheden forholdsvis entydigt er i stand til at beskrive den ønskede juridiske bistand, bør en advokat ikke have problemer med at give et salæroverslag. Inden en større opgave videregives til en ekstern advokat, kan det således anbefales at bede advokaten give et salæroverslag. Ligeledes bør advokaten instrueres om at informere virksomheden, hvis salæroverslaget på et senere tidspunkt af forskellige årsager viser sig ikke at holde stik. Har virksomheden i en konkret sag behov for ekstern advokatbistand i stort omfang, kan det endvidere anbefales at indhente kontrolsalæroverslag⁹⁴ fra andre advokatfirmaer, med henblik på at kunne kontrollere rimeligheden heraf.⁹⁵

Afregningstidspunkt: I gamle dage var det ikke unormalt, at advokater ventede indtil årets udgang med at afregne de i det forløbne år behandlede sager. Fra et forretningsmæssigt synspunkt er det naturligvis aldeles uholdbart for advokaten at afregne på denne måde, ligesom virksomheden derved ikke har overblik over sine omkostninger før årets afslutning. Endvidere er en sag behandlet i januar alt andet lige ikke så present for parterne knapt et år senere, hvilket forringer kontrolkvaliteten af salærspecifikationen jf. nedenfor. Derfor afregner de fleste advokatfirmaer i dag da også sager, straks efter at de er afsluttet, og f.s.v.a. sager, der strækker sig over flere måneder, afregnes normalt minimum en gang i kvartalet. Med henblik på bedre at kunne kontrollere rimeligheden af salæret kan det i store sager med mange eksterne advokater tilknyttet, såsom i virksomhedsoverdragelser og store fusi-

94. Senest har internetbaserede auktionsplatforme set dagens lys i USA og Europa. Disse gør det muligt for en virksomhed via internettet at modtage tilbud fra forskellige advokatfirmaer på nærmere beskrevne advokatydelse, hvorved virksomheden får mulighed for at vælge det mest konkurrencedygtige tilbud heriblandt. Se fx hjemmesiderne www.legalbenchmark.com og www.elawforum.com.

95. Hvis det kommunikeres til firmaets faste advokat – fx i et engagement letter jf. nærmere nedenfor – at virksomheden fra tid til anden agter at indhente kontrolsalæroverslag fra andre advokatfirmaer, vil dette i sig selv være noget, der medvirker til at holde advokatsalærerne på et rimeligt niveau.

Kap. 2: Virksomheden og juridisk rådgivning

onsanmeldelser, være hensigtsmæssigt at aftale, at der afregnes oftere, fx ved udgangen af hver måned.

Bemanding af sager: Arbejdsfordelingen i et advokatfirma er typisk således, at advokatfuldmægtigene og de yngre advokater forbereder sager og udarbejder diverse udkast af forskellig art, mens de erfarne advokater og partnerne har en coachende funktion og sikrer opretholdelsen af de fornødne kvalitetsstandarder. Som det fremgår ovenfor, er der betydelig forskel på timeprisen mellem de forskellige juristgrupper i et advokatfirma. Derfor kan det være hensigtsmæssigt, at virksomheden kontrollerer, at sagsallokeringen sker på en måde, der sikrer den rigtige advokatydelse til den rigtige pris. Visse tidskrævende opgaver, såsom etablering af datarum i forbindelse med store virksomhedsoverdragelser, kræver ikke, at erfarne advokater bistår i større omfang. En enkelt erfaren M&A-advokat bistået af en række advokatfuldmægtige/studentermehjælpere vil ofte kunne løse en sådan opgave tilfredsstillende. Andre opgaver, såsom de afsluttende forhandlinger i forbindelse med en stor transaktion, fordrer derimod deltagelse af partnere eller advokater med den fornødne erfaring. Det er derfor normalt hensigtsmæssigt at opdele sådanne store opgaver i en række delprojekter og på forhånd aftale bemanningen af hvert delprojekt med advokatfirmaet.

Ved større opgaver, hvor en projektorganisation etableres, kan det endvidere anbefales, at virksomheden afsætter minimum én person til at indgå i projektorganisationen sammen med de eksterne advokater. Dette forbedrer normalt kommunikationen mellem advokaterne og virksomheden, ligesom virksomheden derved opnår mulighed for at kontrollere advokaternes indsats og tidsforbrug.

Selv om der naturligvis er undtagelser, er projektledelse normalt en af de discipliner, som advokater kan blive bedre til. Det kan derfor anbefales, at virksomheden aktivt medvirker i forbindelse med etablering af en projektorganisation, opdeling af projektet i en række naturlige delprojekter, sammensætning og bemanning af case teams, fastlæggelse af kommunikationsprocedurer mv. og ikke blot overlader disse opgaver til advokatfirmaet alene.

Salærspecifikation: En detaljeret salærspecifikation er et vigtigt redskab til kontrol af advokatsalæret. Dette skyldes, at advokaten derved tvinges til at forklare virksomheden, hvor megen tid han/hun har anvendt

på en bestemt opgave, hvilket alt andet lige medvirker til at holde en eventuel overdækning på et rimeligt niveau. Der bør findes en balance, således at advokaten ikke tvinges til at bruge for megen tid på salærafregning, idet tiden anvendt herpå – medmindre andet aftales – også vil påvirke salærets størrelse.

Med henblik på at sikre et rimeligt advokatsalær kan følgende oplysninger med fordel fremgå af salærspecificationen:

1. I punktform en opregning af hvilke opgaver advokatfirmaet har anvendt tid på samt om muligt en angivelse af tidsfordelingen mellem disse opgaver. De fleste store advokatfirmaer opererer i dag med et time-/sagsregnskabssystem, som juristerne løbende tidsregistrerer i. Det bør derfor ikke være forbundet med uoverstigelige vanskeligheder i en salærspecification at fremkomme med disse oplysninger.⁹⁶
2. De jurister der har medvirket til opgavens løsning bør opregnes med oplysning om, hvad deres timepris er samt hvor megen tid de hver især har anvendt på opgavens løsning. Derved kan virksomheden kontrollere, at der har været en fornuftig sagsallokering internt i advokatfirmaet.
3. Hvis advokaten har afholdt udgifter til hotel, transport, restaurant mv., som virksomheden skal dække, bør disse angives i salærspecificationen og den fornødne dokumentation vedlægges.
4. Endelig bør eventuelle rabatter, success fees, exposure fees og andre poster, der ikke berøres af timeforbruget, naturligvis også fremgå af salærspecificationen.

Som anført nedenfor, kan kravene til den nærmere udformning af salærspecificationen med fordel angives i et engagement letter.

Afslutningsvis bemærkes, at i USA, hvor advokatsalærer kan være en betydelig udgiftspost for virksomheder, findes der firmaer, som har specialiseret sig i at rådgive om rimeligheden af advokatsalærer.⁹⁷ I takt

96. Nogle advokatfirmaer har endog valgt at sende klienterne en tidsudskrift direkte fra time-/sagsregnskabssystemet, således at klienterne får et særdeles detaljeret overblik over tidsregistreringen.

97. Se fx www.devilsadvocate.com.

med den løbende udvikling og internationalisering kan det ikke udelukkes, at tilsvarende nichefirmaer vil dukke op i Danmark.

Instruktion, brug og kontrol af ekstern advokat

Det kan normalt anbefales, at virksomheden i forbindelse med valg af fast advokat fastlægger nogle spilleregler for det fremtidige samarbejde. Dette kan med fordel ske i et såkaldt engagement letter, der normalt har følgende indhold:⁹⁸

1. Introduktion, der kort beskriver formål og forventninger til det fremtidige samarbejde samt virksomhedens risikostrategi.
2. Angivelse af ansvarlig partner og dennes pligter.⁹⁹
3. En beskrivelse af kvalitetskravene til advokatydelser.
4. En beskrivelse af advokatydelsernes form, herunder at al skriftlig juridisk rådgivning bør adskilles fra forretningsmæssig rådgivning og mærkes "Fortroligt – omfattet af advokatprivilegiet" eller på engelsk "Confidential – professional legal privilege". Reglerne om legal privilege er yderligere beskrevet i kapitel 8.
5. Diverse bestemmelser vedrørende salærforhold, herunder timepriser og procedurerne for ændring heraf, procedurer hvis det viser sig at advokatfirmaet ikke kan overholde et salæroverslag, krav til indhold af salærspecificationer mv. I koncerner kan det anbefales i koncernjuridisk afdeling at have overblik over omfanget af bistand fra eksterne advokater, hvorfor et standard engagement letter med fordel kan bestemme, at alle salærspecificationer sendt til et koncernselskab skal sendes i kopi til koncernjuridisk afdeling.
6. Udnævnelsesperioden af den faste advokat samt opsigelsesbestemmelser.
7. Bestemmelser om behandling af klientkonflikter, herunder eventuelle konkurrenceklausuler pålagt advokatfirmaet.
8. Fortrolighedsbestemmelser.
9. Bestemmelser om advokatansvarsforsikringen, herunder om en eventuel minimumsdækning.

98. I relation til valg af fast advokat i udlandet, vil virksomhedens faste eksterne advokat i Danmark normalt kunne bistå med udformningen af et engagement letter med en fornuftig ordlyd.

99. Engagement letter underskrives af den klientansvarlige partner i advokatfirmaet.

10. Rapporteringskrav, herunder fx at virksomheden skal rapportere halv- eller helårligt til lederen af virksomhedens juridiske afdeling om omfanget af det forløbne års bistand.

De fleste virksomheder har prøvet at bede en ekstern advokat om at undersøge en – troede de – afgrænset juridisk problemstilling, i den forventning at advokaten ville sende en kort e-mail som svar. Til virksomhedens overraskelse modtager den i stedet et mangesiders notat, der uddybende og detaljeret beskriver diverse vinkler på problemstillingen. En uddybende og detaljeret beskrivelse kan naturligvis i nogle tilfælde være påkrævet, men da det jo er virksomheden, der skal betale for advokatens arbejde, er det vigtigt, at der er den fornødne kommunikation mellem parterne, inden den eksterne advokat går i gang. For at forhindre at en ekstern advokat på virksomhedens regning “går i selvsving”, er det vigtigt, at virksomheden indfører fornuftige procedurer for instruktion af eksterne advokater. Dette kan med fordel også beskrives i ovennævnte engagement letter.

En almindelig procedure er, at den eksterne advokat, inden han/hun går i gang med en konkret opgave, i en såkaldt assignment e-mail pålægges kort at opsummere, hvad parterne har aftalt. Indholdet af en assignment e-mail, der normalt kun er nødvendigt f.s.v.a. opgaver, som forventes at medføre et salær over en på forhånd aftalt tærskelværdi, vil ofte berøre følgende hovedpunkter:

1. En kort beskrivelse af omfanget af den pålagte opgave.
2. En angivelse af hvornår virksomheden kan forvente et svar.
3. Et salæroverslag samt et overslag over eventuelle omkostninger forbundet med opgavens løsning, herunder omkostninger til transport, hotel, restaurant mv.
4. En angivelse af hvilke advokater der forventes at løse opgaven, herunder relevante kontaktdetaljer.

Hvis det i engagement letter er bestemt, at virksomheden skal godkende indholdet af assignment e-mail, før den eksterne advokat må gå i gang med opgavens løsning, har virksomheden derved en chance for at nå at gribe ind, hvis det kan udledes af e-mailen, at den eksterne advokat har misforstået virksomhedens ønsker.

Ud over at kontrollere rimeligheden af et advokatsalær, er det vigtigt

Kap. 2: Virksomheden og juridisk rådgivning

at kontrollere, at advokaten kvalitetsmæssigt leverer en optimal advokatydelse. Uden at dette må blive en administrativ byrde, kan dette fx gennemføres ved, at de af virksomheden ansatte, der har modtaget bistand af et vist større omfang fra en ekstern advokat, udfylder et kort afkrydsningsskema, hvor advokatens indsats bedømmes på en række punkter. Disse bedømmelser kan herefter indsamles af virksomhedens juridiske afdeling, således at det – med henblik på at optimere det fortsatte samarbejde med det faste advokatfirma – er muligt mindst én gang årligt at give firmaet en samlet tilbagemelding på samarbejdet i den forløbne periode. Kan det udledes af bedømmelsesskemaerne at der er udbredt kritik af advokatfirmaets indsats, kan dette naturligvis give anledning til, at virksomheden beslutter sig for at skifte fast advokatfirma.

Er virksomheden i tvivl om den rådgivning, den har modtaget fra den faste advokat, er det endvidere muligt at bede et andet advokatfirma om i en såkaldt second opinion at kontrollere kvaliteten af den ydede rådgivning. Da dette naturligvis er en temmelig omkostningskrævende kontrolmetode, bør second opinions kun indhentes for så vidt angår juridiske problemstillinger, der er af stor vigtighed for virksomheden, og hvor virksomheden er i tvivl om den rådgivning den har modtaget.

Det kan med fordel anføres i engagement letter, at virksomheden med henblik på at kontrollere kvaliteten af advokatydelserne løbende foretager spørgeskemaundersøgelser og – såfremt behovet måtte opstå – indhenter second opinions fra andre advokatfirmaer, idet dette alt andet lige må formodes at skærpe det faste advokatfirmas bestræbelser på altid at levere en advokatydelse af topkvalitet.

Virksomheden og legal risk management

Indledning

Legal risk management – der som allerede nævnt henhører under enterprise risk management – udgør en integreret del af corporate governance er af særlig interesse for juridisk afdeling, der typisk har dette som et vigtigt ansvarsområde.¹ Juridisk afdeling vil således typisk have ansvaret for, at der i virksomheden er implementeret et fornuftigt legal risk management-system.

I takt med at det at drive virksomhed bliver stadig mere komplekst og reguleret, griber juraen i større eller mindre omfang efterhånden ind i de fleste af de aktiviteter, der finder sted i en virksomhed. Grafisk kan samspillet mellem legal risk management og de øvrige risk management former under enterprise risk management-paraplyen illustreres med følgende figur:

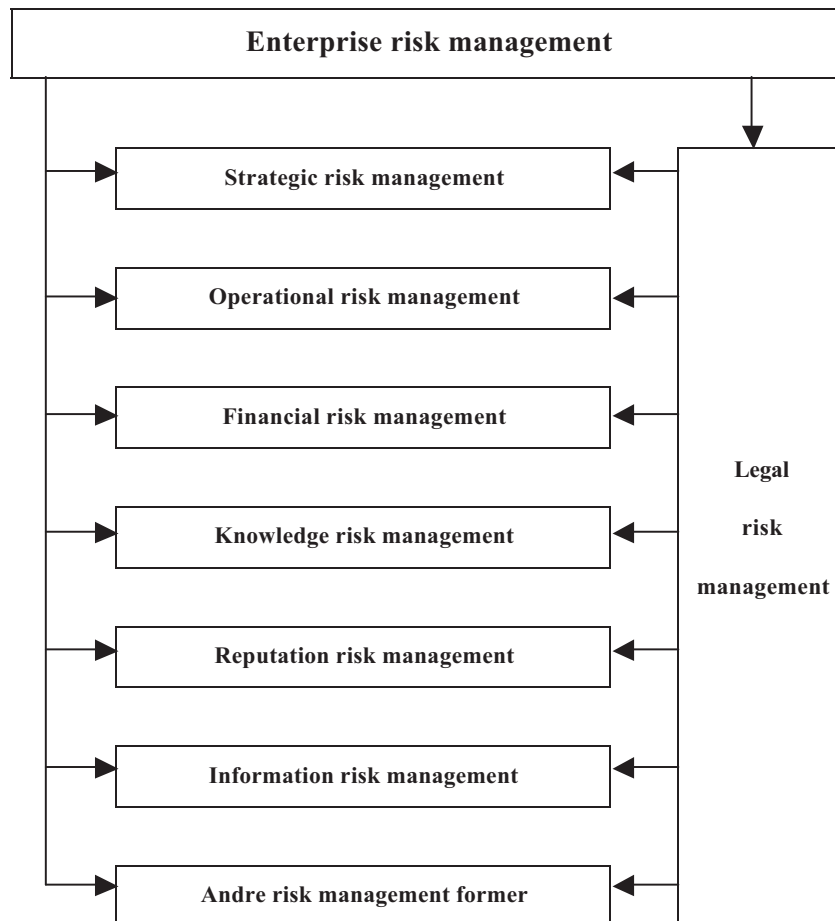
Det ses ofte, at ansvaret for implementering af enterprise risk management placeres i en virksomheds corporate finance eller regnskabsafdeling. Dette skyldes formentlig, at det er konsulent- og revisionsfirmaer, der hidtil har været mest aktive i debatten om og udviklingen af risk management-systemer og således har påvirket deres umiddelbare kontaktpersoner i virksomhederne til at komme i gang.²

Advokater og andre juridisk uddannede personer med erfaring fra

1. I starten af 2005 forventes Commerce & Industry Group of the Law Society of England & Wales at offentliggøre corporate governance retningslinier, der er særlig møntet på virksomhedsjurister. Det må formodes, at virksomhedsjurister vil kunne indhente værdifuld inspiration heri i forbindelse med implementering af sunde juridiske rutiner i virksomheder. Se hjemmesiden www.cigroup.org.uk.

2. Se fx Deloitte & Touche, "Perspectives on Risk", 2002, KPMG, "Understanding enterprise risk management", 2001, Ernest & Young, "Risks that matter", 2002, PricewaterhouseCoopers, "7th Annual Global CEO Survey, Managing Risk", 2004, Pricewater-

Kap. 3: Virksomheden og legal risk management



udarbejdelsen af kontrakter og behandling af juridiske tvister, har et naturligt flair for at identificere potentielle risici. Nogle gange kan dette være til stor irritation for forretningsfolk, der blot ønsker at komme i gang og tænker mindre på, hvad der kan gå galt. I relation til risk management er juristers erfaring og baggrund imidlertid ofte af stor værdi med henblik på at få potentielle risici blotlagt. Af samme grund og fordi juridiske risici som vist i figuren ovenfor griber ind i de øvrige

houseCoopers, "Integrity-Driven Performance", 2004 og American Institute of Certified Public Accountants og The Canadian Institute of Chartered Accountants, "Managing Risk in the New Economy", 2002.

risk management former under enterprise risk management, er det vigtigt at inddrage juridisk afdeling i arbejdet med udarbejdelsen af virksomhedens enterprise risk management-system.

Enterprise risk management er stadig i en opstartsfasen, og mange virksomheder er endnu ikke målrettet gået i gang med implementering heraf.³ Virksomhedens juridiske afdeling kan anvende ovennævnte som argument for, at en væsentlig del af det overordnede ansvar for virksomhedens enterprise risk management-system bør placeres hos lederen af juridisk afdeling i stedet for hos lederen af corporate finance- eller regnskabsafdelingen.

Ligesom enterprise risk management handler legal risk management om at være på forkant med udviklingen og i videst muligt omfang forhindre, at juridiske problemer opstår, eller at juridiske muligheder overses. Derved undgår juridisk afdeling at skulle agere i rollen som "brandslukker", når først problemerne har indfundet sig eller at ærgre sig over en forpasset mulighed. Det handler derfor om at implementere sunde juridiske rutiner i virksomheden generelt, internt i juridisk afdeling, mellem juridisk afdeling og virksomhedens øvrige afdelinger, mellem juridisk afdeling og eksterne advokater samt at sikre, at disse rutiner løbende kontrolleres, evalueres, tilpasses og udbygges i takt med, at virksomheden, samfundet og lovgivningen udvikler sig.

Helt kort kan legal risk management således defineres som:

Identifikation, vurdering, håndtering, kontrol, overvågning og kommunikation af juridiske muligheder og risici.

Som det fremgår af ovenstående figur, vil juridisk afdeling ofte i et eller andet omfang være (eller burde være) involveret i de forskellige juridiske påvirkninger, som virksomheden løbende udsættes for. Da det at drive virksomhed påvirkes af de juridiske muligheder og risici, der løbende opstår, gælder det for virksomheden om at sikre sig, at et fornuftigt legal risk management-system er implementeret.

3. Det fremgår af en artikel i Marsh Risikorientering, "Marsh undersøgelse", nr. 4, november 2002, at en undersøgelse foretaget af Marsh blandt mellemstore europæiske virksomheder tyder på, at halvdelen af disse ikke er tiltrækkeligt fokuseret på de alvorlige risici, der kan bringe deres økonomi i fare og mangler at formulere retningslinier for håndtering heraf.

Kap. 3: Virksomheden og legal risk management

Et sådant system medvirker bl.a. til at sikre, at følgende procedurer er implementeret i virksomheden:

1. Identifikation af juridiske risici og muligheder.
2. Vurdering, håndtering og udnyttelse af juridiske muligheder.
3. Vurdering, håndtering og kontrol af juridiske risici.
4. Løbende overvågning af systemet med henblik på kontinuerlig optimering.
5. Intern og ekstern kommunikation om ovennævnte samt implementering af en legal risk management-kultur blandt virksomhedens ansatte.

Med den overordnede gennemgang af corporate governance og enterprise risk management i kapitel 1 samt de indledende bemærkninger om virksomheders forbrug af intern og ekstern juridisk rådgivning i kapitel 2 in mente, er formålet med dette kapitel 3 at udstikke nogle retningslinier, som virksomheden kan lade sig inspirere af i forbindelse med implementering af et legal risk management-system. Herefter er i kapitlerne 4-8 anført en mere dybdegående beskrivelse af nogle af de vigtigste elementer i et sådant system.

Den struktur, der benyttes i dette kapitel, tager udgangspunkt i strukturen, der benyttes i udkastet til COSO-rapport⁴ om enterprise risk management. Ved at følge nedennævnte retningslinier vil det således være muligt at integrere juridisk afdelings implementering af et legal risk management-system med virksomhedens implementering af et enterprise risk management-system.

Som følge af virksomheders forskellighed er det sandsynligt, at ikke alle nedennævnte forslag og anbefalinger vil være lige relevante for alle typer virksomheder, herunder specielt virksomheder der i forholdsvis begrænset omfang har brug for juridisk rådgivning. Sådanne virksomheder vil imidlertid kunne få udbytte af at "plukke" de anbefalinger, der synes relevante for deres virksomhed.

4. COSO-rapporten er beskrevet på i kapitel 1, side 33.

Virksomhedens individuelle forhold

Et af argumenterne for at lade corporate governance bygge på frivillige retningslinier i stedet for på lovgivning er, at virksomheders forhold ofte er af så individuel karakter, at hver enkelt virksomhed bør finde sin egen tilgang til implementeringen af god corporate governance. Uanset at diverse retningslinier med fordel kan anvendes som inspirationskilde, vil det ofte være nødvendigt at tilpasse sådanne retningslinier til den enkelte virksomhed. Tilsvarende gælder, at ethvert legal risk management-system også skal tilpasses den enkelte virksomheds forhold.

Indledningsvis er det derfor relevant for virksomheden, at danne sig et overblik over virksomhedens individuelle forhold, herunder den branche som virksomheden er aktiv i. Derved er det muligt at kortlægge det interne og eksterne juridiske "miljø", som legal risk management-systemet skal implementeres i.

Som led i denne kortlægning vil det normalt være relevant at undersøge bl.a. følgende:

Virksomhedens risikovillighed og -kultur: Virksomhedens mission, vision, værdier og mål afspejles forhåbentlig i den risikovillighed og dermed risikokultur, der er herskende i virksomheden. Virksomhedens risikokultur afgør, hvordan de ansatte agerer i konkrete situationer og har således indflydelse på, om et legal risk management-system bliver fulgt, omgået eller ignoreret.⁵ Hvis der er uoverensstemmelse mellem mission/vision/værdier/risikovillighed og risikokultur, bør virksomhedens ledelse derfor aktivt søge at ændre kulturen med henblik på at sikre overensstemmelse. Det samme gælder, hvis en videndelingskultur ikke er til stede, idet en sådan, som tidligere nævnt, er en forudsætning for et velfungerende enterprise risk management-system.

Virksomhedens mission, vision, værdier, risikovillighed og risikokultur danner baggrund for udarbejdelsen af virksomhedens generelle risikostrategi, der igen udstikker rammerne for juridisk afdelings risiko-

5. Bl.a. som følge af Enron-skandalen er dette da også specielt fremhævet af United States Sentencing Commission i dens forslag til revision af Federal Sentencing Guideline Manual, som blev offentliggjort den 30. december 2003. Disse retningslinier er yderligere beskrevet i kapitel 5.

Kap. 3: Virksomheden og legal risk management

strategi, jf. nærmere nedenfor. I lyset heraf vil det være relevant at få besvaret bl.a. følgende spørgsmål:

1. Har virksomheden udarbejdet en risikostrategi, og hvad er dens indhold?
2. Hvad er virksomhedens risikovillighed, og er risikovilligheden i juridisk afdeling den samme som i virksomheden generelt?
3. Hvad er virksomhedens risikokultur, og er risikokulturen i juridisk afdeling den samme som i virksomheden generelt?
4. Er virksomhedens og juridisk afdelings risikovillighed og risikokultur afstemt efter virksomhedens mission, vision og værdier?

Virksomhedens juridiske organisation og ressourcer. For at få et overblik over virksomhedens juridiske organisation og beredskab vil det ofte være relevant at få besvaret bl.a. følgende spørgsmål:

1. Hvad er omfanget af virksomhedens juridiske organisation, herunder eventuelle koncernselskabers?
2. Hvad er koncernjuridisk afdelings organisatoriske placering i virksomhedens, herunder juridiske afdelingers organisatoriske placering i eventuelle koncernselskaber?
3. Hvor mange jurister og støttepersonale er tilknyttet juridisk afdeling og i de enkelte faggrupper/sektioner, fordelt på koncernselskaber?
4. Hvilke faste advokater benytter virksomheden i forskellige jurisdiktioner?
5. Hvor stort er koncernjuridisk afdelings og de enkelte koncernselskaber juridiske afdelingers budget?
6. Hvor mange omkostninger har virksomheden ved juridisk rådgivning, fordelt på forskellige jurisdiktioner?
7. Hvor mange omkostninger har virksomheden ved indhentelse af henholdsvis generel og specifik juridisk rådgivning, fordelt på retsområder?
8. Hvor mange omkostninger har virksomheden ved indhentelse af henholdsvis forebyggende og forsvarende juridisk rådgivning, fordelt på retsområder?
9. Hvor mange omkostninger har virksomheden ved indhentelse af henholdsvis intern juridisk rådgivning, bistand fra virksomhedens

faste advokat og bistand fra andre eksterne advokater, fordelt på retsområder?

10. Hvor mange omkostninger har virksomheden ved juridiske tvister, fordelt på henholdsvis offensive og defensive tvister som beskrevet i kapitel 7?

Virksomhedens ledelsesstil og -struktur. Effektiviteten af et legal risk management-system afhænger bl.a. af, om advokaterne/juristerne i juridisk afdeling og andre med legal risk management-ansvar har indtryk af, at de vil blive stillet løbende til ansvar herfor. For at få et overblik over den i virksomheden anvendte ledelsesstil og -struktur vil det ofte være relevant at få besvaret bl.a. følgende spørgsmål:

1. Hvor megen "tyngde" har juridisk afdeling i virksomheden – vil lederen af juridisk afdeling umiddelbart kunne forvente opbakning af CEO, hvis fx implementeringen af et legal risk management-system møder modstand i virksomhedens organisation.
2. Hvor centralt styret er juridiske afdeling, herunder i hvilket omfang har de enkelte jurister ret til at agere selvstændigt uden at inddrage lederen af juridisk afdeling?
3. Hvis juridisk afdeling er opdelt i en række faggrupper, i hvor stort omfang er opgaver og ansvar blevet delegeret til disse faggrupper?
4. I hvilket omfang er legal risk management angivet i jobbeskrivelser og knyttet op på performance targets?
5. I hvilket omfang er lederne af de juridiske afdelinger i koncernselskaber ansvarlige overfor lederen af koncernjuridisk afdeling?
6. Følger alle virksomhedens afdelinger og koncernselskaber et centralt udarbejdet external legal counsel management-program, eller finder valg, instruktion, brug og kontrol af eksterne advokater sted decentralt i de enkelte koncernselskaber?
7. Er legal risk management værktøjer i form af bl.a. compliance-, contractual risk management-, litigation risk management- og document risk management-programmer, implementeret på tværs af virksomhedens afdelinger og koncernselskaber og er de centralt initieret og styret, eller finder arbejdet hermed sted decentralt i de enkelte koncernselskaber?
8. I hvilket omfang har advokaterne/juristerne i juridisk afdeling og i

Kap. 3: Virksomheden og legal risk management

koncernselskaber mulighed for og gør brug af at sparre fagligt med hinanden og/eller deres umiddelbart foresatte?

9. I hvilket omfang er der implementeret procedurer i virksomheden, hvorefter jurister tidligt inddrages og/eller høres i forbindelse med konkrete projekter?

Kompetencer og knowhow i juridisk afdeling og hos eksterne advokater. For at få et overblik over omfanget af kompetencer og knowhow i juridisk afdeling og hos eksterne advokater vil det ofte være relevant at få besvaret bl.a. følgende spørgsmål:

1. Hvilke faglige kompetencer har advokaterne/juristerne i juridisk afdeling, herunder hvilke har de ikke?
2. Hvilke former for juridisk rådgivning falder henholdsvis i kategorierne generel og specifik juridisk rådgivning – er der udarbejdet definitioner heraf?
3. Er der etableret faggrupper i juridisk afdeling og i bekræftende fald hvilke?
4. Hvilke faglige kompetencer har virksomhedens faste advokat(er), herunder hvilke har de ikke?
5. Har juridisk afdeling implementeret et external legal counsel management-program, som beskrevet i kapitel 2?
6. Har virksomheden implementeret et structural risk management-program, som beskrevet i kapitel 4?
7. Har virksomheden implementeret et regulatory risk management-program, som beskrevet i kapitel 5, og i bekræftende fald hvilke compliance-programmer?
8. Har virksomheden implementeret et contractual risk management-program, som beskrevet i kapitel 6?
9. Har virksomheden implementeret et litigation risk management-program, som beskrevet i kapitel 7?
10. Har virksomheden implementeret et document risk management-program, som beskrevet i kapitel 8?
11. Hvad er “klientens” vurdering, fx i spørgeskemaundersøgelser, af kvaliteten af den løbende juridiske rådgivning fra juridisk afdeling og eksterne advokater, herunder i relation til både forebyggende og forsvarende juridiske rådgivning?
12. I hvilket omfang er og bliver juridisk viden forankret i virksom-

heden fx i diverse legal risk management-programmer og gennem opbygning af videnbanker?

Brancheforhold og vigtige stakeholders: Det eksterne miljø, herunder den branche som virksomheden er aktiv i og virksomhedens vigtigste stakeholders, vil også være af interesse at undersøge. Som følge af de store forskelle der er på virksomheder og brancher, er det svært at anføre noget generelt herom, om end besvarelsen af følgende spørgsmål formentlig kan give et vist overblik:

1. I hvilket omfang er branchen lovreguleret?
2. I hvilket omfang er branchen baseret på offentlige autorisationer og/eller tilladelser?
3. I hvilket omfang benyttes skriftlige aftaler i branchen og hvad er vigtigheden og kompliceringsgraden heraf?
4. I hvilket omfang er branchen international og dermed underlagt eller påvirket af lovgivningen i andre lande?
5. Hvilken rolle spiller immaterielle rettigheder i branchen og for virksomheden?
6. Er branchen præget af hård konkurrence, hvor konkurrenterne gør brug af alle juridiske muligheder med henblik på at stække virksomhedens aktiviteter, og omvendt?
7. Hvad er markedsforholdene i branchen, herunder virksomhedens markedsposition?
8. I hvilket omfang nyder branchen folkelig og/eller politisk opbakning eller det modsatte?
9. Hvem er de vigtigste stakeholders, og hvilken mulighed har de for at påvirke virksomheden?

På baggrund af ovennævnte undersøgelser og naturligvis med udgangspunkt i virksomhedens generelle risikostrategi, hvis en sådan findes, udarbejder juridisk afdeling et udkast til en juridisk afdelings risikostrategi samt fastlægger hovedlinierne i legal risk management-systemet.⁶ I koncerner vil det typisk være koncernjuridisk afdeling, der på vegne

6. Nogle gange tager udkastet afsæt i en forinden internt eller eksternt udarbejdet juridisk risikoreport.

Kap. 3: Virksomheden og legal risk management

af koncernselskabernes juridiske afdelinger, forestår dette arbejde for hele koncernens juridiske organisation.

Juridisk afdelings risikostrategi indeholder normalt en beskrivelse af virksomhedens holdning til juridiske muligheder og risici, herunder en beskrivelse af virksomhedens juridiske risikovillighed.⁷ Den konkrete udformning af virksomhedens risikostrategi skal naturligvis afstemmes med, hvad dens stakeholders tillægger værdi, hvorfor det er svært at udtale sig generelt herom. I nogle virksomheder vil stakeholders fx lægge stor vægt på corporate social responsibility, mens andre stakeholders er mere fokuserede på kortsigtet profitskabelse. Hvorom alting er, gælder det som ved investeringer, at jo større risikovillighed virksomheden har, jo større op- og nedture vil den normalt opleve.

Det er ofte en god idé at lade virksomhedens faste advokat medvirke ved udarbejdelsen af risikostrategien og fastlæggelsen af hovedlinierne i legal risk management-systemet eller i det mindste at lade advokaten læse udkastene hertil, idet den faste advokat og dennes firma i fremtiden vil skulle følge strategien og være underlagt systemet og derfor ofte har nogle relevante bemærkninger hertil.

Efter at virksomhedens ledelse har godkendt juridisk afdelings risikostrategi og hovedlinierne i legal risk management-systemet er det vigtigt, at virksomhedens bestyrelse også inddrages og får lejlighed til endelig godkendelse heraf. Dette kan eventuelt ske ved at juridisk afdelings risikostrategi og legal risk management-systemet integreres i udkastet til virksomhedens risikostrategi og enterprise risk management-system, der herefter godkendes af virksomhedens bestyrelse. Derved sikres, at juridisk afdelings risikostrategi og legal risk management-systemet opnår den fornødne forankring i virksomheden i overensstemmelse med god corporate governance.

Afslutningsvis bemærkes, at juridisk afdelings risikostrategi og legal risk management-systemet naturligvis skal revideres i takt med den løbende udvikling af virksomheden og det omgivende samfund. Lederen af juridisk afdeling vil normalt have til ansvar at gøre virksomhedens ledelse og bestyrelse opmærksom på, hvis ændringer i ovennævnte individuelle forhold – fx en kraftig reduktion af juridisk afdelings bud-

7. Ved beskrivelsen af virksomhedens risikovillighed kan hentes inspiration i de risikodefinitioner, der er anført i kapitel 1.

get – bør bevirke, at juridisk afdelings risikostrategi eller legal risk management-systemet bør revideres.

Fastlæggelse af juridisk afdelings mål

Med udgangspunkt i virksomhedens individuelle forhold og juridisk afdelings risikostrategi fastlægges de konkrete legal risk management-mål, som juridisk afdeling skal nå.

Det er de færreste juridiske afdelinger, der har de fornødne ressourcer til at indlede arbejdet med straks at implementere et fuldt udbygget legal risk management-system. De fleste juridiske afdelinger er, som følge af de begrænsninger deres individuelle forhold pålægger dem, nødt til at prioritere indsatsen. Medmindre virksomheden allerede har et godt overblik over sin juridiske risikosituation, kan det anbefales at vente med at fastlægge juridisk afdelings konkrete legal risk management-mål, indtil efter et eller flere kick-off-møder er afholdt i det nedenfor beskrevne risk management-udvalg. I forbindelse med disse indledende møder opnår juridisk afdeling forhåbentlig det fornødne overblik over virksomhedens juridiske risikosituation, hvorved det bliver muligt at fastlægge nogle hensigtsmæssige og realistiske mål for juridisk afdelings legal risk management.

Normalt sondres mellem følgende målkategorier, der i et vist omfang er overlappende:

Strategiske mål: Strategiske mål udgør de langsigtede mål for juridisk afdeling, der understøtter afdelingens mission og vision.

Hvis juridisk afdelings mission fx er:

at yde virksomheden værdiskabende juridisk rådgivning på et højt kvalitets- og specialiseringsniveau,

og dens vision fx er:

at være en internationalt arbejdende juridisk afdeling kendt for målrettet og systematisk at udnytte juridiske muligheder og forebygge juridiske risici samt at levere værdiskabende juridiske løs-

Kap. 3: Virksomheden og legal risk management

ninger gennem høj faglig kvalitet og etik, tilgængelighed, hurtighed, branchekendskab og venlighed.

kan et eksempel på et strategisk mål være:

at være den juridiske afdeling, der i branchen anses for at have implementeret det mest effektive, velfungerende og cost-effektive legal risk management-system.

Operationelle mål: Operationelle mål udgør målene for driften af juridisk afdeling, herunder økonomiske og andre performance-relaterede mål. I forlængelse af ovennævnte eksempler, kan eksempler på operationelle mål være følgende:

Inden [DATO] at implementere compliance-programmer på de for virksomheden vigtigste retsområder, herunder [**], [**] og [**].

Inden [DATO] at nedbringe omkostningerne til ekstern juridisk bistand med 20 procent gennem en udvidelse af juridisk afdeling samt implementering af et external legal counsel management-program.

Inden [DATO] at nedbringe omfanget af forsvarende juridisk rådgivning til [**] procent af de samlede omkostninger til juridisk rådgivning gennem en øget fokus på forebyggende juridisk rådgivning, herunder implementering af et legal risk management-system.

Rapporteringsmål: Rapporteringsmål udgør målene for virksomhedens interne og eksterne rapportering af økonomisk og andre former for information. I forlængelse af ovennævnte eksempler, kan eksempler på rapporteringsmål være følgende:

Inden [DATO] at iværksætte udgivelsen af kvartalsvise legal risk management-nyhedsbreve, der sætter fokus på forskellige legal risk management-emner med henblik på at forbedre risikokulturen i virksomheden.

Fastlæggelse af juridisk afdelings mål

Inden [DATO] at implementere diverse rapporteringskrav for eksterne advokater, som nærmere angivet i virksomhedens standard engagement letter, herunder at eksterne advokater skal fremsende assignment e-mails ved tildeling af konkrete opgaver.

Compliance-mål: Compliance-mål udgør målene for virksomhedens overholdelse af gældende lovgivning, indgåede aftaler samt interne og eksterne retningslinier, som virksomheden har besluttet sig for at følge. I forlængelse af ovennævnte eksempler, kan eksempler på compliance-mål være følgende:

At virksomheden ikke efter implementeringen af et compliance-program overtræder den lovgivning, som compliance-programmet vedrører, i et omfang der risikerer at udløse en bøde eller betydelig dårlig omtale.

At virksomhedens ansatte efter implementeringen af et contractual risk management-program konsekvent anvender de af juridisk afdeling udarbejdede standardaftaler samt inddrager juridisk afdeling såfremt disse aftaler ønskes fraveget på områder, der er af afgørende betydning for virksomheden.

Værdisikringsmål: Værdisikringsmål udgør målene for sikring af virksomhedens aktiver, herunder forankring af viden i juridisk afdeling, fastholdelse af juridisk afdelings nøglemedarbejdere, styring af eksterne advokater, påtale ved tredjemands overtrædelse af virksomhedens immaterielle rettigheder etc. I forlængelse af ovennævnte eksempler, kan eksempler på værdisikringsmål være følgende:

Inden [DATO] at kategorisere og lagre i et/en compliance program/videnbank al juridisk rådgivning, der falder i kategorien generel juridisk rådgivning, herunder både rådgivning fra juridisk afdeling og fra eksterne advokater.

Inden [DATO] at implementere et overvågnings-program i relation til krænkelse af virksomhedens immaterielle rettigheder, herunder fastlæggelse konkrete procedurer for løbende forsvar heraf.

Som også anført i relation til juridisk afdelings risikostrategi, gælder, at også juridisk afdelings mål naturligtvis skal revideres i takt med den løbende udvikling af virksomheden og det omgivende samfund.

Identifikation af juridiske muligheder og risici

Med udgangspunkt i virksomhedens individuelle forhold har juridisk afdeling til opgave løbende at identificere juridiske muligheder og risici af en sådan karakter, at de kan påvirke juridisk afdelings risikostrategi og/eller juridisk afdelings mulighed for at nå ovennævnte mål.⁸

De dage hvor en virksomhedsjurist blot kunne vente på, at sagerne landede på hans/hendes bord synes ovre. En moderne juridisk afdeling bør være udadvendt og udfarende med henblik på at identificere, hvor juridiske muligheder og risici kan tænkes at opstå. En juridisk afdeling bør således i dag i højere grad vurderes på, hvor god den er til forebyggende juridisk rådgivning end på hvor god den er til forsvarende juridisk rådgivning. Det er almindeligt kendt, at de bedst konciperede aftaler ofte er dem, der kan forblive i skuffen. Tilsvarende gælder, at de bedste juridiske afdelinger ofte er dem, hvor der er færrest juridiske problemer at løse. Dermed ikke være sagt, at veldrevne juridiske afdelinger ikke har noget at lave – den juridiske rådgivning er blot skiftet fra at være forsvarende til at være af forebyggende karakter. Det at være opsøgende og at kunne stille de rigtige spørgsmål indebærer naturligt, at virksomhedsjurister – og for den sags skyld eksterne advokater – er nødt til at specialisere sig – både fagligt og i brancher – således at de har et indgående kendskab til de specifikke regler og markedsforhold, der er af relevans for de(n) virksomhed(er), som de skal rådgive.

Pga. virksomheders forskellighed er det vanskeligt at give et generelt bud på, hvorledes virksomheden i praksis bør indrette sig, således at det sikres, at juridiske muligheder og risici løbende identificeres. I nogle virksomheder vil det være relevant at overveje at etablere en decideret

8. Inspiration f.s.v.a. identifikation af juridiske muligheder og risici kan bl.a. hentes i Caron Murphy's artikel i *European Counsel*, "Balancing the risk", juni/juli 2000, hvori bl.a. grafisk er vist, hvordan identifikation af juridiske muligheder og risici kan gribes an i praksis.

risk management- eller compliance-funktion, og mange multinationale virksomheder er da også gået i den retning og har ansat risk og/eller compliance officers med risk management, herunder legal risk management, som primært ansvarsområde.⁹

En alternativ eller sideløbende mulighed er at nedsætte et enterprise risk management-udvalg og delegere til dette udvalg det løbende ansvar for virksomhedens enterprise risk management-system. Ud fra en legal risk management-synsvinkel, bør sammensætningen af udvalget – ud over lederen af juridisk afdeling – være en vifte af ledende medarbejdere fra de af virksomhedens forskellige afdelinger, der er af størst juridisk vigtighed. Det er normalt en fordel, at medlemmerne har en vis erfaring, idet dette ofte er en forudsætning for at kunne bistå optimalt ved identificering af juridiske muligheder og risici. Ud over juridisk afdeling kan det normalt som minimum anbefales, at følgende afdelinger repræsenteres i udvalget:

1. Indkøb,
2. Salg og marketing,
3. Corporate finance/intern revision og
4. Personale (HR).

I visse virksomheder kan også fx udviklings- (R&D), kommunikations- eller miljøafdelingen med fordel være repræsenteret i udvalget. Endvidere vil det normalt være formålstjenligt, at eksterne rådgivere, herunder virksomhedens faste advokat og revisor, er medlemmer med henblik på at sikre den fornødne eksterne påvirkning.

Som medlem af udvalget opnår lederen af juridisk afdeling adgang til et forum, hvor det igennem dialog og udveksling af risikooplysninger forhåbentlig vil være muligt, at identificere muligheder og risici af relevans også for legal risk management.

I koncerner kan ovennævnte udvalg med fordel etableres i de enkelte koncernselskaber, og repræsentanter herfra kan deltage i de udvalgs-

9. Som eksempel kan nævnes, at MT Højgaard efter et katastrofetaf på DKK 454 mio. på en cementfabrik i Buxton i England, som virksomheden bygger i samarbejde med FLS Industries, har startet projekt, der ved hjælp af efteruddannelse og bedre systematikker skal forbedre virksomhedens risikostyring – se Jyllands-Posten, “Buxton-tab sænker MT Højgaard”, 27. marts 2003.

Kap. 3: Virksomheden og legal risk management

møder, der afholdes på koncernniveau. Derved sikres, at identifikation af juridiske muligheder og risici bliver en prioritet i hele koncernen.

I juridisk "tunge" virksomheder, eller hvis et enterprise risk management-udvalg ikke er etableret, kan lederen af juridisk afdeling overveje i stedet eller sideløbende at etablere et legal risk management-udvalg. Et sådant udvalg kan – ud over de ovenfor anførte medlemmer – med fordel bestå af en række nøglemedarbejdere fra juridisk afdeling. Medtagelsen af sidstnævnte er en naturlig følge af, at det vil være juridisk afdeling, der sætter dagsordenen i et sådant udvalg.

I forbindelse med et legal risk management-udvalgs virke kan det anbefales i et vist omfang at målrette søgningen efter juridiske muligheder og risici. Normalt vil det være relevant at rette fokus mod bl.a. følgende i vilkårlig rækkefølge opregnede arbejdsprocesser og forretningsområder:¹⁰

1. Arbejdsprocesser der er af vital betydning for virksomheden i dens stræben efter at nå sine mål¹¹ samt arbejdsprocesser der i betydelig grad er med til at forøge stakeholder value (herefter betegnet "value drivers").
2. Forretningsområder, der netop er blevet tilkøbt eller omorganiseret.
3. Arbejdsprocesser og forretningsområder, der forventes at blive påvirket af kommende lovgivning eller nye forventninger fra kunder.
4. Arbejdsprocesser, der indebærer indgåelse af juridisk bindende aftaler med andre juridiske enheder, herunder stakeholders.
5. Arbejdsprocesser, der indebærer interaktion med konkurrenter.
6. Arbejdsprocesser, der udøves på tværs af grænser og således er underlagt lovgivningen i flere forskellige jurisdiktioner.
7. Arbejdsprocesser, hvorved tredjemand får adgang virksomhedens immaterielle rettigheder, knowhow eller forretningshemmeligheder.
8. Arbejdsprocesser og forretningsområder, der tidligere har medført juridiske tvister eller klager fra vigtige stakeholders.
9. Arbejdsprocesser og forretningsområder, som juridisk afdeling ikke

10. Se også Stephen E. Nowlans artikel i Chief Legal Executive, "Preventive law: Expanding Your Vision", vinteren 2003.

11. I Nørby-rapport II benævnt "kritiske succesfaktorer".

tidligere har haft det fornødne indgående kendskab til eller fokus på.

Med henblik på en systematisk måde at identificere juridiske muligheder og risici kan det normalt anbefales at udarbejde en tjekliste, der er specielt tilpasset virksomhedens forhold, og i forbindelse med ovennævnte udvalgmøder at gennemgå denne. I tjeklisten kan der med fordel overordnet skelnes mellem interne og eksterne begivenheder.

Interne begivenheder af relevans for juridiske muligheder og risici kan ofte opdeles i følgende kategorier:

Infrastruktur: Virksomhedsoverdragelser kan nævnes som et eksempel på en begivenhed der falder i kategorien "infrastruktur". Hvis fx virksomheden køber en anden virksomhed, bør en sådan begivenhed straks medføre, at koncernjuridisk afdeling går i gang med at integrere det nye koncernselskab i virksomhedens eksisterende legal risk management-system. Nogle gange vil dette forudsætte visse due diligence-undersøgelser, fx at en af koncernjuridisk afdeling nedsat arbejdsgruppe foretager en undersøgelse af den opkøbte virksomheds individuelle forhold, hvorefter arbejdsgruppen udarbejder et udkast til handlingsplan, som den opkøbte virksomhed skal følge med henblik på at komme på juridisk omdrejningshøjde med resten af koncernen.

Medarbejdere: Medarbejdere er naturligvis en vigtig kilde til begivenheder, der rummer potentielle juridiske muligheder og risici. Som eksempler kan nævnes; kultur og handlemønstre, manglende evner, arbejdsulykker, ulovligheder, bedrageri, opfindelser mv.

Produkter og processer: Denne kategori omfatter fx juridiske muligheder og risici i relation til kvalitetsproblemer, immaterielle rettigheder, afhængighed af bestemte leverandører og kunder samt manglende eller overskud af produktionskapacitet.

Teknologi: Virksomheder synes at blive stadig mere afhængige af IT. Brugen af IT rummer naturligvis både muligheder og risici. Som eksempel herpå kan nævnes, at virksomheder i forbindelse med udskiftning af hardware i mange tilfælde ikke sørger for effektivt at slette oplysninger lagret på kasserede eller solgte harddiske. Udover at dette

Kap. 3: Virksomheden og legal risk management

risikerer at bevirke, at forretningshemmeligheder kommer til tredjemands kundskab, risikerer det også at være i strid med persondatalovgivningen, idet bl.a. computere brugt af virksomhedens HR-afdeling ofte indeholder personfølsomme oplysninger.¹²

Eksterne begivenheder af relevans for juridiske muligheder og risici kan ofte opdeles i følgende kategorier:

Ny lovgivning og retspraksis: Det vil naturligvis være en af juridisk afdelings fornemste opgaver at holde sig ajour med al ny lovgivning og retspraksis, der vil kunne påvirke virksomhedens mulighed for at nå sine mål. Nogle advokatfirmaer tilbyder deres faste klienter løbende nyhedsbreve og seminarer, der vil kunne bistå en juridisk afdeling i dens arbejde hermed. Endvidere har juridisk afdeling, som nævnt i kapitel 2, mulighed for at gøre brug af en række juridiske værktøjer, der kan medvirke til at holde juridisk afdeling ajour.

Den lovgivning, der implementeres i Danmark i dag, har for hovedpartens vedkommende sit udspring i EU-lovgivningen. Virksomheden vil derfor ofte kunne forudse, hvilken lovgivning der må forventes indført i Danmark. I de senere år har bl.a. markedsføringslovgivningen således undergået betydelige forandringer, der skyldes harmoniseringsdirektiver vedtaget i Bruxelles. At kunne forudse og derved i god tid have mulighed for at indrette sine aktiviteter efter de nye begrænsninger og/eller muligheder, som sådanne ændringer medfører, kan i visse tilfælde sikre virksomheden en konkurrencefordel.

Ud over EU-lovgivningen vil det naturligvis være relevant for juridisk afdeling at identificere alle juridiske muligheder eller risici, der opstår som følge af ændringer i dansk lovgivning. Fx fandt mange virksomheder anledning til at nedsætte en arbejdsgruppe i forbindelse med vedtagelsen af persondataloven i maj 2000, idet denne lov bevirkede, at en række interne rutiner og arbejdsgange i virksomheder skulle revideres.¹³

12. Se i den forbindelse artiklen i Jyllands-Posten, "IT-råd foruroliget over misbrug", 20. december 2000 samt Datatilsynets nyhedsbrev, "Sletning af datamedier", 2. maj 2001 og Datatilsynets sikkerhedsvejledning (vejledning nr. 37 af 2. april 2001).

13. Se yderligere herom i artiklen af Jon Iversen og Janne Glæsel, "Persondataloven – med fokus på private virksomheder", Revision & Regnskabsvæsen, nr. 12, december 2001.

Blot der ageres i god tid vil det også være muligt gennem lobbyisme¹⁴ at påvirke indholdet af kommende lovgivning. Således havde en række store danske virksomheder held til, med hjælp fra økonomi- og erhvervsminister Bendt Bendtsen, at få pillet den omstridte breakthrough-regel ud af det såkaldte take-over direktiv inden dets endelige vedtagelse i EU i november 2003. Var reglen blevet vedtaget, ville det danske system med A- og B-aktier være blevet gjort illusorisk i forbindelse med overtagelsesforsøg, hvilket måske havde medført, at de førnævnte virksomheder var blevet opkøbt af store multinationale virksomheder.¹⁵ På tilsvarende måde vil det være muligt at påvirke lovgivningsprocessen i Danmark og andre lande.¹⁶

Som et andet eksempel, der har givet anledning til medieomtale i den seneste tid, kan nævnes, at Dansk Tipstjenestes monopol formentlig blev ulovligt ved EF-domstolens afsigelsen af den såkaldte Gambellidom i november 2003. Som følge af at EF-domstolen fandt den italienske spillovgivning, der i hovedtræk svarer til den danske, i strid med EF-traktatens regler om fri bevægelighed, bliver Danmark indenfor en overskuelig fremtid formentlig gennem pres fra EU tvunget til at liberalisere sin lovgivning. Dette vil åbne nogle kommercielle muligheder i Danmark for udenlandske spillevirksomheder, ligesom danske medier igen vil få mulighed for at reklamere i Danmark for andre spilvirksomheder end Tipstjenesten.

Teknologi: Teknologiske problemer eller udviklinger kan også bevirke, at juridiske muligheder eller risici opstår. Fx betød hysteriet over det såkaldte År 2000-problem, at alle købere af IT-løsninger i årene op til årtusindskiftet var meget omhyggelige med i købsaftaler at indføje en særlig År 2000-klausul, i henhold til hvilken leverandøren garanterede at IT-løsningen ville fungere som forudsat også i det 21. århundrede.

Tilsvarende har udbredelsen af internettet, herunder i særdeleshed handel via internettet, medvirket til at en række juridiske muligheder og risici er opstået, som virksomheder har været nødt til at forholde sig til.

14. Dette kan fx ske gennem de brancheorganisationer, som virksomheden er medlem af.

15. Som beskrevet i kapitel 1, note 35.

16. Se bl.a. artiklerne i Jyllands-Posten, "Den danske lobby", 11. april 2004 og Børsen, "Novo forstærker lobbyindsats i USA", 16. februar 2004.

Branche- og marked: Diverse udviklinger i den branche som virksomheden er aktiv i, er en stadig kilde til juridiske muligheder eller risici opståen. De fleste virksomheder søger da også løbende at holde sig ajour med udviklingen i branchen gennem fx medlemskab af brancheorganisationer, abonnering på fagblade, foretagelse af markedsundersøgelser, overvågning af konkurrenter mv.

Markedsandele er fx ikke kun af interesse for virksomhedens salgs- og markedsføringsafdeling. Konkurrenceretligt vil markedsandele ofte være afgørende for, om en aftale eller en adfærd er konkurrenceretstridig eller ej. Erobrer virksomheden således markedsandele og opnår en såkaldt dominerende stilling på et (relevant) marked, udløser det konkurrenceretligt en række retsvirkninger, som virksomheden er nødt til at agere på. Pludselig risikerer fx virksomhedens indtil da lovlige rabat- og bonussystem ikke længere at være lovligt eller en række eksisterende aftaler at udgøre misbrug af en dominerende stilling. Tilsvarende gælder, hvis virksomheden hidtil har kunnet støtte lovligheden af indgåede aftaler på en gruppefritagelse. Hvis de i gruppefritagelsen angivne markedsandelstærskler overskrides, vil gruppefritagelsen ikke længere yde beskyttelse, og de indgåede aftaler risikerer derved at være ulovlige og ugyldige med bøderisiko til følge. Som følge heraf, bør virksomhedens salgs- og marketingafdeling løbende orientere juridisk afdeling om udviklinger i markedsandele, idet dette kan bevirke, at virksomheden bør foretage en række undersøgelser for at sikre sig, at den stadig overholder konkurrencelovgivningen.¹⁷ Oplysninger om konkurrenters markedsadfærd og markedsandele vil også være af interesse, idet virksomheden måske derigennem finder anledning til at klage til konkurrencemyndighederne over bestemte konkurrenters markedsføring eller konkurrencebegrænsende aktiviteter.

Det er ikke kun salgsmarkedet, hvor markedsandele har relevans. Hvis således en af virksomhedens leverandører opnår en betydelig markedsandel på virksomhedens indkøbsmarked, kan dette i visse tilfælde åbne mulighed for, at konkurrencelovgivningen kan bruges til at opheve konkurrencebindinger, som virksomheden hidtil i sine leveringsaftaler har været underlagt.

Endelig bemærkes, at de løbende møder i legal risk management

17. Et forslag til hovedlinierne i et konkurrenceretligt compliance-program er anført i kapitel 5.

udvalget også kan medvirke til at identificere, om branche- eller markedsudviklinger har medført et behov for at tilrette virksomhedens eksisterende standardaftaler eller for at udarbejde nye typer standardaftaler.¹⁸ Tilsvarende vil branche- eller markedsudviklinger kunne bevirke, at eksisterende compliance-programmer bør tilrettes, og nye compliance-programmer bør implementeres.

Økonomi: Den økonomiske udvikling kan også bevirke, at juridiske muligheder eller risici opstår. Fx kan en nedgang i økonomien bevirke, at virksomheden, med henblik på at minimere virksomhedens kreditrisiko, finder anledning til at ændre kreditbestemmelserne i sine standardaftaler. Tilsvarende vil en sådan udvikling kunne bevirke, at virksomheden begynder at undersøge udvalgte kunders kreditværdighed eller stiller krav om forudbetaling, i forbindelse med indgåelse af kundeaftaler.

Miljø: Ud over at naturkatastrofer, ildebrand, forbrug af energi og råstoffer, affaldsproduktion, udledninger mv. vil kunne rumme juridiske muligheder¹⁹ og risici, vil naturligvis også indgreb i det omgivende miljø, såsom fredninger og etablering af naturreservater, kunne virke begrænsende på virksomhedens udfoldelsesmuligheder. Som eksempel kan nævnes, at bl.a. fugle- og naturreservater – eller forslag om etablering heraf – ofte begrænser virksomhedens muligheder for påbegyndelse af nye eller udvidelse af eksisterende aktiviteter.²⁰

I de fleste virksomheder vil et møde én gang i kvartalet formentligt være tilstrækkeligt til på en forsvarlig måde at afdække de juridiske muligheder og risici, der løbende opstår. Konkrete forhold kan dog tale for, at møder afholdes med større eller mindre mellemrum.

I forlængelse af hvert udvalgmøde kan det anbefales at udarbejde et referat med en som bilag vedlagt aktionsliste, således at virksomheden løbende har overblik over identificerede juridiske muligheder og risici,

18. Contractual risk management, herunder brug af standardaftaler, er beskrevet i kapitel 6.

19. Juridiske muligheder kan fx opstå ved, at kunder, som følge af sådanne miljørelaterede begivenheder, begynder at efterspørge virksomhedens produkter eller tjenesteydelser.

20. Se fx artiklerne i Børsen, "Ideologisk opgør kan bremse vindeventyr", 30. april 2002 og Jyllands-Posten, "Ny London-lufthavn", 2. marts 2002.

ligesom alle har mulighed for at følge med i, hvad status er, og hvem der er aktionsansvarlig.

Ud over afholdelse af de løbende udvalgmøder kan juridisk afdeling benytte bl.a. følgende teknikker og værktøjer med henblik på at identificere begivenheder, der rummer potentielle juridiske muligheder og risici:

Brug af videnbanker og legal risk management-programmer: I overensstemmelse med god knowledge risk management bør al den erfaring og viden, som juridisk afdeling løbende opbygger i relation til identifikation af juridiske muligheder og risici i videst muligt omfang forankres i virksomheden. Dette forøger virksomhedens værdi og reducerer risikoen for, at fx medarbejderudskiftning, ferie eller sygdom efterlader huller i virksomhedens juridiske risikoberedskab. Endvidere medvirker etablering heraf til, at bestemte virksomhedsjurister ikke bliver overbebyrdede i spidsbelastningsperioder, fordi andre jurister via videnbankerne og databaserne hurtigt vil kunne indhente nødvendige informationer og derigennem blive i stand til at bistå. I kapitel 4-8 er yderligere beskrevet, hvorledes diverse legal risk management-programmer kan medvirke til, at en fornuftig videnopbygning løbende finder sted i virksomheden.

Interne undersøgelser, work shops og interviews: Klager fra kunder, ansatte eller andre stakeholders bør bevirke, at der foretages en intern undersøgelse for at sikre, at der ikke bag sådanne klager gemmer sig mulige juridiske risici. Tilsvarende bør sager mod konkurrenter ligeledes give anledning til at undersøge, om virksomheden måtte være eksponeret for lignende sagsanlæg.

Endvidere kan det også anbefales fra tid til anden at gennemføre work shops eller interviews i relevante afdelinger i virksomheden og i koncernselskaber for at tjekke, at compliance-programmer mv. er hensigtsmæssigt implementeret. Nogle virksomheder skrider i den forbindelse mere dramatisk til værks med henblik på at identificere juridiske risici. Fx er det muligt at foretage et falsk dawn raid, som beskrevet i kapitel 5, med henblik på at teste beredskabet og graden af legal risk management. Sådanne raids relaterer sig ofte til konkurrenceretlige undersøgelser, og for at gøre dem så realistiske som muligt kan dawn raid-teamet bede den/det raidedede afdeling/koncernselskab agere, som

den/det ville have ageret, hvis det havde været en konkurrencemyndighed, der havde forestået dawn raidet.²¹

Endelig er det muligt at foretage due diligence-undersøgelser. Sidstnævnte ses ofte i forbindelse med opkøb af virksomheder (herefter betegnet “køber due diligence”), hvor en potentiel køber – for at undersøge om der er såkaldte deal breakers – bl.a. gennemgår kontraktgrundlaget i den virksomhed der er sat til salg. Køber due diligence udgør grundlaget for de senere forhandlinger om, hvilke garantier sælger skal give til køber i virksomhedsoverdragelsesaftalen. Da det naturligvis er ødelæggende for en salgsproces, hvis en potentiel køber finder en deal breaker eller andre forhold der kan påvirke prisen i nedadgående retning, gennemfører nogle virksomheder en due diligence, inden virksomheden sættes til salg (herefter betegnet “sælger due diligence”). Derved opnår sælger en højere grad af sikkerhed for, at salgsprocessen vil forløbe problemfrit.

Brug af grænseværdier: Hvis et legal risk management-system bliver for fintmasket, risikerer juridisk afdeling at bruge tid på ubetydelige risici, hvorved de måske overser identifikation af vigtige juridiske muligheder og risici. Med henblik på ikke at miste overblikket, kan det ofte anbefales at indføre et “filter” gennem brug af grænseværdier. En ofte set grænseværdi er, at indgåelsen af købskontrakter på et bestemt beløb skal godkendes af en chef på et bestemt niveau i virksomhedens organisation og/eller af juridisk afdeling. I relation til external legal counsel management ses endvidere ofte, at det i fx et engagement letter aftales, at eksterne advokater er forpligtet til at orientere virksomheden samt give en forklaring, hvis et givet salæroverslag overskrides med en vis grænseværdi. Tilsvarende vil det normalt også fremgå af engagement letter, at den faste advokat kun er forpligtet til at sende en assignment e-mail, hvis en konkret sag forventer at ville udløse et advokatsalær over en bestemt grænseværdi.

Viden er som bekendt magt. Da advokaterhvervet som bekendt baserer sig på viden, har mange advokatfirmaer oplevet problemer i forsøget på

21. Mange virksomheder gør efterhånden brug af såkaldte dawn raid-manualer. Disse manualer beskriver, hvorledes virksomheden bør agere, og hvilke rettigheder virksomheden har i forbindelse med myndighedsinspektioner af forskellig art.

at indføre videndeling. I de fleste advokatfirmaer har der således hersket – og i nogle hersker der stadig – en kultur, der ikke animerer til at dele sin viden med kollegerne. Det er da også først inden for de seneste ti år, at danske advokatfirmaer er begyndt at anvende betydelige ressourcer på oprettelsen af videnbanker, paradigmesamlinger, udvikling af compliance-programmer mv., der er tilgængelige for alle firmaets jurister.²² Da mange virksomheders juridiske afdelinger er bemandet med virksomhedsjurister, der tidligere har været ansat i advokatfirmaer, er der risiko for, at graden af videndeling og knowledge risk management også kan forbedres i virksomheders juridiske afdelinger. De fleste eksterne advokater har da også oplevet, at en klient henvender sig og beder om at få en problemstilling beskrevet, som allerede i store træk er blevet behandlet i et tidligere notat. Uanset en sådan henvendelse kommer fra en anden person i klientens juridiske afdeling eller af en anden juridisk enhed i klientens koncern, er dette udtryk for manglende videndeling.

Det kræver ofte en hel del tid og kræfter at indpode den fornødne videndelingskultur blandt virksomhedens ansatte med henblik på at få legal risk management-systemet til at virke optimalt. Implementering af en videndelingskultur er derfor typisk ikke noget, der sker fra den ene dag til den anden. Da det imidlertid er en forudsætning for effektivt at kunne identificere juridiske muligheder og risici, at en sådan kultur er til stede, bør ledelsen, herunder lederen af juridisk afdeling, lægge betydelige ressourcer og kræfter heri og gå foran med et godt eksempel. Arbejdet kan fx indledes med, at der i juridisk afdelings forskellige faggrupper etableres videnbanker og legal risk management-programmer som nævnt ovenfor, der følger en på forhånd fastlagt struktur.²³

Afslutningsvis bemærkes, at det sjældent vil være muligt at identificere alle juridiske muligheder og risici, og selv om virksomheden indfører et effektivt legal risk management-system, vil der utvivlsomt

22. Nogle advokatfirmaer har ansat vidensansvarlige, der har som primær arbejdsopgave at etablere videnbanker. Det må endvidere formodes, at de større danske advokatfirmaer i de kommende år vil begynde at ansætte såkaldte paralegals, der er almindelige i de fleste større udenlandske advokatfirmaer. Paralegals, der ofte har en uddannelsesmæssig baggrund som jurist, har som primær arbejdsopgave at være støttefunktion for advokater i relation til konkrete juridiske undersøgelser samt informationssøgning.

23. Inspiration kan hentes i bogen af Peter Holdt Christensen, "Vidensdeling – perspektiver, problemer og praksis", Handelshøjskolens Forlag. 2004.

stadigvæk opstå overraskelser. Alt afhængig af de nærmere omstændigheder bør sådanne overraskelser imidlertid føre til en tilretning af systemet med henblik på fremtidig rettidig identifikation.

Vurdering af juridiske muligheder og risici

Juridiske risici kan være af økonomisk art, såsom væsentlige kommercielle aftalers ugyldighed, erstatningskrav fra kunder, leverandører, medarbejdere eller myndigheder, produktansvarskrav, bødekrav ved overtrædelse af lovgivning, krav om konventionalbod ved overtrædelse af aftaler eller manglende sikring/udnyttelse af virksomhedens værdier. Også manglende udnyttelse af juridiske muligheder risikerer naturligvis at medføre økonomiske tab.

Juridiske risici af ikke-økonomisk art er fx tab af goodwill, hvilket på langt sigt også risikerer at skade stakeholder value i betydeligt omfang. Det antages således, at det er betydeligt mindre omkostningskrævende at vedligeholde virksomhedens goodwill end at genskabe den.

Som nævnt i kapitel 1 vurderes muligheder og risici normalt fra to vinkler: Indvirkning på virksomheden og sandsynligheden for indtræden. Dette gælder også juridiske muligheder og risici. Tilsvarende gælder, at hvis historiske data findes – fx i videnbanker eller risikodatabaser – bør disse benyttes, idet vurderinger på grundlag heraf ofte vil være mere retvisende end rent subjektive vurderinger.

Om muligt bør indvirkningen af en konkret mulighed eller risiko kvantificeres til et bestemt beløb, idet dette gør det lettere at foretage sammenligninger og prioriteringer. Nogle gange er foretagelse af en kvantificering ikke cost-effektive eller ikke praktisk mulig. I så fald kan vurderingen foretages kvalitativt.

Hvis en begivenhed rummer både muligheder og risici, kan dette bevirke, at begivenheden bør vurderes samlet, med henblik på at finde "netto-effekten". Som eksempel kan nævnes, at konkurrencemyndighederne i forbindelse med fusionsanmeldelser normalt indbyder fusionerende parters kunder og leverandører til at kommentere fusionens indvirkning på de relevante markeder. Har virksomheden en fusionerende part som en vigtig leverandør, og kan den se, at fusionen formentlig vil mindske konkurrencen på indkøbsmarkedet, kan virksomheden have en interesse i at blokere fusionen eller kun at lade den

passere med betydelige tilsagn (fx frasalg af virksomheder). På den anden side kan en sådan strategi risikere at ødelægge et hidtidigt godt samarbejdsklima mellem parterne.²⁴ Virksomheden bør således nøje overveje om muligheden for at begrænse de skadelige virkninger ved fusionen overstiger risikoen ved et fremtidigt dårligt samarbejdsklima med den vigtige leverandør.

I kapitel 1 er anført en række risikodefinitioner og grafiske værktøjer, der også kan være til inspiration i relation til prioritering af juridiske risici og muligheder. Det vil typisk ikke være muligt at tage hånd om alle potentielle juridiske muligheder og risici med det samme, og det er derfor som oftest nødvendigt at prioritere indsatsen.

Hvis en intern undersøgelse fx antyder, at virksomheden har indgået en række aftaler, der potentielt er i strid med konkurrencereglerne, og aftalerne har grænseoverskridende effekt, således at EU-reglerne kommer i spil, risikerer virksomheden at få en betydelig bøde og at lide tab af goodwill, ligesom de berørte aftaler risikerer at være ugyldige. En sådan situation er uholdbar og bør bevirke, at en løsning heraf prioriteres højt. Hvis virksomheden på den anden side har oplevet visse uregelmæssigheder i sin HR-afdeling, som har givet anledning til nogle få klager fra medarbejderne, vil dette måske være et problem, der i første omgang ikke skal tildeles højeste prioritet.

Høj prioritet bør fx også gives til en hurtig implementering af nye standardaftaler og manualer i og procedurer for kontraktindgåelse, hvis en undersøgelse afslører, at virksomhedens eksisterende standardaftaler har en så ringe kvalitet, at de udgør en tikkende bombe under virksomheden.

Det viser sig ofte at være en særdeles værdifuld og lærerig proces grundigt at få diskuteret, hvilke potentielle juridiske muligheder og risici virksomheden er eksponeret for, herunder at få vurderet og kategoriseret disse i forhold til hinanden. Sådanne diskussioner kan med fordel finde sted i ovennævnte risk management-udvalg, ligesom de naturligvis bør gennemføres løbende internt i juridisk afdeling og med eksterne advokater.

24. Uanset at de fusionerende parter ikke får en genpart af virksomhedens kommentarer til konkurrencemyndighederne, vil det ofte være muligt for dem at regne ud, hvem der har leveret "negativt input" til myndighederne.

Håndtering af juridiske muligheder og risici

Når de enkelte juridiske muligheder og risici er vurderet og prioriteret, skal beslutning træffes om, hvorledes de håndteres.

Mulige håndteringsmåder i relation til juridiske risici falder typisk i følgende kategorier:

Risikoeliminering: Risici kan fx elimineres ved at virksomheden op-hører med en bestemt aktivitet.

Som eksempel kan nævnes, at debatten om genmodificerede organismer ("GMO'er") har bevirket, at nogle virksomheder har valgt ikke lade GMO'er indgå i deres produkter. Uanset at det ikke er videnskabeligt bevist, at GMO'er kan være skadelige, er der blandt forbrugere en udbredt skepsis herimod, hvorfor også kommercielle overvejelser kan spille ind i, når virksomheder tager en sådan beslutning.

Risikoreduktion: Juridiske risici kan reduceres på mange måder, og dette er da også det primære sigte med denne bog, at anvise nogle værktøjer der kan benyttes i arbejdet hermed.

De fleste virksomheder forsikrer sig i større eller mindre omfang fx mod produktansvar, arbejds- og miljøulykker, ildebrand, naturbegivenheder, direktions- og bestyrelsesansvar²⁵ mv. Forsikringsdækningen vil imidlertid ofte ikke være komplet, fordi dette vil gøre policen for dyr, eller fordi forsikringsselskabet ikke ønsker at tilbyde en sådan dækning. Typisk vil der således være en selvrisiko,²⁶ ligesom risici med meget høj indvirkning på virksomheden nogle gange heller ikke vil være dækket.²⁷ Risikoreduktionen af fx et produktansvar udgør således ofte et "vindue" midt i risikobilledet. Juridisk afdeling bør naturligvis i samråd med relevante personer²⁸ i virksomheden undersøge, hvad der udgør en hensigtsmæssig forsikringsdækning ud fra almindelige cost-

25. Andre virksomheder ønsker af princip ikke at tegne denne type forsikringer, fordi de mener, at sådanne forsikringer svækker ledelsens omhu og agtpågivenhed. Men er virksomheden underlagt børslovgivningen i fx USA eller England er det almindeligt, at disse ansvarsforsikringer tegnes, fordi reglerne i disse lande har en høj detaljeringsgrad og ved overtrædelser medfører risiko for forholdsvis strenge sanktioner og erstatningskrav.

26. I matrixfiguren i kapitel 1 svarer dette til en placering nederst i figuren.

27. I matrixfiguren i kapitel 1 svarer dette til en placering øverst i figuren.

28. Fx relevante risk managers og virksomhedens forsikringsafdeling.

Kap. 3: Virksomheden og legal risk management

benefit betragtninger. Hertil bemærkes, at en række store danske virksomheder i de senere år har valgt at lade sig selvforsikre gennem etablering af egne forsikringsselskaber. Derved håber virksomhederne at opnå bedre kontrol over præmier, dækning og serviceniveau.²⁹ Risikoreduktion gennem forsikring er et særdeles relevant men omfangsrigt emne, som ikke vil blive behandlet yderligere i denne bog, og der henvises således til anden relevant litteratur herom.

Bortset fra den forsikringsmæssige side af risikoreduktion kan risici bl.a. reduceres ved at implementere et external legal counsel management-program, som beskrevet i kapitel 2. Derved reducerer virksomheden risikoen for, at dens budget til eksterne advokatydelse bliver et "tag-selv bord", ligesom forholdet mellem kvalitet og pris forhåbentlig forbedres.

Regulatory risk management, som beskrevet i kapitel 5, er også et oplagt eksempel på risikoreduktion. Gennem implementeringen af en række compliance-programmer på de for virksomheden vigtigste retsområder, opnår virksomheden, at reducere risikoen for lovovertrædelser. Derved bliver virksomheden mindre eksponeret for bødekraft, erstatningsansvar og dårlig omtale.

Tilsvarende vil implementeringen af et contractual risk management-program, som beskrevet i kapitel 6, medvirke til, at kvaliteten af virksomhedens kontrakter bliver betydeligt forøget. Ud over at dette begrænser risikoen for fremtidige juridiske tvister, med potentielle betydelige omkostninger til følge, vil dette også højne virksomhedens værdi, idet kvaliteten af dens eksterne aftaler vil indgå som et vigtigt moment i forbindelse med værdisætningen af virksomheden.³⁰

Ovennævnte argumenter kan også anføres i relation til implementeringen af litigation risk management- og document risk management-programmer, som beskrevet i kapitlerne 7 og 8, idet også disse programmer medvirker til at reducere risikoen for, at stakeholder value påvirkes negativt.

29. Se bl.a. Jyllands-Posten, "FLS' forsikringsplaner afvist af Finanstilsynet", 13. februar 2004.

30. I artiklen i Marsh Risikoorientering, "Nordiske investorer sætter pris på god risikostyring", nr. 1, februar 2004, anføres således, at en nylig undersøgelse foretaget af Marsh A/S i samarbejde med Websurveyer tyder på, at over halvdelen af nordiske investorer mener, at styring af risici i kontrakter øger værdien af virksomheden med over tre procent.

Implementeringen af ovennævnte programmer³¹ kan således sammenlignes med at installere en ny IT-løsning. Der er nogle initialomkostninger, men når først et program er implementeret, indgår dette blot som en naturlig del af virksomhedens daglige drift. I stedet for at spørge, om virksomheden har råd til at implementere et eller flere af ovennævnte programmer, burde spørgsmålet måske snarere være, om virksomheden har råd til at lade være.

Risikospredning: Juridiske risici bør, så vidt det lader sig gøre, spredes eller fordeles i størst muligt omfang.

Dette kan, som beskrevet i kapitel 6, fx ske ved at lade en kontrakt-part bære en del af risikoen for de juridiske risici, der er en følge af kontrakten.³² En anden mulighed er, at virksomheden vælger af outsource juridisk risikable aktiviteter til tredjemand.

Et andet eksempel er structural risk management, som beskrevet i kapitel 4. Ved at implementere procedurer, hvorefter det løbende vurderes, om risikable forretningsområder bør udskilles til selvstændige juridiske enheder, opnår virksomheden at reducere og sprede de med driften forbundne risici. Det er i den forbindelse vigtigt løbende at sikre sig, at risici berører så få koncernselskaber som muligt og ikke risikerer at påvirke de øvrige koncernselskaber negativt.

Risikoaccept: Endelig er det nødvendigt at acceptere visse juridiske risici, som værende en del af det at drive virksomhed, idet disse modsvares af muligheden for at skabe stakeholder value. Eksempler på denne type risici er sådanne, der ligger højt i den i kapitel 1 viste påvirkelighedspyramide og som derfor er svære at imødegå. Som eksempel kan nævnes et lovforslag, der risikerer at påvirke virksomhedens aktiviteter negativt, men hvor virksomheden vælger ikke at for-

31. Advokatsamfundet har i sin vejledning defineret et compliance-program som følger: *Et compliance-program er et program eller en adfærdsnorm, der, når det gennemføres og vedligeholdes forskriftsmæssigt, vil hjælpe selskabet til at være opmærksom på problemer og faldgrupper, konflikter mv. og som i højere grad vil gøre det muligt for selskabet at overholde regler og lovgivning og undgå problemer i forhold til offentligheden, forretningspartnere, ansatte, miljø og lignende.*

32. En finansiel risiko bør i videst muligt omfang påhvile den part, der har lettest eller størst mulighed for at påvirke eller håndtere den.

Kap. 3: Virksomheden og legal risk management

tage lobbyisme med henblik på at få ændret lovforslaget inden dets endelige vedtagelse.

Hvilken håndteringsmåde, der konkret bør vælges, afhænger bl.a. af virksomhedens risikovillighed, og hvilken håndteringsmåde der vurderes at være mest cost-effective i den konkrete situation.

Håndteringen og udnyttelsen af juridiske muligheder vil normalt ske i naturlig forlængelse af virksomhedens arbejde med de mere specifikke legal risk management-programmer, der er beskrevet i kapitlerne 4-8. I takt med at en fornuftig videnopbygning derved finder sted i virksomheden, vil den løbende udnyttelse af juridiske muligheder normalt følge efter.

Nogle gange kan det være hensigtsmæssigt at etablere særlige procedurer med henblik på at identificere juridiske muligheder. Hvis fx virksomhedens værste konkurrent har en betydelig markedsandel,³³ vil virksomheden have interesse i løbende at overvåge, at konkurrenten ikke overtræder konkurrencelovgivningen.³⁴ Sker dette, udgår det en juridisk mulighed, at virksomheden har mulighed for at klage til konkurrencemyndighederne. Det samme gælder, hvis der sker konsolideringer i branchen. Risikerer fx en fusion eller et virksomhedsopkøb at forringe virksomhedens konkurrenceevner, bør virksomheden i tilfælde af en eventuel fusionsanmeldelse overveje, om det vil være formålstjenligt at fodre konkurrencemyndighederne med oplysninger, med henblik på at fusionen/virksomhedsoverdragelsen blokeres eller kun tillades med væsentlige tilsagn. Da tilsagn ofte sker i form af krav om frasalg af virksomheder eller dele heraf, kan dette i sig selv udgøre en mulighed for virksomheden.

Tilsvarende kan det være hensigtsmæssigt løbende at overvåge, hvorvidt konkurrenter overtræder markedsføringslovgivningen, idet det udgør en juridisk mulighed at kunne klage over eller anlægge en retssag i anledning af eventuelle overtrædelser.³⁵

Endelig skal nævnes, at virksomheden løbende gennem aftaler med

33. Som eksempel kan nævnes, at teleselskabet Telmore har haft betydelig succes med at være aggressiv overfor sin konkurrent TDC, ved i medierne og i gennem klager til myndighederne at søge at løsne op for TDCs stærke greb om markedet. Som bekendt blev Telmore i 2003 opkøbt af TDC.

34. Konkurrencelovgivningen er i hovedtræk beskrevet i kapitel 5.

35. Markedsføringslovgivningen er i hovedtræk beskrevet i kapitel 5.

tredjemand bør udnytte eventuelle juridiske muligheder, således at virksomhedens aftaleretlige situation løbende optimeres. Som beskrevet i kapitel 6 kan dette ske gennem en implementering af diverse standardaftaler samt manualer i aftaleindgåelse og i aftalers ophør.

Kontrol, overvågning og kommunikation

Bestyrelsen har det overordnede ansvar for, at virksomheden har implementeret et fornuftigt enterprise og legal risk management-system. Den løbende rapportering til bestyrelsen om juridiske forhold vil typisk ske som et underpunkt under ledelsens rapportering om virksomhedens enterprise risk management.

CEO har naturligvis det daglige ansvar for, at virksomhedens enterprise risk management-system fungerer effektivt. Som nævnt ovenfor, har CEO imidlertid mulighed for at etablere og delegeres ansvaret til et enterprise risk management-udvalg.

Uanset om virksomheden har valgt at operere med en stor juridisk afdeling og et lille budget til eksterne advokater eller omvendt, bør ansvaret for den løbende kontrol og overvågning af virksomhedens legal risk management-system være klart placeret. Har virksomheden en juridisk afdeling, vil ansvaret som en naturlig ting være pålagt lederen heraf. Sidstnævnte skal således løbende rapportere til virksomhedens ledelse samt varsko denne, hvis juridisk afdeling ikke har mandskab, værktøjer eller budget til at leve op til den af bestyrelsen vedtagne risikostrategi. Hvis ledelsen ikke er lydhør overfor lederen af juridisk afdelings eventuelle bekymringer i så henseende, bør lederen være pålagt en klar instruks om at orientere bestyrelsen herom. Endelig kan det anbefales, at lederen af juridisk afdeling mindst én gang årligt rapporterer til bestyrelsen om virksomhedens legal risk management-situation.

Lederen af juridisk afdeling vil ofte have videredelegeret legal risk management-ansvaret til juridisk afdelings øvrige jurister. Hvis juridisk afdeling er opdelt i en række faggrupper, vil det være hensigtsmæssigt at delegeres konkret legal risk management-ansvar til disse. Har virksomheden fx en faggruppe for konkurrenceret, vil det være naturligt, at de dertil knyttede jurister får delegeret ansvaret for den konkurrenceretlige side af legal risk management, herunder at implementere og vedligeholde et velfungerende compliance-program.

Kap. 3: Virksomheden og legal risk management

I datterselskaber vil en eventuel juridisk afdeling typisk referere til CEO af datterselskabet. I relation til legal risk management er det imidlertid vigtigt, at lederne af de juridiske afdelinger i datterselskaberne er underlagt lederen af koncernjuridisk afdeling.³⁶ Der bør således være en "stiplet" linie fra lederen af koncernjuridisk afdeling og ud til lederne af de juridiske afdelinger i datterselskaberne. Juridiske muligheder og risici, der ikke er reguleret på koncernniveau gennem diverse programmer, er ofte overladt til de enkelte datterselskaber at håndtere på bedst mulig vis. I relation hertil vil lederen af den juridiske afdeling således normalt kun være ansvarlig overfor CEO af datterselskabet. Derved sikres forhåbentlig en fornuftig balance mellem central og decentral styring af virksomhedens juridiske organisation.

Ligesom det i kapitel 2 beskrevne external legal counsel management-program har til formål kontrollere eksterne advokater, har de enkelte programmer nævnt i kapitlerne 4-8 primært til formål at sikre en klar ansvarsfordeling, således at den fornødne grad af intern kontrol er til stede. Da de enkelte programmer, herunder ansvarsfordeling og kontrolprocedurer, er nærmere beskrevet i de følgende kapitler, henvises der hertil. Som Enron-skandalen jo var et godt eksempel på, er det dog i relation til kontrol på sin plads afslutningsvis at erindre om Turnbull-rapportens formaning:³⁷

A sound system of internal control reduces, but cannot eliminate, the possibility of poor judgement in decision-making; human error; control processes being deliberately circumvented by employees and others; management overriding controls; and the occurrence of unforeseeable circumstances.

Ud over at føre kontrol med at legal risk management-system overholdes, er det også vigtigt løbende at overvåge, at selve systemet er tidsvarende og relevant. Et velfungerende system har indbygget en opdateringsfunktion, således at systemet løbende undergår en tilpasning med henblik på at virke optimalt. I den forbindelse vil afholdelse af løbende

36. Se Global Counsel, "Global Counsel best practice indicators", marts 2003.

37. Jf. Turnbull-rapporten pkt. 23.

enterprise risk management-udvalgsmøder, som nævnt ovenfor, forhåbentlig kunne medvirke til, at eventuelle mangler ved systemet blotlægges. Enkeltstående evalueringer kan også være relevante fra tid til anden, og nogle virksomheder benytter i den forbindelse eksterne konsulenter til at komme med forslag til konkrete forbedringer.

Endelig bemærkes i relation til overvågning, at det ofte vil være muligt at få inspiration til en yderligere optimering af virksomhedens legal risk management-system, gennem en sammenligning (benchmarking) af systemet med tilsvarende systemer i andre virksomheder. I Danmark har virksomhedsjurister etableret Dansk Forening for Virksomhedsjurister,³⁸ og på europæisk plan er det European Company Lawyers Association,³⁹ der varetager virksomhedsjuristernes interesser. Igennem disse organisationer er det muligt at opnå kontakt til juridiske afdelinger i andre virksomheder i Danmark og udlandet, fx med henblik på at undersøge muligheden for at aflægge udvalgte virksomheder et besøg.⁴⁰

Som nævnt er effektiv, rettidig, relevant og korrekt kommunikation/information af største betydning for, om et legal risk management-system vil fungere effektivt. Det er i den forbindelse vigtigt, at virksomhedens ansatte, herunder juristerne i juridisk afdeling, animeres til at tale åbent om ting der er gået galt, eller sager der kunne være blevet løst bedre. En jurist der har løst en sag mindre hensigtsmæssigt, men som straks udarbejder et forslag til, hvorledes det sikres, at juridisk afdeling i fremtiden løser sådanne sager optimalt, bør have et anerkendende klap på skulderen.

Ud over hvad der allerede er nævnt i kapitel 1 og ovenfor, skal nedenfor blot i punktform opregnes nogle af de vigtigste elementer af god kommunikation i relation til legal risk management.

1. Implementering et fælles risikosprog i relation til juridiske risici og muligheder. Ingen ansatte i virksomheden, herunder juristerne i juridisk afdeling, må være i tvivl om vigtigheden af, at virksomheden har et velfungerende legal risk management-system samt

38. Se hjemmesiden www.dfvj.dk.

39. Se hjemmesiden www.ecla.org.

40. Se også artiklen af Gwyn Price i Managing Partner, "Performance measures: an in-house perspective", volume 6, nr. 5, 13. oktober 2003.

Kap. 3: Virksomheden og legal risk management

hvad virksomhedens risikovillighed er i relation hertil. Endvidere er det vigtigt, at de ansatte benytter de samme risikodefinitioner og i formen præsenterer risikoinformation ens, ligesom det i multinationale virksomheder kan anbefales, at legal risk management-sproget er ens i hele koncernen – fx engelsk. Det bør fx tilstræbes, at alle virksomhedens compliance-programmer har den samme opbygning, og at anvendte definitioner går igen.

2. Identifikation af hvilke interne og eksterne kilder til juridisk risikoinformation der er af relevans for virksomhedens legal risk management-system. Fx bør virksomheden, bl.a. med hjælp fra deres eksterne advokater eller ved brug af de i kapitel 2 nævnte juridiske værktøjer, sikre sig relevant ekstern risikoinformation, der gør virksomheden i stand til løbende at identificere juridiske muligheder og risici.
3. Implementering af screenings- og databehandlingsprocedurer, således at kun korrekt og relevant risikoinformation videregives internt i virksomheden, herunder til bestyrelsen og virksomhedens ledelse.⁴¹ Dette kan fx gennemføres ved at benytte grænseværdier, som beskrevet ovenfor, ligesom juridisk afdeling løbende i nyhedsbreve kan orientere relevante personer i virksomheden om legal risk management-relaterede emner. Hvis en juridisk afdeling har betydelige juristressourcer bundet til at besvare diverse spørgsmål fra virksomhedens forskellige afdelinger, kan det være af interesse at undersøge, om nogle af disse spørgsmål går igen. Er dette tilfældet kan det anbefales at udarbejde “Frequently Asked Questions (FAQ)” og kommunikere disse direkte til de pågældende afdelinger – fx online via virksomhedens intranet. Et sådant initiativ vil endvidere frigøre juristressourcer, der i stedet kan anvendes til forebyggende juridisk rådgivning eller til at behandle sager, som ellers ville være blevet videregivet til “dyre” eksterne advokater. For god ordens skyld bemærkes, at ovennævnte ikke må føre til, at virksomhedens ansatte får indtryk af, at juridisk afdeling ikke ønsker at tale med dem. Det er vigtigt, at juridisk afdeling kommunikerer til hele organisationen, at den har en “open door-policy”, således at de

41. Yderligere inspiration kan hentes i Chuck Degagne, Susan Leandri og Terry Puchley's artikel i *Risky Business*, “Linking Knowledge and Risk Management: Controlling the Information Flood”, nr. 7, 2003.

ansatte animeres til at kontakte juridisk afdeling med deres eventuelle juridiske idéer eller bekymringer.

4. Implementering af rapporteringsprocedurer, hvorved risikoinformation rettidigt videregives til de personer, der har ansvaret for de forskellige bestanddele af virksomhedens legal risk management-system. Disse procedurer er yderligere beskrevet i de følgende kapitler, hvortil der henvises.
5. Kommunikation i årsrapporter mv. samt til potentielle investorer om, hvilke tiltag virksomheden har iværksat og implementeret i relation til legal risk management, idet dette vil medvirke til at fastholde og skabe stakeholder value.

Afslutningsvis bemærkes, at juridisk afdeling naturligvis altid bør holde bestyrelsen/CEO/CFO orienteret om, hvilke værdier juridisk afdeling løbende tilfører virksomheden gennem dens arbejde med legal risk management. Dette vil nemlig forbedre mulighederne for at opnå et fornuftigt budget til afdelingens drift og derigennem muligheden for at løse afdelingens opgaver på en hensigtsmæssig måde. Ovennævnte kan fx ske i kvart-/halv-/årlege legal risk management nyhedsbreve/rapporter, der beskriver afdelingens aktiviteter på en række forskellige områder.⁴²

Implementering i virksomheden

Indledningsvis bemærkes, at det i praksis desværre ofte ses, at ellers fornuftige legal risk management-systemer ikke kommer til at virke efter hensigten, fordi implementeringen halter.⁴³ Det er således af stor vigtighed, at der løbende bliver fulgt op herpå, og at topledelsen presser på og sanktionerer de ansatte, der ikke prioriterer implementeringen tilstrækkeligt højt.

Da de fleste implementeringstrin allerede er nævnt i kapitel 1 og i det

42. Jf. også Stephen E. Nowlan i Chief Legal Officer, "Communicating the Strategic Value of Your Law Department", sommeren 2002 og Stephen E. Nowlan i Chief Legal Executive "Law Department Critical Success Factors: An organizing Principle for Your Vision", efteråret 2002.

43. Se også Richard Parnham's artikel i The European Lawyer, "Putting compliance to the test", juni 2004.

Kap. 3: Virksomheden og legal risk management

foregående, skal i det følgende blot i punktform opsummeres relevante trin i implementeringen af et velfungerende legal risk management-system.

1. Under hensynstagen til virksomhedens værdier, mission, vision, mål og individuelle forhold, og med input fra virksomhedens faste advokat, udarbejder lederen af juridisk afdeling et udkast til juridisk afdelings risikostrategi, hvori bl.a. virksomhedens risikovillighed beskrives. Udkastet tager ofte afsæt i en forinden internt eller eksternt udarbejdet risikorapport.
2. Lederen af juridisk afdeling udarbejder et udkast til virksomhedens legal risk management-system med angivelse af klare rapporterings- og kommandoveje.
3. Bestyrelsen godkender udkastet til juridisk afdelings risikostrategi og legal risk management-system – eventuelt indarbejdet som en del af udkastet til enterprise risk management-system – og fastsætter formen og kravene til ledelsens løbende legal risk management-rapportering til bestyrelsen.
4. Lederen af juridisk afdeling kommunikerer juridisk afdelings risikostrategi og legal risk management-system til virksomhedens jurister og andre med juridisk ansvar, hvilket bl.a. omfatter:
 - a. Delegering af legal risk management-ansvar nedad i virksomhedens juridiske organisation, herunder formulering af klare ansvarsbeskrivelser i bl.a. jobbeskrivelser og performance targets.
 - b. Formulering af klare juridiske risikogrænser for virksomhedens ansatte, herunder i særdeleshed overfor chefer og andre med ledelsesansvar.
5. Juridisk afdeling implementerer virksomhedens legal risk management-system, herunder kommunikerer klart målene hermed og gennemfører den fornødne uddannelse af de ansatte. Alt efter virksomhedens individuelle forhold vil systemet typisk bestå af et eller flere af følgende programmer:
 - a. External legal counsel management-program
 - b. Structural risk management-program
 - c. Regulatory risk management-program, hereunder en række compliance-programmer

- d. Contractual risk management-program
- e. Litigation risk management-program
- 6. Document risk management-program
- 7. Implementering af hensigtsmæssige overvågnings- og kommunikationsprocedurer, med det formål at sikre, at der sker en løbende udvikling af virksomhedens legal risk management-system i takt med udviklingen i virksomheden og det omgivende samfund.
- 8. Endelig har juridisk afdeling ansvaret for at implementere en juridisk risikokultur i virksomheden, således at alle virksomhedens ansatte føler ansvar i relation til identifikation af og kommunikation om juridiske muligheder og risici.

F.s.v.a. sidstnævnte punkt bemærkes, at en hensigtsmæssig risikokultur bl.a. indebærer, at virksomhedens ansatte i forbindelse med løsning af konkrete opgaver, og som en naturlig del af deres daglige stræben efter at nå virksomhedens mål, løbende stiller sig selv følgende spørgsmål:

- 1. Hvad kan gå galt?
- 2. Hvad er følgerne hvis det går galt?
- 3. Er det muligt at forhindre, at det går galt?
- 4. Hvad bør gøres, hvis det går galt?

Structural risk management

Indledning

Tidligt på morgenen mandag den 3. december 1984 medførte en eksplosion på en Union Carbide plantegiftsfabrik i Bophal i Indien et voldsomt udslip af giftgas. Uheldet skyldtes højst sandsynligt, at en medarbejder på fabrikken ved en fejl kom til at hælde store mængder vand ned i en tank fyldt med methylisocyanate, hvilket medførte en voldsom varmeudvikling.

Der er usikkerhed om omfanget af tragedien. Fire måneder efter uheldet oplyste den indiske regering til det indiske parlament, at 1.430 personer havde mistet livet. Syv år senere, i 1991, opgjorde en officiel indisk regeringskomité antallet af døde til 3.828 og vurderede antallet af personer med mén fra katastrofen til at være omkring 11.000. Andre kilder mener, at det reelle dødstal er betydeligt højere. Hvorom alting er, var ulykken en af dens slags ulykker, som ikke må ske.

Den ulykkesramte fabrik var ejet af Union Carbide India Limited, der var et selskab kontrolleret (50,9 procent) af Union Carbide Corporation i Connecticut, USA. Sidstnævnte var i 1984 moderselskab i en af verdens største industrivirksomheder med en årlig omsætning på omkring USD 9,5 mia., hvoraf 30 procent blev genereret udenfor USA. Indien var blot et af de ca. 35 lande, hvori virksomheden var aktiv.

Det der fulgte i kølvandet på tragedien er blevet kaldt “the greatest ambulance chase in history”.¹ Et større antal amerikanske advokater rejste nemlig til Indien og jagtede skadelidte og efterladte, i håb om at

1. Betegnelsen “ambulance chase” stammer fra USA og anvendes på en situation, hvor en advokat jager en ambulance for at få skadelidte til at underskrive en aftale om, at advokaten må repræsentere offeret under en efterfølgende personskadeerstatningssag mod skadevolderen. Normalt vil advokatens salær blive beregnet som en procentdel af sagens udfald – typisk 33-50 procent heraf. Som nævnt i kapitel 2, benytter danske advokater sig ikke af denne type salæraftaler.

få lov til at repræsentere ofrene og deres familier i de efterfølgende retssager.

Fra en juridisk synsvinkel var det naturligvis af stor vigtighed for Union Carbide, at de økonomiske følger af uheldet ikke risikerede at tvinge hele koncernen økonomisk i knæ. I de fleste lande, herunder Danmark, er det en forudsætning for at få tilkendt erstatning, at skadelidte har lidt et økonomisk tab.² I de fleste delstater i USA har en skadelidt endvidere mulighed for at få tilkendt en yderligere erstatning, som ikke afhænger af, om skadelidte har lidt et økonomisk tab. Denne del af erstatningen – der ofte langt overstiger det økonomiske tab – har således karakter af en økonomisk straf af skadevolderen (herefter betegnet “punitive damages”).

Ifølge internationale privatretlige regler er hovedreglen, at en erstatningssag kan anlægges enten hvor en skade (uden for kontrakt) er indtruffet/har virkning,³ eller hvor skadevolderen har hjemsted (typisk dér hvor virksomheden har hovedkontor). Det var derfor interessant for sagsøgerne at undersøge, om det var muligt at anlægge sagerne mod Union Carbide-moderselskabet i USA, eller om sagsøgerne var henvist til blot at rette deres krav mod det indiske koncernselskab.

Advokaterne for de skadelidte og deres familier vidste naturligvis, at størrelsen af en eventuel erstatning ville blive langt højere, hvis sagerne blev ført ved amerikanske i stedet for ved indiske domstole, og allerede få dage efter uheldet blev de første sager da også anlagt i USA. Blandt sagsøgerne var den indiske stat, der hurtigt efter uheldet vedtog en lov, der gav den ret til at repræsentere alle ofrene.

Med henvisning til at det indiske koncernselskab “*is a separate and independent legal entity, managed and operated exclusively by Indian citizens in India*” lykkedes det Union Carbide at overbevise de amerikanske domstole om, at USA ikke var rette forum for erstatningssagerne. Sagerne blev derfor henvist til de indiske domstole. Den indiske stat anlagde herefter sag mod Union Carbide i Indien med krav om en erstatning på USD 3 mia., ligesom der blev rejst straffesager mod en række Union Carbide-direktører. Mens sagen blev behandlet i Indiens højesteret, lykkedes det parterne at indgå et forlig, i henhold til hvilket straffesagerne blev ophævet, mod at Union Carbide betalte USD 470

2. Denne type erstatning betegnes på engelsk “compensatory damages”.

3. På latin kaldet *lex loci delicti*.

Kap. 4: Structural risk management

mio. i erstatning⁴ – et beløb som højesteret fandt “*just, equitable and reasonable*”. Et regeringsskifte i Indien medførte efterfølgende, at den indiske højesteret tillod at straffesagerne blev genoptaget, mens erstatningsbeløbets størrelse blev opretholdt.⁵ Selv den dag i dag fastholder Indien ønsket om at få udleveret navngivne Union Carbide-direktører med henblik på strafforfølgning i Indien, ligesom visse erstatningsretlige aspekter af sagen stadig er genstand for retssagsbehandling i USA.⁶

Union Carbide-sagen er et eksempel på hvilke juridisk faldgrupper, der lurer, hvis virksomheden ikke tager risikospredning alvorligt og sørger for at opretholde en klar adskillelse mellem de enkelte koncernselskaber. Det var således af afgørende betydning for erstatningens omfang, at Union Carbide havde mulighed for at henvise til, at det indiske koncernselskab var en selvstændig juridisk person, der nød en høj grad af autonomi fra moderselskabet i USA. Ud over at dette medførte, at erstatningssagerne ikke blev ført i USA, forbedrede det også Union Carbide's forhandlingsposition i forligsforhandlingerne. Union Carbide var nemlig derved i en situation, hvor det indiske koncernselskab og ikke koncernen risikerede at skulle betale det erstatningsbeløb, som den indiske stat forlangte. Da den indiske stat godt var klar over, at det indiske koncernselskab blot ville gå konkurs, hvis erstatningskravet blev rettet mod dette selskab, havde den indiske stat et incitament til at indlede forligsforhandlinger med moderselskabet. Ud fra både moralske og kommercielle overvejelser og primært med henblik på at få lukket den massive offentlige kritik i medierne havde også Union Carbide et incitament til i et rimeligt omfang at yde erstatning.

Der synes imidlertid ikke at herske tvivl om, at det medvirkede til at fastholde stakeholder value i Union Carbide, at selskabet havde opretholdt en klar adskillelse mellem de enkelte koncernselskaber.

Udformningen af en koncernstruktur påvirkes ikke blot af ønsket om

4. Af beløbet på USD 470 mio. skulle det indiske koncernselskab betale USD 45 mio., mens moderselskabet skulle betale resten.

5. Dog skulle Union Carbide yderligere betale for driften af et hospital i Bophal i en periode på otte år, hvilket Union Carbide indvilligede i.

6. Bophal-uheldet er grundigt beskrevet på hjemmesiden www.bophal.com og i rapporter af konsulentfirmaet Arthur D. Little, “Investigation of large-magnitude incidents: Bophal as a case study”, maj 1988 og af pensioneret Vice President af Union Carbide Jackson B. Browning, “Union Carbide: Disaster at Bophal”, 1993. Til orientering blev Union Carbide i 2001 opkøbt af Dow Chemical Company.

risikospredning. Ofte vil det være skattemæssige,⁷ kommercielle⁸ eller andre forhold eller overvejelser, der ligger bag en konkret koncernstruktur.⁹ Da der er store forskelle på selskabsskatteprocentsatsen i forskellige lande,¹⁰ kan det betale sig for multinationale koncerner at undersøge de skattemæssige muligheder ved at etablere et koncernselskab i et lavt beskattet land med henblik på at generere en væsentlig del af koncernens overskud dér.¹¹ Sidstnævnte forudsætter naturligvis at dette kan ske i overensstemmelse med gældende transfer pricing-regler. Etablering eller udbygning af en koncernstruktur med skatteoptimering for øje, er et særdeles relevant emne med skabelse og fastholdelse af stakeholder value for øje. Da emnet imidlertid er enormt omfangsrigt og grundigt beskrevet andetsteds, vil det ikke blive behandlet yderligere i denne bog, og der henvises i stedet til anden relevant litteratur herom.

Specielt virksomheder der opererer eller er underlagt lovgivningen i forskellige lande eller som beskæftiger sig med eller påbegynder risikable aktiviteter, som det ikke er muligt eller økonomisk fordelagtigt at forsikringsdække, bør overveje risikospredning gennem etablering eller udbygning af en koncernstruktur.

Som følge af de store forskelle der er mellem virksomheder, og fordi

-
7. Som følge af de danske holdingregler har en række multinationale koncerner fx valgt at etablere et holdingselskab i Danmark med henblik på skattefrit at kanalisere udbytte fra datterselskaber via holdingselskabet til udenlandske moderselskaber. Det er dog krav om, at moderselskabet er beliggende i et af de lande, som Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med.
 8. Fx overførsel af aktiviteter til selvstændige juridiske personer med efterfølgende frasalg eller spin-offs for øje.
 9. Således kan fx valutaforhold, lokale lovkrav eller ønsket om at etablere incitamentsordninger i form af optionsprogrammer begrunde, at virksomheden ønsker at etablere sig i koncernstruktur.
 10. I EU har Irland igennem lang tid haft en af de laveste selskabsskatteprocenter (12,5 procent), mens Tyskland – på papiret men som følge af fradragsmuligheder ikke reelt – har haft en af de højeste (knap 40 procent). Til sammenligning opkræver Danmark som bekendt 30 procent. Med optagelsen af de nye medlemslande er der opstået yderligere konkurrence. Således opererer Letland, Litauen, Cypern, Ungarn, Polen og Slovakiet p.t. med selskabsskatteprocenter på mellem 15 og 19 procent, mens Estland slet ikke beskatter overskud, der ikke trækkes ud af selskabet. I lyset af ovennævnte kan det ikke undre, at en række af de højtbeskattende EU-lande presser på for at få EU til at indføre mindsteselskabsskattesatser.
 11. Se fx Jyllands-Posten, “IT-milliarder uden om Danmark”, 18. juli 2004, hvoraf det fremgår, at bl.a. Intel i stedet for i Danmark har valgt at investere i Irland – primært på grund af den lave irske selskabsskattesats.

Kap. 4: Structural risk management

hvert land har sine egne selskabsretlige regler er det ikke muligt i en bog som denne detaljeret at beskrive, hvorledes virksomheden bør indrette sig i relation til structural risk management. I stedet beskrives en række generelle overvejelser, der forhåbentlig kan inspirere virksomheden til at implementere procedurer og retningslinier, der er særligt tilpasset dens individuelle forhold.

Det er vigtigt, at virksomheden har en systematiseret tilgang til structural risk management og så tidligt som muligt foretager de fornødne strukturelle tilpasninger. Gennemføres sidstnævnte først på et senere tidspunkt, risikerer omstruktureringerne at medføre betydelige omkostninger,¹² usikkerhed om vigtige aftalers gyldighed¹³ samt at skabe usikkerhed blandt personalet om den udskilte afdelings fremtid og tilknytningsforhold til koncernen.

I lyset af virksomhedens risikostrategi og -villighed samt i tilknytning til de øvrige risk management-programmer, der er beskrevet i denne bog, kan det anbefales, at virksomheden udarbejder og implementerer et structural risk management-program, der med fordel kan indeholde følgende elementer:

1. Virksomhedens politik for structural risk management.
2. En beskrivelse af structural risk management-organisationen og hvem der har ansvaret for hvad. Et organisationsdiagram kan eventuelt vedlægges som bilag.
3. En beskrivelse af relevante procedurer med henblik på løbende identifikation af sådanne aktiviteter, der – med risikospredning for øje – med fordel kan drives i selvstændige koncernselskaber. Fx kan dette eventuelt være et fast dagsordenpunkt på de i kapitel 3 nævnte risk management-møder.
4. Et standardspørgeskema vedrørende structural risk management, som bør udfyldes, hver gang virksomheden ønsker at påbegynde aktiviteter i et nyt land og dermed bliver underlagt et nyt lands lovgivning.¹⁴ Det udfyldte spørgeskema kan danne udgangspunkt

12. Fx udløsning af skattekrav (fx kapitalgevinstbeskatning eller beskatning af genvundne afskrivninger) ved overgang af produktionsaktiver til det nyetablerede selskab.

13. Se afsnittet om “change of control-bestemmelser” i kapitel 6.

14. Standardspørgeskemaet kan med fordel også indeholde spørgsmål med relation til en eller flere af de compliance-programmer, der er nævnt i kapitel 5.

for udarbejdelsen af et structural risk management-program for hvert land, hvori virksomheden er aktiv. Inspiration til indholdet af et sådant program kan hentes i de følgende punkter:

- a. En beskrivelse af de selskabstyper med begrænset ansvar, det er muligt at etablere i det pågældende land.
- b. En beskrivelse af de retningslinier, som de lokale koncernselskaber og moderselskabet skal følge med henblik på at forhindre hæftelsesgennembrud.
- c. En beskrivelse af de retningslinier, som de lokale koncernselskaber og moderselskabet skal følge med henblik på at forhindre, at moderselskabet ifalder et erstatningsansvar over for datterselskabets kreditorer eller andre forretningsforbindelser.
- d. En beskrivelse af relevante værneting-, lovvalgs- og fuldbyrdesregler i de to lande, hvor henholdsvis moder- og datterselskabet er stiftet/registreret. Alt afhængig af reglernes nærmere indhold, kan det vise sig relevant i videst muligt omfang gennem værneting- og lovvalgsaftaler at søge at undgå at blive sagsøgt og underlagt et bestemt lands domstole og lovgivning. Sidstnævnte er yderligere beskrevet i kapitel 6.
- e. En opregning og beskrivelse af lovhjemmel, der specifikt hjemler personlig straf for direktører og andre ansatte i det lokale koncernselskab.¹⁵
- f. En generel beskrivelse af hvilke forhold der risikerer at medføre, at direktører og andre ansatte i det lokale koncernselskab ifalder personlig straf ved virksomhedens overtrædelse af generel lovgivning.¹⁶

Det vil ofte være muligt at opnå generel rådgivning om lokal lovgivning gennem de danske ambassader og konsulater rundt omkring i verden.¹⁷ Dette vil ofte være betydeligt billigere end at gøre brug af lokale konsulent- eller advokatfirmaer. F.s.v.a. juridisk råd-

15. Beskrivelsen af disse regler bør naturligvis indarbejdes i relevante compliance-programmer, som beskrevet i kapitel 5.

16. Denne generelle beskrivelse bør indarbejdes i virksomhedens compliance-programmer for det pågældende land, som beskrevet i kapitel 5.

17. Se hjemmesiden www.eksportraadet.dk.

Kap. 4: Structural risk management

givning af mere specifik karakter bør virksomheden dog formentlig benytte en lokal advokat.

5. Klare instrukser om at alle garantier, kautioner, støtteerklæringer udstedt af lokale koncernselskaber til fordel for koncernselskaber (og tredjemænd) skal godkendes af juridisk afdeling før de udstedes/underskrives.
6. En beskrivelse af relevante rutiner og procedurer.
7. En beskrivelse af relevante rapporteringsforpligtelser.
8. Relevante interne og eksterne kontaktpersoner og videnstrømme.¹⁸
9. En beskrivelse af hvordan programmet implementeres i virksomheden. Retningslinier for en eventuel indledende legal due diligence samt relevante tjeklister, handlingsplaner, aktionslister og uddannelsesplaner vedlægges som bilag.
10. Retningslinier for løbende opdatering, kontrol og overvågning af programmet.

En række af ovennævnte punkter er yderligere beskrevet i de følgende afsnit.

Risikospredning og valg af selskabsform

Gennem etablering af en koncernstruktur kan virksomhedens aktiver og aktiviteter fordeles mellem en række forskellige selvstændige juridiske enheder. Ved ikke at placere alle æggene i samme kurv har virksomheden derved mulighed for at opnå en hensigtsmæssig risikospredning, således at stakeholder value ikke risikerer i betydelig grad at blive påvirket negativt ved uheld, fejl eller en dårlig udvikling i en enkelt del af virksomheden.

Ud over de indledningsvis nævnte situationer vil virksomheden normalt overveje etablering af koncernstruktur i følgende situationer:

1. Hvis virksomhedens aktiviteter kan opdeles i en række selvstændige enheder, vil det være naturligt at overveje, om det vil være hensigtsmæssigt at drive disse aktiviteter i forskellige koncernsel-

18. I kapitel 5 er beskrevet, hvorledes brugen af en knowledge map eventuelt kan være til hjælp i arbejdet hermed.

skaber. Nogle gange udvikler en virksomhed sig således, at aktiviteter, der tidligere hørte naturligt sammen, ikke længere med fordel kan drives under fælles ledelse. Bl.a. af denne grund besluttede Novo Nordisk således i 2000 at spalte virksomheden i henholdsvis en medicinalvirksomhed (Novo Nordisk A/S) og et enzymvirksomhed (Novozymes A/S).

2. Hvis virksomheden driver eller ønsker at påbegynde drift af risikofyldte aktiviteter, bør dette normalt give anledning til, at det overvejes, om aktiviteterne bør drives i et selvstændigt koncernselskab.
3. Hvis virksomheden er aktiv i flere forskellige led i distributionskæden og fx både er producent, grossist og forhandler af bestemte produkter, kan det overvejes, om produktions-, grossist-, og forhandleraktiviteterne bør drives i forskellige koncernselskaber.
4. Hvis virksomheden er aktiv i flere lande, kan det overvejes at etablere lokale koncernselskaber. Derved er det muligt at begrænse risikoen for, at resten af koncernen bliver påvirket negativt af en uheldig lokal udvikling. Endvidere er det derved muligt at opnå, at eventuelle erstatningssager opstået i landet kun kan anlægges mod det lokale koncernselskab og således ikke mod moderselskabet. Hvis det lokale koncernselskab senere går konkurs som følge af erstatningssagerne, vil koncernen ofte have mulighed for fortsat at drive forretning i det pågældende land, fordi erstatningskravene kun vedrører det konkursramte selskab.

Hvert land har sin egen selskabslovgivning, og på trods af ihærdige forsøg fra EU's side, er der stadig i Europa store forskelle på den selskabsretlige regulering af selskaber i de forskellige EU-lande,¹⁹ herunder i særlig grad mellem Tyskland (civil law) og England (common law). Også i resten af verden beror indholdet af et lands selskabslovgivning grundlæggende på, om landet selskabsretligt er inspireret af civil eller common law.²⁰

I lande som Tyskland og Danmark er der således krav om medarbejderrepræsentation i bestyrelsen, mens dette i USA og England ikke

19. En delvis undtagelse hertil er SE-selskabet som beskrevet nedenfor.

20. De kontinentaleuropæiske lande, herunder Danmark, er inspireret af civil law, mens USA og commonwealth-landene er inspireret af common law.

er tilfældet. Tilsvarende opererer USA og England med den enstrenge ledelsesmodel i form af et board of directors, mens Tyskland og Danmark har valgt den tostrengede model med både en direktion og en bestyrelse. Endelig stiller Tyskland og Danmark krav om indbetaling af en betydelig kapital²¹ i forbindelse med stiftelse af et selskab med begrænset ansvar, mens dette ikke i samme omfang kræves ved stiftelse af selskaber i USA og England.

Ligesom Danmark opererer hvert land normalt med en række forskellige selskabstyper, som det er muligt at vælge imellem.²² Ud fra en risikospredningssynsvinkel er det naturligvis vigtigt, at virksomheden sikrer sig, at moderselskabet kun hæfter for sit kapitalindskud i datterselskabet, og at risikoen for hæftelsesgennembrud i videst muligt omfang minimeres. Tilsvarende mindskes værdien af at etablere datterselskabet, hvis långivere og større kreditorer må formodes at stille krav om kaution eller sikkerhedsstillelse fra moderselskabet, idet hæftelsesbegrænsningen derved blot vil være effektiv overfor krav fra ansatte, mindre leverandører, offentlige kreditorer og f.s.v.a. krav om erstatning uden for kontrakt.

Det kan derfor anbefales, at virksomheden søger rådgivning hos en lokal advokat og revisor i forbindelse med selskabsetablering i et andet land, for derigennem at finde den selskabskonstruktion, der selskabs- og skatteretligt samt kommercielt findes at være mest optimal. Inden en lokal advokat/revisor kontaktes, har virksomheden mulighed for at hente inspiration i en række publikationer, der beskriver karakteristika ved de forskellige landes selskabstyper. Bl.a. følgende publikationer kan i den forbindelse være relevante:

1. Global Counsel Handbooks²³
2. Getting the deal through²⁴
3. Butterworths Company Law Handbook²⁵

21. Eller alternativt overdragelse af aktiver i form af apportindskud.

22. For Danmarks vedkommende kan inspiration hentes i bl.a. Carsten Fode og Noe Munck, "Valg af selskabsform", 1. udgave 2000 og Noe Munck og Lars Hedegaard Kristensen, "Selskabsformerne – en lærebog i selskabsret", 4. udgave, 2002.

23. Se hjemmesiden www.practicallawcompany.com.

24. Se hjemmesiden www.gettingthedealthrough.com.

25. Se hjemmesiden www.butterworths.com.

Afslutningsvis bemærkes, at det i EU snart bliver muligt for virksomheder at stifte et europæisk aktieselskab (herefter betegnes "SE-selskab"). Rådets forordning om det europæiske selskab²⁶ og det tilhørende direktiv om medarbejderindflydelse²⁷ træder i kraft den 8. oktober 2004. Forordningen giver bl.a. nationale aktieselskaber med hjemsted i flere medlemsstater mulighed for at stifte et SE-selskab gennem en fusion på tværs af landegrænserne af de nationale selskaber. Det bliver endvidere muligt at flytte SE-selskabers hjemsted fra én medlemsstat til en anden, uden at det først er nødvendigt at opløse selskabet og herefter stifte en ny juridisk person i det andet land. Indenfor EU vil stiftelse af et eller flere SE-selskaber således kunne være et alternativ til at stifte selskaberne i henhold til de nationale selskabslovgivninger.²⁸

Hæftelses- og straffeforhold

Indledning

Nogle typer virksomheder har som følge af lovgivning begrænsede muligheder for at foretage risikospredning gennem koncerndannelse. Således ses det ofte, at fx finansielle virksomheder ifølge lokal lovgivning er underlagt visse begrænsninger. Formålet hermed er bl.a. ønsket om at sikre, at finansielle virksomheder administrerer deres midler på betryggende vis og løbende har tilstrækkelig likviditet. Disse regler beskytter således bl.a. indlånere mod, at finansielle virksomheder "parkerer" indlåneres krav i et nødstedt koncernselskab, mens resten af koncernen kan fortsætte uberørt heraf.

Bortset fra sådanne specifikke beskyttelsesregler vil virksomheden som udgangspunkt frit gennem en koncerndannelse kunne foretage en risikospredning.²⁹ Værdien af sidstnævnte forudsætter imidlertid, at

26. Rådets forordning (EF) nr. 2157/2001 af 8. oktober 2001 om statut for det europæiske selskab (SE) (EF-Tidende nr. L 294 af 10. november 2001 s. 1-21).

27. Rådets direktiv 2001/86/EF af 8. oktober 2001 om fastsættelse af supplerende bestemmelser til statut for det europæiske selskab (SE) for så vidt angår medarbejderindflydelse (EF-Tidende nr. L 294 af 10. november 2001 s. 22-32).

28. Forordningen om Europæiske Firmagrupper 2137/85/EØS af 25. juli 1985 (EF-tidende 1990, L 124, s. 52) bør også nævnes i denne sammenhæng. Forordningen åbner mulighed for etablering af, hvad der kan karakteriseres som et grænseoverskridende interessentskab.

29. Se bl.a. Robert J. Mintz, "The Legal Guide to Asset Protection Planning", 2003.

koncernkonstruktionen kan stå for en nærmere juridisk prøvelse. Derfor bør virksomheden, med henblik på at undgå alligevel at komme til at hæfte for koncernselskabers gæld, sikre sig, at de krav, der stilles i de lande, hvor virksomheden har stiftet/registreret koncernselskaber, nøje overholdes.

Endvidere er det i relation til opretholdelsen af koncernkonstruktionen vigtigt, at de enkelte koncernselskaber ikke efterfølgende gennem erklæringer eller aftaler uforvarende kommer til at hæfte for andre koncernselskaber. Kommunikation af enhver form for støtte til andre koncernselskaber bør derfor ske med varsomhed og bør altid forinden godkendes af juridisk afdeling.

Tilsvarende bør virksomheden have overblik over, hvilke strafferetlige regler dens koncernselskaber er underlagt, samt i hvilket omfang direktører og andre ansatte risikerer at ifalde straf for lovovertrædelser begået i arbejdstiden.

Endvidere bør den geografiske "arbejdsfordeling" mellem de enkelte koncernselskaber være klar, således at det i videst muligt omfang undgås, at flere koncernselskaber underlægges det samme lands lovgivning. Derved opnås forhåbentlig, at erstatnings- og straffesager opstået i landet kun kan rejses mod det lokale koncernselskab og ikke mod andre selskaber i koncernen.

Da erstatningsretlige regler i visse tilfælde risikerer at have de samme økonomiske følger som et hæftelsesgennembrud er det også vigtigt, at virksomheden har overblik over, hvilke erstatningsretlige regler driften af de enkelte koncernselskaber er underlagt, herunder særligt betingelserne for et eventuelt erstatningsansvar for moderselskabet.

Ovennævnte emner er yderligere beskrevet i de følgende afsnit, ligesom en række generelle retningslinier er anført, som virksomheden eventuelt kan lade sig inspirere af i forbindelse med udarbejdelsen af et structural risk management-program.

Hæftelsesgennembrud og erstatningskrav

Det klare udgangspunkt i de fleste lande er, at en selvstændig juridisk person, såsom et selskab med begrænset ansvar, vil blive respekteret af domstolene. I nogle situationer er det imidlertid ikke rimeligt, hvis en aktionær kan "gemme" sig bag et selskab for krav fra kreditorer og andre tredjemænd. I undtagelsestilfælde er der derfor åbnet op for, at der kan statueres et hæftelsesgennembrud.

Hæftelsesgennembrud eller på engelsk “piercing of the corporate veil” vedrører den situation, hvor en aktionær, hvis hæftelse normalt er begrænset til aktionærens kapitalindskud, pålægges at hæfte for gæld og andre økonomiske krav mod det selskab han/hun/selskabet er aktionær i. Begrebet hæftelsesgennembrud benyttes således normalt om den situation, hvor der sker identifikation mellem et selskab og dets aktionær – fx mellem et moder- og et datterselskab.

Uanset det økonomiske resultat nogle gange vil være det samme, anses det normalt ikke for at udgøre et hæftelsesgennembrud, hvor en aktionær/direktør pålægges et erstatningsansvar overfor (*med*) aktionærer, kreditorer og andre tredjemænd, der har lidt et økonomisk tab som følge af aktionærens/direktørens handlinger eller undladelser. Sidstnævnte situation reguleres normalt af loven i det land, hvor skaden er indtruffet (*lex loci delicti*). Med henblik på at undgå ubehagelige overraskelser kan derfor normalt anbefales, at et moderselskab undersøger aktionærerstatningsansvarsreglerne i de lande, hvor selskabet har etableret datterselskaber.³⁰

I Danmark er det den almindelige culperegulering, der finder anvendelse, hvorefter en fysisk eller juridisk person risikerer at ifalde et erstatningsansvar, hvis følgende betingelser er opfyldt:

1. Der er lidt et økonomisk tab³¹ som følge af en skade.
2. Skaden skal kunne tilregnes skadevolderen som forsætlig eller uagtsom.³²
3. Der skal være den fornødne årsagssammenhæng (kausalitet) mellem den skete skade og det lidt tab.
4. I lyset af den konkrete handling eller undladelse må skaden anses for at være påregnelig (adækvat).

Spørgsmålet om hvorvidt aktionærerne (moderselskabet) og dattersel-

30. Et hurtigt overblik over reglerne i forskellige lande kan opnås på hjemmesiden www.gettingthedealthrough.com.

31. De generelle regler om egen skyld, accept af risiko og tabsbegrænsningspligt kan bevirke at en erstatning reduceres eller helt bortfalder.

32. Som udgangspunkt er både simpel og grov uagtsomhed tilstrækkelig til at der kan ifaldes erstatningsansvar. I Danmark har lovgiver valgt at fravige udgangspunktet f.s.v.a. aktionærer ved i aktieselskabslovens § 142 at bestemme, at en aktionær kun kan ifalde et erstatningsansvar, hvis der er handlet groft uagtsomt.

skabets ledelse kan gøres ansvarlig overfor *datterselskabet* eller ej, afgøres normalt ikke efter *lex loci delicti*. I stedet vil det være det lands selskabslovgivning, der regulerer datterselskabets selskabsretlige forhold (herefter betegnet “selskabsstatuttet”), der finder anvendelse. I mange tilfælde vil selskabsstatuttet og *lex loci delicti* selvsagt være sammenfaldende.³³

Hvilken selskabslovgivning der udgør selskabsstatuttet er afhængig af, om et land sværger til enten hovedsæde- eller inkorporationsteorien.³⁴ Hovedsædeteorien indebærer, at et selskab reguleres af det lands selskabslovgivning, hvor selskabet har hovedkontor og ledes – hvor selskabet er stiftet/registeret, er i den forbindelse irrelevant.

Inkorporationsteorien lægger derimod vægt på, efter hvilket lands lovgivning selskabet er stiftet/registeret. Ifølge denne teori vil stiftelses-/registreringslandets selskabslovgivning finde anvendelse, uanset i hvilket land selskabet har hovedkontor og ledes.

Inden et selskab påbegynder aktiviteter i et andet land og eventuelt overfører en del af ledelsen til det nye land, vil det være relevant at undersøge, hvilken teori det pågældende land følger. Hvis et land anvender hovedsædeteorien, bør selskabet organisere sig, således at det ikke uforvarende bliver underlagt det pågældende lands selskabslovgivning. Dette er vigtigt, idet selskabet ellers risikerer at være ugyldigt med den følge, at dem der disponerer på selskabets vegne kan pådrage sig et personligt ansvar.³⁵ Ovennævnte kan med fordel være et spørgs-

33. Jf. også UfR2003.1593V hvor en dansk kartoffelmelsfabrik anlagde retssag i Danmark mod et engelsk selskab og selskabets direktør/eneaktionær, der havde virket som agent for fabrikken i England. Landsretten fandt, at både erstatningskravet og muligheden for hæftelsesgennembrud skulle afgøres efter engelsk ret.

34. Tyskland har traditionelt anvendt hovedsædeteorien, mens lande som Danmark, Sverige, Finland, Storbritannien, Irland og Holland anvender inkorporationsteorien. Som følge af en række domme fra EF-domstolen i de senere år, er anvendelse af hovedsædeteorien formentlig i strid med EU-reglerne og vil i hvert fald ikke kunne anvendes af Tyskland som hidtil.

35. Se i den forbindelse dommen UfR1998.1017Ø samt Karsten Engsig Sørensen, “Samarbejde mellem selskaber i EF”, 1993, Erik Werlauff, “Kommenteret aktieselskabslov”, 2. udgave, 2002 og Jan Schans Christensen, “Kapitalselskaber”, GadJura 2003. At selskabsstatuttet finder anvendelse i disse ansvarssituationer er i overensstemmelse med Romkonventionen, som beskrevet i kapitel 5, der i art. 1, stk. 2 undtager fra konventionens anvendelsesområde “spørgsmål, der er omfattet af reglerne om selskaber, foreninger og andre juridiske personer, herunder spørgsmål om disses stiftelse ved registrering eller på anden måde, deres handleevne, interne organisation og opløsning samt om ledelsens eller deltagerens personlige ansvar i denne egenskab for selskabets, foreningens eller den juridiske persons forpligtelser”.

mål i ovennævnte standardspørgeskema, som virksomheden, inden den påbegynder aktiviteter i et nyt land, sørger for at få besvaret.

Hvorvidt et hæftelsesgennembrud bør statuere eller ej, afgøres normalt også efter selskabsstatuttet og forudsætter modsat et erstatningsansvar ikke culpa eller opfyldelsen af en anden ansvarsnorm. Den omstændighed, at et datterselskab blot har én aktionær (fx et moderselskab) forøger normalt ikke i sig selv risikoen for et hæftelsesgennembrud. Forudsat datterselskabet er korrekt stiftet, oprindeligt fik tilført tilstrækkelige økonomiske ressourcer, har et lovligt formål og drives som en selvstændig juridisk person, vil moderselskabet som udgangspunkt ikke risikere at komme til at hæfte for datterselskabets gæld. I andre lande derimod, herunder Italien, følger det af retspraksis, at det i relation til hæftelsesgennembrud er af betydning, om der blot er én aktionær. Dette er baggrunden for, at det i Italien er normal praksis, at lade en tredjemand – fx den medvirkende advokat – tegne aktier i datterselskabet sammen med moderselskabet. Sådanne lokale hæftelsesgennembrudsregler bør naturligvis undersøges nøje, hvis et selskab ønsker at etablere datterselskab i et andet land.

I Danmark er hæftelsesgennembrud blevet statueret i den såkaldte Midtfyns-dom,³⁶ hvor Højesteret, bl.a. som følge af en høj grad af sammenblanding af økonomien i de to selskaber bag Midtfyns Festivalen samt pga. en række transaktioner der begunstigede det ene selskab på det andet selskabs bekostning, statuerede, at det solvente selskab hæftede for det insolvente selskabs skattegæld. Også i udlandet vil der være risiko for hæftelsesgennembrud, hvis et selskab ikke drives med en vis grad af autonomi i forhold til moder- og andre koncernselskaber.

Det er derfor vigtigt, at et selskab ikke blot er en tom skal uden reelt indhold. I lyset heraf kan det anbefales, at virksomheden, hvis den har etableret en koncernstruktur, iagttager en række generelle retningslinier med henblik på at forhindre hæftelsesgennembrud. Følgende retningslinier bør naturligvis i nødvendigt omfang tilpasses eventuelle specielle lokale regler:

36. UfR1997.1642H. Dommen er kommenteret i en række lærebøger samt af Erik Werlauff i TfS1997.822, Børge Dahl og Jørgen Nørgaard i UfR2000B.399 og Jan Petersen i SR-skat 2002 s. 324.

1. Datterselskabet bør kapitaliseres fornuftigt fra starten. Jo mere tyndt kapitaliseret et selskab er, og jo mere risikable aktiviteter selskabet fra starten påbegynder, jo større er risikoen for, at en domstol vil statuere hæftelsesgennembrud. Har datterselskabet imidlertid en rimelig kapital at arbejde med, da det startede, vil senere udviklinger, der medfører, at selskabet bliver insolvent normalt ikke kunne begrunde et hæftelsesgennembrud.³⁷ Som nævnt indledningsvis, bør datterselskabets ledelse i en sådan situation imidlertid passe på, at den ikke risikerer at ifalde et personligt erstatningsansvar – fx hvis den lader selskabet stifte gæld eller købe på kredit på et tidspunkt, hvor selskabet ikke kan reddes med tab for tredjemand til følge.³⁸
2. Alle selskabsretlige formaliteter gældende i det land, hvor datterselskabet er registreret, bør nøje følges. Bl.a. bør der således udnævnes direktører og bestyrelsesmedlemmer, løbende afholdes bestyrelsesmøder samt udarbejdes skriftlige referater herfra, indkaldes til og afholdes årlige generalforsamlinger løbende foretages de fornødne registreringer hos myndighederne samt ændres vedtægter og eventuelle andre selskabsretlige dokumenter i takt med at datterselskabet udvikler sig.³⁹ I kapitel 5 er anført et forslag til indholdet af et børs- og selskabsretligt compliance-program, som virksomheden eventuelt kan lade sig inspirere af.
3. Aktiver bør holdes skarpt adskilt. Der må således ikke være tvivl om, hvilke koncernselskaber der ejer hvad. Hvert koncernselskab bør have selvstændige bankkonti og indgå individuelle aftaler med långivere og andre finansielle virksomheder.⁴⁰ Hvis aktiver overdrages mellem koncernselskaber, bør der udarbejdes skriftlige

37. Hvis datterselskabets insolvens skyldes, at moderselskabet har drænet datterselskabet for kapital, kan dette være et moment, der taler for hæftelsesgennembrud. Se i den forbindelse Erik Werlauffs artikel i *Lov & Ret*, "Corporate governance i hovedaktionærsselskaber", april 2004.

38. Det er i den forbindelse relevant at bemærke, at det fremgår af aktieselskabslovens § 54, stk. 3, at "Bestyrelsen skal tage stilling til, om selskabets kapitalberedskab til enhver tid er forsvarligt i forhold til selskabets drift".

39. I USA vil det ofte også hos de lokale myndigheder være nødvendigt at ansøge om og løbende forny forretningslicenser – såkaldte business licenses.

40. Kræver en långiver, at moderselskabet kautionerer for datterselskabet, bør der udarbejdes en kautionaftale, ligesom det er normalt i sådanne trepartsforhold mellem selvstændige parter.

overdragelsesaftaler, ligesom den aftalte overdragelsessum bør afspejle aktivets værdi.

4. Ud over at det internt er vigtigt at opretholde en klar adskillelse mellem koncernselskaberne, bør dette også klart signaleres eksternt overfor kunder, leverandører og andre samarbejdspartnere, herunder i diverse korrespondance samt i forbindelse med afholdelse af møder og indgåelse af aftaler. Det vil således tale imod hæftelsesgennembrud, hvis der ikke er personsammenfald mellem ledelsen i moderselskabet og i datterselskabet. I store koncerner kan det anbefales at udarbejde en politik for, hvordan personsammensætningen bør være i datterselskabers bestyrelser. En sådan politik skal naturligvis tilpasses eventuelle særlige lokale selskabsretlige regler. Fx kræver nogle lande, at en bestyrelse har overvægt af bestyrelsesmedlemmer, der er statsborgere i det pågældende land.

Hvis en skade er indtruffet, der risikerer at medføre betydelige omkostninger eller erstatningskrav, skal det afslutningsvis nævnes, at det i visse situationer med henblik på at beskytte stakeholder value kan vise sig hensigtsmæssigt at "slå en streg i sandet", med det formål at risikoen forbundet med omkostningerne/erstatningskravene stopper i tid i det skadesramte koncernselskab. Derved opnås, at omkostningerne/erstatningskravene ikke kommer til at påvirke virksomhedens fremtidige driftsresultater. En sådan streg kan slås ved, at virksomheden etablerer et nyt koncernselskab, der køber alle driftsaktiviteterne ud af det skadesramte selskab, hvorefter sidstnævnte blot er en tom skal med en pose penge. Hvis det skadesramte selskab ikke har penge til at betale alle omkostningerne/erstatningskravene, går det blot konkurs, mens virksomheden upåvirket heraf kan drive aktiviteterne videre i det nye selskab. Som et dansk eksempel herpå kan nævnes, at denne konstruktion blev anvendt af FLS-koncernen i sagen om de smuldrende eternittage, der kort er nævnt i kapitel 5.

Støtteerklæringer

Nogle koncerner opererer med en generel principerklæring om, at de vil støtte datterselskaber i fornødent omfang, således at selskaberne er i stand til løbende at honorere krav fra tredjemand. Uanset at en sådan erklæring kan medvirke til at styrke sammenholdet i koncernen og kreditorernes tro på, at de enkelte koncernselskaber ikke vil mislig-

holde låneaftaler mv., bør virksomheden fra en structural risk management-synsvinkel være varsom med at godtage diverse krydshæftelser mellem koncernselskaberne.⁴¹ Uanset at det kan give anledning til dårlig omtale og mistillid blandt kreditorer og samarbejdspartnere, at virksomheden lader et koncernselskab gå konkurs, og der således kan være kommercielle grunde til at hindre at dette sker, kan potentielle økonomiske tab være af et sådant omfang, at et moderselskab med henblik på at fastholde stakeholder value ikke ønsker at bakke et nødlidende koncernselskab økonomisk op. Den i indledningen beskrevne Union Carbide-sag er et godt eksempel herpå.

Årsagen til at et moderselskab vælger at udstede en støtteerklæring i stedet for en garanti- eller kautionserklæring er normalt, at moderselskabet ikke ønsker at være underlagt en så stærk forpligtelse som en kaution eller garanti udgør. Moderselskabet søger således bevidst at skabe usikkerhed om, i hvilket omfang det agter at støtte datterselskabet økonomisk. Endvidere følger det af regnskabslovgivningen,⁴² at visse juridisk bindende aftaler og erklæringer, såsom kautionserklæringer, skal indregnes som hensatte forpligtelser i balancen og resultatopgørelsen i moderselskabets årsregnskab. Dette vil ikke være tilfældet i relation til juridisk uforpligtende støtteerklæringer, hvorfor brug af en støtteerklæring kan udgøre en regnskabsmæssig fordel.

I modsætning til garantier, kautioner og lignende sikkerhedsstillelser, hvor formålet hermed typisk ikke giver anledning til tvivl, har rækkevidden og retsvirkningen af støtteerklæringer⁴³ medført en række tvister. Det følger af retspraksis, at det er støtteerklæringens nærmere ordlyd og hvilke konkrete forudsætninger, der lå til grund for udstedelsen heraf, der er afgørende for, om erklæringen forpligter et moder-

41. Som eksempel kan nævnes, at FLS Industries for første gang i dets 2002-regnskab valgte at afsløre, at selskabet har stillet moderselskabsgarantier for fire store entrepriseaftaler, som dets datterselskab FLS Miljø har indgået med tredjemand. Den største garanti beløber sig til DKK 1,1 mia. Derudover har FLS-selskaberne stillet diverse bankgarantier over for købere af cementfabrikker og miljøanlæg for i alt DKK 3,2 mia. Sidstnævnte beløb overstiger selskabets markedsværdi, der er på ca. DKK 2 mia. Der synes at herske en vis usikkerhed om, hvorledes sådanne garantier skal beskrives i regnskaber – se Berlingske Tidende Nyhedsmagasinet, “Hemmelige garantier gør FLS svær at sælge”, nr. 7, 24. februar 2003 og “FLS indrømmer milliardgarantier”, nr. 9, 10. marts 2003.

42. Se fx årsregnskabslovens § 47, stk. 1.

43. På engelsk betegnet “letter of comfort” eller “letter of support”.

selskab eller ej.⁴⁴ Medmindre det eksplicit fremgår af støtteerklæringen, at moderselskabet er forpligtet til at tilføre et koncernselskab likvide midler, med henblik på at sidstnævnte kan indfri sine forpligtelser, synes retsvirkningerne af en støtteerklæring efter dansk ret at være forholdsvis begrænsede. Alt afhængig af støtteerklæringens nærmere ordlyd, er udgangspunktet derfor formentlig, at moderselskabet blot er forpligtet til at gøre sit bedste for at tilføre koncernselskabet de fornødne midler. Retsvirkningen heraf er behæftet med betydelig usikkerhed, men udgør altså ikke en decideret betalingsforpligtelse, som tredjemand kan støtte ret på.

Andre lande synes at tillægge støtteerklæringer større juridisk vægt end Danmark p.t. gør. Det er uheldigt, at der er disse forskelle mellem Danmark og udlandet, da lovvalget⁴⁵ derved kan blive afgørende for, om det i en efterfølgende sag er muligt at støtte ret på en støtteerklæring eller ej.⁴⁶

Det kan således anbefales, at virksomheden i et structural risk management-program udsteder nogle klare retningslinier til (direktørerne i) de enkelte koncernselskaber, således at det sikres, at koncernselskaberne ikke – hverken skriftligt eller mundtligt – udtrykker støtte til andre koncernselskaber, medmindre juridisk afdeling forinden har godkendt ordlyden heraf og har taget stilling til lovvalgsproblematikken.⁴⁷ Tilsvarende gælder, hvis koncernselskaber ønsker at udstede garanti- eller kautionserklæringer mv. til fordel for hinanden eller tredjemand.

Strafansvar – moderselskabet, datterselskabet eller den ansatte?

Det klare udgangspunkt er, at strafansvar for overtrædelser foretaget af et datterselskab vil blive gjort gældende overfor datterselskabet og ikke

44. Se dommene UfR1994.470H og UfR1998.1289H samt Mads Bryde Andersen, "Grundlæggende aftaleret", 2. udgave, 2002.

45. Torsten Iversen er i sin bog, "Støtteerklæringer", Gads Forlag, 1994, af den opfattelse, at en lovvalgsklausul i en støtteerklæring ikke bør tillægges nogen vægt i relation til om støtteerklæringen er juridisk forpligtende for afgiveren eller ej.

46. Se Jonas Christoffersens og Niels Bang Sørensens artikel i Revision & Regnskabsvæsen, "Støtteerklæringer – om Højesterets restriktive praksis", nr. 11, 1999.

47. Eventuelt kan dette være et fast punkt i forbindelse med legal risk management-uddannelse af nyudnævnte direktører.

moderselskabet, ligesom ansvar for moderselskabets lovovertrædelser vil blive gjort gældende over for dette og ikke datterselskabet.⁴⁸

Noget andet gælder den situation, hvor fx en direktør personligt risikerer at blive straffet som følge af, at virksomheden overtræder lovgivningen.

I relation til direktørers og andre ansattes handlinger og undladelser, er udgangspunktet i Danmark i mangel af specifik lovhjemmel,⁴⁹ at det er selskabet og ikke de ansatte, der risikerer at pådrage sig en straf for de handlinger eller undladelser, de foretager som led i deres arbejde.⁵⁰ Dette gælder især, hvis en lovovertrædelse er motiveret af økonomiske grunde og kommer virksomheden og ikke de ansatte personligt til gode.⁵¹ Hvis den udviste uagtsomhed ikke er graverende eller hvis overtrædelsen er begået af underordnet personale i virksomheden, vil strafansvar normalt også kun blive gjort gældende mod virksomheden. Tilsvarende udgangspunkt er gældende i de fleste andre lande Danmark plejer at sammenligne sig med.

Specifikke lovregler kan imidlertid bestemme, at en ansat kan straffes personligt for de handlinger han/hun foretager sig som led i sit arbejde. Fx fremgår det af både den amerikanske og engelske konkurrencelovgivning, at direktører kan idømmes fængsels- og bødestraf, hvis de på vegne af deres virksomheder overtræder konkurrencelovgivningen. En række direktører er da også allerede blevet dømt i henhold til disse regler.⁵² Lignende bestemmelser blev foreslået indført i Danmark af den tidligere regering, men blev taget af bordet igen, da den nye regering trådte til i 2001. Også Sarbanes-Oxley Act, som beskrevet i kapitel 1, har sat fornyet fokus på personligt ansvar for CEO og CFO, og generelt synes der globalt at være en udvikling i retning af at idømme ledelsen af virksomheder bøde- og frihedsstraffe i tilfælde af lovovertrædelser.⁵³

I mangel af specifik lovhjemmel jf. ovenfor har Rigsadvokaten ud-

48. Jf. også pkt. 3 i Rigsadvokatens meddelelse nr. 5, "Valg af ansvarssubjekt i sager om virksomhedsansvar", 6. oktober 1999.

49. Se fx aktieselskabslovens kapitel 20.

50. Dette forudsætter naturligvis, at der er hjemmel til at straffe selskabet jf. også straffelovens § 25. P.t. findes sådan hjemmel i mere end 200 love.

51. Risikoen for et personligt strafansvar øges således, hvis en direktør samtidig er hovedaktionær i det selskab, han er direktør i.

52. Se fx beskrivelsen af Hoffmann-La Roche-sagen i kapitel 5.

53. Se The Economist, "America's corporate trials – the case against prosecution", 28.

arbejdet en meddelelse,⁵⁴ der beskriver en række situationer, hvor en i Danmark ansat person risikerer at blive gjort ansvarlig for handlinger og undladelser foretaget i arbejdstiden. Hovedreglerne i meddelelsen kan opsummeres som følger:

1. Overtrædelser, der begås i forbindelse med rent private skridt fra den ansattes side, kan normalt ikke medføre strafansvar for virksomheden, idet overtrædelserne i almindelighed ikke har den fornødne funktionelle tilknytning til virksomhedens aktiviteter.⁵⁵ Uanset at den fornødne tilknytning til de af virksomheden udøvede aktiviteter er til stede, vil virksomheden heller ikke blive gjort ansvarlig for helt abnorme skridt fra en ansats side. I disse tilfælde vil kun den ansatte således blive retsforfulgt. Tilsvarende gælder i relation til et eventuelt erstatningsansvar.⁵⁶
2. Overtrædelser, hvor en ansat har handlet forsætligt eller groft uagtsomt, vil normalt kunne medføre et strafansvar for både virksomheden og den ansatte, herunder særligt hvis den ansatte har en ledende stilling i virksomheden og overtrædelserne må karakteriseres som grove. Fører dette til, at den samme formueenhed påføres dobbeltstraf – fx hvis en straffet direktør er eneaktionær i selskabet – tages der hensyn hertil i forbindelse med strafudmålingen. Tilsvarende gælder i relation til et eventuelt erstatningsansvar.⁵⁷

februar 2004 og “Bosses behind bars”, 12. juni 2004. United States Sentencing Commission har i to omgange – januar og april 2003 – anbefalet næsten en fordobling af straffen for corporate fraud.

54. Rigsadvokaten, “Valg af ansvarssubjekt i sager om virksomhedsansvar”, meddelelse nr. 5, 6. oktober 1999.

55. Jf. også straffelovens § 27, stk. 1.

56. I Danmark er højesteretsdommen UfR1964.806H et ofte refereret eksempel herpå. En hotelmedarbejder havde bl.a. til opgave at parkere hotelgæsternes biler. I stedet snupede han en gæsts bil og kørte en tur, hvorunder et færdselsuheld, der involverede tredjemand, fandt sted. Fordi hotellet havde ansvaret for at passe på gæsternes biler, ansås skaden på hotelgæstens bil for at være en skade i kontrakt, for hvilken hotellet var ansvarlig. Skaden på tredjemands bil var derimod en skade sket uden for kontrakt, for hvilket hotellet ikke var ansvarlig som følge af hotelmedarbejderens abnorme adfærd.

57. Som et dansk eksempel kan nævnes, at der i Østre Landsret i september 2001 blev indgået et forlig med relation til Nordisk Fjer-skandalen på ca. DKK 100 mio. i en række erstatningssager rejst mod bl.a. bestyrelsesmedlemmerne, revisorerne og de tre dømte direktører. Det oprindelige krav var på DKK 130 mio. Se Børsen, “Nordisk Fjer et ikon i økonomisk kriminalitet”, 23. juni 2004.

I de fleste af de lande, som Danmark normalt sammenligner sig med, vil ovennævnte hovedregler også finde anvendelse.

Virksomheden bør naturligvis altid have overblik over, hvorvidt, hvor og i hvilket omfang dens ansatte risikerer at ifalde et personligt strafansvar, hvis der begås fejl.⁵⁸ Udgør dette i relation til et bestemt retsområde en ikke ubetydelig risiko, bør virksomheden naturligvis prioritere implementeringen af et relevant compliance-program højt, således at risikoen herfor reduceres til et acceptabelt niveau. De muligheder virksomheden har for gennem implementering af et compliance-program at reducere en konkret strafisiko for virksomheden og dens ansatte er yderligere beskrevet i kapitel 5.

Handel over grænser og mellem koncernselskaber

Specielt hvis virksomheden ønsker at trænge ind på det amerikanske marked, bør den være på vagt overfor de betydelige erstatningskrav, der bl.a. som følge af risikoen for punitive damages og class action-retssager⁵⁹ eksisterer dér.⁶⁰ Som et nyligt eksempel, der vedrører en dansk virksomhed, kan nævnes, at en class action-retssag i efteråret 2003 blev indledt mod Cheminova i New York, USA. 300 hummerfiskere mener at kunne bevise, at Cheminovas insektgift har resulteret i,

58. Det vil i den forbindelse ofte være relevant at sondre mellem personligt strafansvar ifølge specifik lovhjemmel og risikoen for personligt strafansvar ifølge mere generelle straffebestemmelser som beskrevet ovenfor.

59. Class action-retssager findes i forskellige varianter, men vedrører grundlæggende sager, der med rettens tilladelse føres af nogle få sagsøgere på vegne af og med bindende virkning for en gruppe af personer med tilsvarende krav. Sidstnævnte har således ikke været parter i sagen i traditionel forstand. For yderligere information om muligheden/risikoen for/ved class action-retssager i USA – se hjemmesiden www.classactionlitigation.com. I modsætning til Sverige og Spanien, er det ikke muligt at anlægge kollektive søgsmål ved danske domstole. Det vil dog i Danmark være muligt at sammenlægge sager (kumulation), der er forbundne, hvilket jo også skete i eternit-sagen, som nævnt i kapitel 5. Endvidere har den danske forbrugerombudsmand mulighed for at anlægge en sag på vegne af en række forbrugere jf. markedsføringslovens § 20. Se også artiklerne Jan-Erik Svensson og Christian Alsøe, "Kollektive søgsmål i Danmark?", UfR2000B.245, Ketilbjørn Hertz, "Gruppesøgsmål – et svar", UfR2000B.418 og Peter Deleuran og Erik Werlauff, "Kollektive søgsmål – er der behov?", UfR2000B.431 samt bilag 4 i advokatfirmaet Lovells rapport til Kommissionen, "Produktansvar i den Europæiske Union", februar 2003.

60. Se dog artiklen i Børsen, "Frygt for sagsanlæg bremser USA-eksport", 2. juni 2004, hvori Finn Martensen, der er praktiserende advokat i USA, argumenterer for, at risikoen for erstatnings- og produktansvarssager i USA er overdreven og normalt i vidt omfang vil kunne reduceres gennem forsikringsdækning.

at hummerbestanden i området er gået voldsomt tilbage. Sprøjtet midlet var af de offentlige myndigheder blevet anvendt mod myg med henblik på at forhindre spredning af virussygdommen west Nile virus, som myg kan være bærer af.⁶¹

Uanset i hvilket land virksomheden ønsker at sælge sine varer eller tjenesteydelser, kan det anbefales, at den forinden foretager visse juridiske undersøgelser af det pågældende lands lovgivning, bl.a. med henblik på at vurdere følgende:

1. Risikoen for at virksomheden kan blive strafforfulgt.
2. Risikoen for at virksomheden kan blive mødt med civile søgsmål.
3. Risikoen for at afsagte domme kan fuldbyrdes mod koncernselskaber i andre lande.

Strafforfølgelse: De fleste lande som Danmark normalt sammenligner sig med benytter følgende to folkeretlige principper i forbindelse med strafforfølgelse af virksomheder:

1. Territorialprincippet indebærer, at et land fx vil kunne strafforfølge virksomheden, for de handlinger den har begået i det pågældende lands territorium.⁶² Dette gælder uanset om virksomheden er stiftet/registreret i det pågældende land eller i udlandet. Endvidere finder princippet både anvendelse på handlinger der er påbegyndt i territoriet, og på handlinger der har deres virkning i territoriet (virkningsprincippet).⁶³ Hvis en dansk virksomhed således forurenar et vandløb, der løber ind over grænsen til Tyskland, med den følge, at fiskebestanden på den tyske side af grænsen dør, vil virksomheden som følge af territorialprincippet kunne strafforfølges

61. Se Jyllands-Posten, "Millionkrav mod Cheminova i USA", 20. Oktober 2003. En række sager er også rejst i Florida, hvor insektgiften har været anvendt mod frugtfluer, der truede cirtrushøsten. Ifølge sagsøgerne er sprøjtet gifte skyld i mindst tre amerikaneres død og en række alvorlige helbredsproblemer jf. Jyllands-Posten, "Cheminova for skyld for tre dødsfald", 22. oktober 2003. Som et andet eksempel kan nævnes, at Danmarks Bløderforening i en pressemeddelelse dateret 11. maj 2004 opfordrede danske blødere med HIV eller hepatitis C til at deltage i en class action-retssag i USA mod en række amerikanske medicinalfirmaer, som i perioden 1978-1990 producerede blødermedicin, der beskyldes for at have indeholdt ovennævnte vira.

62. Jf. også straffelovens § 6.

63. § 9 i straffeloven er et eksempel på virkningsprincippet.

både i Danmark og Tyskland for overtrædelse af miljølovgivningen. Virkningsprincippet vil også slå igennem, hvis virksomheden fx foretager ulovlig markedsføring af sine produkter og tjenesteydelser i et land fra et andet.

2. Nationalitetsprincippet indebærer, at et land vil kunne strafforfølge egne statsborger og juridiske personer registreret i landet for handlinger begået i udlandet. Danmark vil således kunne strafforfølge et i Danmark stiftet/registreret selskab, for handlinger begået af selskabet i udlandet. For god ordens skyld bemærkes, at dette normalt forudsætter, at handlingen også er strafbar i gerningsstedlandet.⁶⁴

Civile søgsmål: I mangel af en værnetingsaftale regulerer den såkaldte domskonvention,⁶⁵ ved hvilke EU-landes domstole det er muligt at anlægge et civilt søgsmål mod virksomheder og andre. I de "gamle" EU-lande blev domskonventionen som følge af det retlige og indre samarbejde i marts 2002 afløst af den såkaldte domsforordning, der er en moderniseret udgave af domskonventionen.⁶⁶ Forordningen gælder dog ikke for Danmark, der som bekendt pga. sine forbehold ikke deltager i det retlige og indre samarbejde.

Mellem de "gamle" EU-lande og Danmark gælder domskonventionen dog fortsat, mens de EU-lande, der per 1. maj 2004 blev medlemmer af EU, er bundet af Domsforordningen men ikke af domskonventionen.

Endvidere gælder i Europa den såkaldte Lugano-konvention, der er en "kopi" af domskonventionen og oprindeligt gjaldt mellem EU- og EFTA-landene.⁶⁷ Af de nye EU-lande har Polen tiltrådt Lugano-konventionen, og sidstnævnte gælder således i forholdet mellem Polen og Danmark. Bortset fra Polen har Danmark imidlertid ikke p.t. indgået nogen værnetingskonventioner med de nye EU-lande. Dette er natur-

64. Jf. også straffelovens § 7, stk. 1. I relation til strafniveaulet fremgår det af straffelovens § 10, stk. 2, at straffen i Danmark for en i udlandet begået lovovertrædelse ikke må være strengere end den ville være blevet i gerningsstedlandet. Vagn Greve beskriver i sin artikel "Strafudmåling i den internationale strafferet" UfR2001B.427 dette emne indgående.

65. Domskonventionen kaldes også Bruxelles-konventionen.

66. Bl.a. forordningens anerkendelses- og fuldbyrdelsesregler er mere effektive en Domskonventionens tilsvarende regler, ligesom det nu eksplicit fremgår, at landet hvori levering af varer sker (varekøb) vil være opfyldelsesværneting.

67. EFTA-landene er Schweiz, Liechtenstein, Norge og Island.

ligvis ikke hensigtsmæssigt, og den danske regering arbejder derfor p.t. på at få dette løst.⁶⁸

Udgangspunktet i domskonventionen er, at virksomheden kan sagsøges i det land, hvor dens hovedsæde er beliggende eller – for et selskabs vedkommende – i det land hvor det er stiftet/registreret.⁶⁹

I domskonventionen gælder dog en række undtagelser hertil, hvoraf de vigtigste for almindelig virksomheder er:

1. I sager om kontraktforhold, kan virksomheden sagsøges i det land, hvor den forpligtelse, der ligger til grund for sagen, er opfyldt eller skal opfyldes (herefter betegnet “opfyldelsesværnetinget”). F.s.v.a. varer og tjenesteydelser betyder det, at der kan sagsøges i det land, hvor varerne eller tjenesteydelserne er eller skulle have været leveret eller udført.
2. I sager om erstatning uden for kontrakt, kan virksomheden sagsøges i det land, hvor skaden er indtruffet (*lex loci delicti*). Føres eller har der i landet været ført en straffesag, kan en civil erstatningssag med relation til straffesagen ligeledes anlægges i landet.
3. I sager vedrørende driften af en filial, et agentur eller lignende virksomhed, kan virksomheden sagsøges i det land, hvor filialen mv. er beliggende.
4. I sager om aftaler med forbrugere om levering af varer eller tjenesteydelser, kan virksomheden sagsøges i det land, hvor forbrugeren har bopæl, forudsat virksomheden forinden har reklameret eller på anden måde markedsført varerne eller tjenesteydelserne overfor forbrugeren i det pågældende land.

Det er vigtigt at være opmærksom på, at domskonventionen i artikel 21 indeholder en såkaldt *litis pendens*-regel. Sidstnævnte indebærer, at hvis der i en konkret sag er hjemmel til at anlægge en retssag i flere stater samtidig, vil den, der stævner først (i sit eget land), spærre for modpartens sagsanlæg (i udlandet).

Endelig gælder der i domskonventionen regler om at bestemte typer sager kun kan anlægges i ét land, herunder sager om rettigheder over

68. Se yderligere herom i Peter Arnt Nielsens artikel i Advokaten, “EU-udvidelsen, international procesret og voldgift”, nr. 6, 15. juni 2004.

69. Jf. også Domskonventionen artikel 2 og artikel 53, stk. 1.

Kap. 4: Structural risk management

fast ejendom og aftaler om registrering eller gyldighed af immaterielle rettigheder. Disse sagstyper, hvor der gælder enekompetence, kan således kun anlægges i det land, hvor den faste ejendom er beliggende eller rettigheden er eller skal registreres.

I mangel af en værnetingsaftale⁷⁰ eller en forordning/konvention, som nævnt ovenfor, er det de enkelte landes egne værnetingregler, der finder anvendelse på spørgsmålet om, hvor det er muligt at anlægge en retssag.⁷¹

F.s.v.a. USA gælder,⁷² at virksomheden risikerer at blive underlagt amerikansk jurisdiktion og dermed at blive sagsøgt ved amerikanske domstole, hvis den etablerer såkaldt "minimum contacts" med en eller flere stater i USA.⁷³ Uanset at virksomheden ikke fysisk er til stede i USA, kan minimum contacts fx opstå ved salg til amerikanske kunder eller ved at virksomheden indgår i et joint venture med en amerikansk virksomhed. Også markedsføring overfor amerikanske kunder, fx via internet, kan medføre at kravet om minimum contacts er opfyldt med den følge, at virksomheden er underlagt amerikansk jurisdiktion. Er tilknytningen til USA imidlertid ubetydelig, vil amerikanske domstole normalt afvise at føre sagen.⁷⁴

70. Værnetingsaftaler er beskrevet i kapitel 6.

71. For Danmarks vedkommende fremgår værnetingreglerne af retsplejelovens § 235ff.

72. Andre common law-inspirerede lande anvender regler, der i større eller mindre omfang minder herom.

73. Se Finn Martensen, "Juridiske forhold i USA – En introduktion om etablering, skatteforhold og immigration", der findes på hjemmesiden www.danskebank.dk/Link/jurausa og Ole R. Sandbergs artikel, "Legal Risk Management Manual For Foreign Business Startups In The United States", der findes på hjemmesiden www.carlsmith.com.

74. Dette klare udgangspunkt står fast efter Supreme Courts dom den 14. juni 2004 i sagen *F. Hoffmann-La Roche Ltd. et al. v. Empagran S.A.* (No. 03–724). Som beskrevet i Lily Henning's artikel i *Legal Times*, "Vitamin Fight Could Energize Foreign Suits", 26. april 2004, var sagen er rejst af vitaminkøbere, der i sin tid købte vitaminerne uden for USA. af det i kapitel 5 beskrevne vitaminkartel. Vitaminkøbernes argument for at de burde kunne føre erstatningssagerne ved amerikanske domstole var bl.a., at vitaminmarkedet og vitaminkartellet henholdsvis er og var globalt. Da de kunstigt høje priser i USA derfor også påvirkede vitaminkøbernes tab, burde de have adgang til at føre deres sag ved amerikanske domstole. Vitaminkøberne håbede derved, at de vil kunne opnå en højere erstatning, end de vil kunne opnå ved sagsanlæg i deres hjemlande. Supreme Court lod sig imidlertid ikke overbevise af vitaminkøbernes argumenter og var således ikke enig i denne udvidende fortolkning af amerikansk jurisdiktionskompetence. Se endvidere artiklen af David W. Rivkin og Suzanna M. Grosse i *Business Law International*, "Forum Non Conveniens: A Doctrine on the Move", volume 5, nr. 1, januar 2004.

Normalt skelnes i USA mellem “restricted jurisdiction” og “general jurisdiction”. Hvis virksomheden kun har begrænsede aktiviteter i USA, vil den normalt kun være underlagt restricted jurisdiction. Er virksomhedens forretningsaktiviteter i USA imidlertid betydelige og har fundet sted over en længere periode, vil virksomheden normalt være underlagt general jurisdiction. Sidstnævnte indebærer, at virksomheden kan sagsøges ved amerikanske domstole for ethvert krav med relation til USA, mens restricted jurisdiction indebærer, at virksomheden kun kan sagsøges i USA for krav, der relaterer sig til virksomhedens specifikke forretningsstransaktioner i USA. I sager om produktansvar som beskrevet i kapitel 5, vil en sag i USA kunne rejses mod ethvert led i produktions- og distributionskæden, herunder også mod en dansk producent. Det yder imidlertid en vis beskyttelse, at udgangspunktet, som nævnt nedenfor, er, at amerikanske domme om erstatning uden for kontrakt ikke vil kunne fuldbyrdes i Danmark.

Fuldbyrdelse af domme: Fuldbyrdelse af en dom indebærer, at dommen – eventuelt med hjælp fra hvad der svarer til fogeden – får virkning efter sit indhold. Hvis fx en dansk virksomhed har handlet med en række kunder i et andet land (salgslandet), og en af disse kunder anlægger og vinder en retssag dér, betyder det, at hvis Danmark tillader fuldbyrdelse af salgslandets domme, vil kunden kunne få fogedens hjælp til at søge sig fyldestgjort i virksomhedens aktiver i Danmark.⁷⁵ Hvis Danmark ikke tillader fuldbyrdelse af det pågældende lands domme i Danmark, vil kunden kun kunne søge sig fyldestgjort i de aktiver, der befinder sig i det pågældende land eller andre lande, der tillader fyldestgørelse af landets domme. Alternativt vil kunden være henvist til at anlægge en retssag i Danmark for derigennem at opnå et såkaldt eksekutionsfundament, der kan anvendes til fuldbyrdelse i Danmark.

Der gælder ikke folkeretligt en pligt for et land til at anerkende og fuldbyrde domme afsagt af fremmede landes domstole.⁷⁶ Udgangspunktet er således – også i Danmark⁷⁷ – at en dom afsagt af et lands domstol

75. Det fremgår af Domskonventionens artikel 16, stk. 6 at fuldbyrdelseslandets domstole har enekompetence til at fuldbyrde domme afsagt i de andre konventionslande.

76. Jf. også Peter Arnt Nielsen, “International privat- og procesret”, DJØF Forlag, 1997.

77. Jf. retsplejelovens § 479.

kun kan fuldbyrdes i det land, hvori domstolen har sæde. Dette udgangspunkt er imidlertid i vidt omfang fraveget.⁷⁸

Som beskrevet ovenfor finder domskonventionen/-forordningen og Lugano-konventionen anvendelse i EU- og EFTA-landene. Disse regler har skabt fri bevægelighed for domme afsagt i EU/EFTA.⁷⁹ En dom afsagt i et land, vil således i henhold til reglerne kunne fuldbyrdes i et andet land, uden at sagen på ny skal prøves materielt i fuldbyrdelseslandet. Det vil være tilstrækkeligt blot at fremsætte en begæring om fuldbyrdelse til de i konventionerne udpegede retter. I Danmark skal en begæring fremsættes til byretten.⁸⁰

Endelig gælder i Norden den nordiske domskonvention, hvorefter en dom afsagt i et nordisk land vil kunne fuldbyrdes i et andet nordisk land. Den nordiske domskonvention viger for Doms- og Lugano-konventionerne og har som følge af, at de nordiske lande i dag er medlemmer af EU og EFTA ikke den store praktiske betydning.

Tidligere var det vanskeligt, at få fuldbyrdet amerikanske domme i Europa.⁸¹ Men dette synes langsomt at være ved at ændre sig. Ud over voldgiftsafgørelser, der normalt altid vil kunne fuldbyrdes i andre lande, forudsat at fuldbyrdelseslandet har inkorporeret New York-konventionen,⁸² vil domme afsagt af en amerikansk domstol, der i en lov- og værnetingsaftale er udpeget til at løse tvister mellem partnerne, i mange tilfælde også kunne fuldbyrdes i europæiske lande uden at det er påkrævet forinden at gennemføre en ny retssag. I mangel af en lovvalgs- og værnetingsaftale eller ved eksorbitante erstatningsdomme er muligheden for fuldbyrdelse uden for USA dog snæver, herunder også i Danmark.⁸³ Det er værd at bemærke, at amerikanerne i forbindelse

78. Ud over skatteretligt fordelagtige lokale regler vil restriktive regler om fuldbyrdelse af "fremmede" domme i nogle tilfælde kunne anspore en virksomhed til at lade et koncernselskab beliggende i et bestemt land være moderselskab for nye datterselskaber.

79. Kun hvis grundlæggende retsprincipper mv. er tilsidesat i domslandet, vil fuldbyrdelseslandet kunne nægte at anerkende dommen, jf. Domskonventionen artiklerne 27 og 28.

80. Jf. Domskonventionens artikel 32.

81. I modsætning til de europæiske lande anerkender og fuldbyrder USA i vidt omfang udenlandske civilretlige domme uden at være forpligtet hertil i henhold til en gensidigt forpligtende traktat.

82. Denne konvention, som bl.a. alle de europæiske lande og USA har tilsluttet sig, er nærmere beskrevet i kapitel 6.

83. Det følger af retsplejelovens § 479, at udenlandske retsafgørelser alene kan fuldbyrdes i Danmark, hvis Danmark (justitsministeren) har indgået en aftale med et fremmed land herom. En sådan aftale har Danmark ikke indgået med USA.

med forhandlingerne om den globale domskonvention synes at have anerkendt, at amerikanske domme, der giver meget høje erstatningsudmålinger, som hovedregel ikke bør kunne anerkendes og fuldbyrdes i andre lande.⁸⁴

Når virksomheden indleder aktiviteter i et nyt land, kan det derfor anbefales at undersøge, hvorvidt det land, hvor koncernselskabet, der indleder aktiviteterne, er stiftet/registreret, tillader fuldbyrdelse af domme afsagt af det andet lands domstole. Hvis dette er tilfældet, kan det medføre, at virksomheden finder anledning til i videst muligt omfang gennem lov- og værnetingsaftaler at undgå, at sager kan anlægges i det pågældende land.⁸⁵ Dette vil i særlig grad være relevant, hvis virksomheden ikke har tiltro til det pågældende lands retsvæsen.

Som følge af ovennævnte forhold, herunder ikke mindst risikoen ved amerikanske erstatningssager, kan det ofte anbefales, at virksomheden træffer visse forholdsregler m.h.p. at afbøde risikoen for at blive sagsøgt i andre lande.

Som nærmere beskrevet i kapitel 6 vil langt de fleste lande opretholde lov- og værnetingsaftaler. Disse aftaler udgør derfor et godt værktøj, m.h.p. at imødegå de risici der kan være forbundet med "fremmede" domme og bidrager derved til at fastholde stakeholder value.

Da virksomheden imidlertid også risikerer at ifalde et erstatningsansvar uden for kontrakt, hvilket den ovennævnte hummersag i USA er et eksempel på, er det relevant at undersøge, hvordan virksomheden strukturelt kan organisere sig, med henblik på at forhindre at dens aktiver uden for det pågældende land kommer i fare.

En måde hvorpå denne risiko kan reduceres er gennem etablering af et datterselskab i det nye land, hvor virksomheden ønsker at påbegynde forretningsmæssige aktiviteter. Derved opnår virksomheden normalt, at eventuelle erstatningskrav kun vil kunne rettes mod datterselskabet, hvorimod det udenlandske moderselskabs aktiver ikke kommer i fare. Med legal risk management for øje er dette således et punkt, som juridisk afdeling straks bør vurdere, hvis virksomheden ønsker at trænge ind på et nyt geografisk marked og dermed bliver underlagt et nyt lands lovgivning.

84. Se Peter Arnt Jensens artikel i Rettid, "Forhandlingerne om en global domskonvention", 2002.

85. Lov- og værnetingsaftaler er yderligere beskrevet i kapitel 6.

Kap. 4: Structural risk management

Som også nævnt i afsnittet ovenfor om hæftelsesgennembrud, forudsætter denne risikospredningskonstruktion imidlertid, at datterselskabet ikke blot er en tom skal, men at det nyder en vis grad af autonomi i forhold til det udenlandske moderselskab. Følgende momenter vil i den forbindelse være af relevans, hvilket virksomheden med fordel kan beskrive og indarbejde i et structural risk management-program.

1. De ovenfor beskrevne retningslinier med henblik på at forhindre hæftelsesgennembrud bør nøje følges.
2. Moderselskabet bør i videst muligt omfang undgå at udøve forretningsmæssige aktiviteter i det pågældende land. Alle aftaler med kunder, leverandører og andre forretningsforbindelser i landet bør derfor indgås af datterselskabet.
3. Alle kommercielle transaktioner mellem moderselskabet og datterselskabet bør ske på basis af armslængde-princippet. Dette indebærer, at transaktionerne finder sted på vilkår, som var de indgået mellem uafhængige parter med omtrent ens forhandlingsstyrke.
4. Der bør indgås sådanne skriftlige⁸⁶ aftaler mellem moder- og datterselskabet, som er normale i branchen, når uafhængige parter indgår aftaler. I den forbindelse er det vigtigt at sikre sig, at datterselskabet ikke blot får status af salgsagent for moderselskabet, idet moderselskabet derved normalt anses for at udøve forretningsmæssige aktiviteter i landet med deraf følgende risiko for at blive underlagt landets lovgivning og domstole. Dette vil ikke være tilfældet, hvis datterselskabet får status af forhandler/distributør og således sælger i eget navn og for egen regning.
5. I aftalerne mellem moder- og datterselskabet bør der i videst muligt omfang indføres ansvarsfraskrivelser til fordel for moderselskabet, forudsat at sådanne lovligt og gyldigt kan indgås. Endelig bør det aftales, at kun domstolene i moderselskabets land er kompetente i tilfælde af tvister mellem parterne, herunder at loven i moderselskabets land skal finde anvendelse herpå.

86. I Danmark fremgår det af skattekontrolloven, at virksomheder skal opbevare skriftlig dokumentation om, hvorledes priser og øvrig vilkår for grænseoverskridende koncerninterne transaktioner er fastsat. Se også OECD's Transfer Pricing Guidelines.

Regulatory risk management

Indledning

I 1999 afslørede den franske medicinalvirksomhed Rhône-Poulenc¹ overfor de amerikanske og europæiske konkurrencemyndigheder, at virksomheden på initiativ af den schweiziske medicinalvirksomhed Hoffmann-La Roche og sammen med bl.a.² den tyske kemikalievirksomhed BASF i halvfemserne havde deltaget i et ulovligt kartelsamarbejde på det lukrative marked for vitaminer.

På daværende tidspunkt havde vitaminmarkedet på verdensplan en værdi af 20-25 mia. kr. om året, og de tre virksomheder kontrollerede tilsammen omkring 75 procent heraf; Hoffmann-La Roche ca. 40 procent, BASF ca. 20 procent og Rhône-Poulenc ca. 15 procent.

Kartelsamarbejdet, der blandt deltagerne gik under navnet “Vitamins Inc.”, var særdeles velorganiseret. De overordnede aftaler blev indgået på årlige to- eller tredages topmøder, der blev afholdt på luksushoteller tæt på Hoffmann-La Roche’s hovedkvarter i Basel. Der var ikke tvivl om, at virksomhederne vidste, at de begik noget ulovligt. Med henblik på at undgå at konkurrencemyndighederne fx ved dawn raids skulle få fat i belastende dokumenter, gjaldt der således strenge retningslinier om, at alle dokumenter fra møderne skulle destrueres umiddelbart efter brug.

Det anslås, at kartellet havde været i stand til at drive vitaminpriserne op med mellem 15-40 procent.³

-
1. Rhône-Poulenc fusionerede senere med Hoechst AG og ændrede i den forbindelse navn til Aventis. Senest er Aventis blevet opkøbt af den franske medicinalvirksomhed Sanofi-Synthélabo.
 2. Ud over de tre nævnte virksomheder deltog også en række virksomheder med mindre markedsandele i kartellet, herunder Solvay Pharmaceuticals fra Holland, Merck fra Tyskland samt Daiichi, Eisai og Takeda fra Japan.
 3. Således faldt indtægterne fra salget af C-vitaminer på det europæiske marked fra EUR 250 mio. i 1995 – det sidste år hvor kartellet var effektivt – til kun EUR 120 mio. i 1998. Tilsvarende fald konstateredes f.s.v.a. de øvrige vitamintyper.

Mens Hoffmann-La Roche og BASF af de amerikanske konkurrencemyndigheder fik bøder på henholdsvis USD 500 mio. og 225 mio. slap Rhône-Poulenc for straf, fordi selskabet som “whistle blower” havde afsløret kartellet.

Også i Europa, Canada og Australien blev virksomhederne idømt bøder. Kommissionen idømte således Hoffmann-La Roche og BASF bøder på henholdsvis EUR 462 millioner og 296 mio.,⁴ mens Rhône-Poulenc med en symbolsk bøde også i Europa blev belønnet for at have angivet de øvrige karteldeltagere.⁵ For Kommissionens vurdering af sagen var det naturligvis en skærpende faktor, at Hoffmann-La Roche og BASF en gang tidligere i 1974 var blevet straffet for ulovlig kartelvirksomhed på markedet for vitaminer, og at det derfor kunne konstateres, at virksomhederne ikke havde lært af fortidens synder.⁶ Dengang var ulovlighederne blevet lækket til Kommissionen af en højtstående medarbejder hos Hoffmann-La Roche.

Afsløringerne havde også personlige konsekvenser for flere af de involverede personer. Ud over at flere blev afskediget i den efterfølgende interne vasken hænder i Hoffmann-La Roche, blev enkelte ansatte også idømt personlige straffe af de amerikanske myndigheder. Disse ansatte indgik efterfølgende juridisk bindende aftaler (plea agreements) med myndighederne om afsoning af mellem tre til fem måneders fængsel i USA samt betaling af personlige bøder på mellem USD 100.000-350.000. Enkelte BASF-ansatte indgik også sådanne aftaler med betydelige personlige bøde- og fængselsstraffe til følge.

Ovennævnte bøder udgjorde ikke den værste økonomiske øretæve for virksomhederne. En lang række kunder følte sig med god grund alvorligt snydt, og straks efter afsløringerne blev der da også bl.a. i USA indledt en række retssager, hvor kunderne krævede erstatning for de overpriser, de havde betalt, mens kartellet var aktivt. Kartelvirksomhederne menes i den forbindelse alene i USA at have indgået forlig med kunder på mere end USD 1 mia. Tilsvarende erstatningssager blev

4. Fordi begge virksomheder efter afsløringen havde samarbejdet med myndighederne blev bøderne ca. 50 procent mindre, end de ellers ville have været.

5. Havde Rhône-Poulenc ikke afsløret kartellet, var selskabet formentlig ifaldet en bødestraf på EUR 113 mio.

6. Dertil kommer, at BASF i andre sager var blevet straffet for at have deltaget i plastikkarteller, ligesom Hoffmann-La Roche tidligere var blevet straffet for at have deltaget i et citronsyrekartel.

indledt andre steder i verden og mange af disse sager er stadig ikke afgjort. I skrivende stund føres således bl.a. en class action-retssag i Australien.⁷

Endelig kommer den alvorlige badwill, en kartelafsløring normalt medfører. Således offentliggjorde det amerikanske magasin *Multinational Monitor* i 1999⁸ en liste med "The Top 100 Corporate Criminals of the 1990s" – ikke overraskende med Hoffmann-La Roche placeret på en suveræn førsteplads.

Som det også er set i andre kartelsager, prøvede Hoffmann-La Roche at forsvare sig med, at topledelsen ikke kendte til det ulovlige kartelsamarbejde. Uanset om dette er rigtigt eller ej, kan det ikke undre, at sagen gav anledning til en betydelig grad af selvansagelse i virksomheden, og siden skandalen har mere end tusind af virksomhedens ledere og mellemledere da også været på efteruddannelse i god forretningsmoral.

Vitaminkartelsagen er et meget godt eksempel på, hvilke risici der lurder, hvis virksomhedens ansatte bevidst eller ubevidst overtræder lovgivningen.

I særlig grad multinationale virksomheder er i dag underlagt et ofte særdeles kompliceret regelsæt i de mange jurisdiktioner, hvori de opererer, og knappe ressourcer gør det ofte vanskeligt at sikre overholdelsen af alle facetter af den linde strøm af lovgivning og afgørelser, der løbende udløber fra de lovgivende og dømmende magter forskellige steder i verden. Virksomheder er derfor typisk nødt til at drive forretning ud fra en kalkuleret risiko om, og med en kvalificeret antagelse af, at de i det store og hele opererer i overensstemmelse med gældende ret. Med henblik på at fastholde stakeholder value er det imidlertid vigtigt, at virksomheden ikke overtræder lovgivningen i et omfang, der risikerer at medføre alvorlige bøde- eller erstatningskrav eller betydelig dårlig omtale med deraf følgende tab af goodwill.

I de senere år er corporate social responsibility vundet stadig større tilslutning – også i juridiske afdelinger⁹ – og der synes at være enighed

7. Se bl.a. Lily Henning's artikel i *Legal Times*, "Vitamin Fight Could Energize Foreign Suits", 26. april 2004.

8. *International Monitor*, "Corporate Crime in the '90s" Volume 20, nr. 7&8, juli/august 1999.

9. Se bl.a. Council of the Bars and Law Societies of the European Union, "Corporate Social Responsibility and the Role of the Legal Profession – a Guide for European Lawyers

om, at målrettet arbejde hermed medvirker til at fastholde og skabe stakeholder value.¹⁰ Fastlæggelse af virksomhedens samfundsansvar samt sociale og etiske profil rækker ud over, hvad virksomheden ifølge lovgivningen er forpligtet til. Corporate social responsibility-retningslinier udgør således interne retningslinier, som virksomheden vælger at følge, fordi dens stakeholders finder dem vigtige.¹¹

Det er lige så vigtigt at overholde sådanne interne retningslinier, som det er at overholde den gældende lovgivning. Overtrædelse af begge regelsæt indebærer nemlig en risiko for virksomheden.¹²

En regulatory risiko kan således defineres som:

Risikoen for en negativ påvirkning af virksomhedens omdømme eller forretningsmål, som følge af overtrædelse af lovgivning og/eller interne retningslinier, der reducerer stakeholders forventning til virksomheden og dermed stakeholder value.¹³

Virksomhedens bestyrelse og direktion samt ikke mindst lederen af juridisk afdeling har behov for at opnå en vis tryghed for, at virksomhedens compliance-niveau er i overensstemmelse med virksomhedens risikostrategi og -villighed. I lyset heraf kan det anbefales, at virksomheden – i tilknytning til de øvrige risk management-programmer der er beskrevet i denne bog – implementerer et regulatory risk management-program i form af en række compliance-programmer, der omhandler den lovgivning og de interne retningslinier, hvor en overtrædelse skønnes at rumme de største risici for virksomheden.¹⁴

Implementeringen af et compliance-program – der naturligvis skal

advising on Corporate Social Responsibility Issues”, september 2003 og Sune Skadegaard Thorsens artikel i Advokaten, “CSR – et nyt rådgivningsområde for advokaten”, nr. 12, 15. december 2003.

10. Se bl.a. Peder Michael Pruzan-Jørgensens artikel i Børsen, “Compliance – ny vin på nye flasker?”, 3. marts 2003.

11. Virksomheders arbejde med den tredelte bundlinie – People, Planet og Profit – er et eksempel herpå. Se i den forbindelse også Peder Michael Pruzan-Jørgensens artikel i Børsen, “Compliance – ny vin på nye flasker?”, 3. marts 2003.

12. Jf. også Jan Schans Cristensen i Advokaten, “Compliance, et væsentligt arbejdsredskab for virksomheder”, nr. 3, 15. marts 2003.

13. Sammenlign med definitionen i PricewaterhouseCoopers, “Integrity-Driven Performance, A New Strategy for Success Through Integrated Governance, Risk and Compliance Management, a White Paper”, 2004.

14. Se Berlingske Tidende, “Danske topchefer føler sig udsatte”, 7. juli 2004.

tilpasses den enkelte virksomheds individuelle forhold – kan forholdsvis hurtigt medvirke til at få hævet virksomhedens compliance-niveau inden for et bestemt område, og i relation til legal risk management udgør et sådant program et vigtigt redskab med henblik på at sikre, at virksomheden løbende overholder lovgivningen og internt fastsatte retningslinier. En tillægsgevinst ved programmerne er endvidere, at de medvirker til at implementere den fornødne juridiske risikokultur i virksomheden som nævnt i kapitel 3, ligesom arbejdet med programmerne ofte bevirker, at virksomheden bliver bedre i stand til at identificere juridiske muligheder.

Compliance-programmer er også et vigtigt redskab i forbindelse med knowledge risk management i juridisk afdeling. Programmerne skal løbende tilpasses og udbygges i forbindelse med virksomhedens og samfundets udvikling og kan således medvirke til en systematisk juridisk videnopbygning inden for de retsområder mv., der er af størst vigtighed for virksomheden. Denne løbende forankring af juridisk viden i en række compliance-programmer medvirker endvidere til at sikre, at en fornuftig videnoverføring kan finde sted i forbindelse med medarbejderudskiftning, ferie eller sygdom, ligesom den videndeling, som programmerne er udtryk for, modvirker, at enkelte interne jurister overbelastes i spidsbelastningsperioder.

Endelig taler det for at implementere compliance-programmer, at de kan medvirke til at påvirke en straf i nedadgående retning, i forhold til hvad virksomheden ellers stod til at ifalde. Forudsat den øverste ledelse ikke har været involveret i overtrædelsen, vil implementeringen af et fornuftigt compliance-program udgøre et stærkt argument i forsøget på at overbevise en dansk domstol om, at virksomheden bør ifalde ingen eller blot en reduceret straf for en ansats lovovertrædelse.¹⁵

Tilsvarende følger det af EU-retspraksis vedrørende bødeberegningen ved overtrædelse af EU's konkurrenceregler, at den omstændighed

15. Således fremgår følgende af bemærkningerne til den seneste ændring af konkurrenceloven (lov nr. 426 af 6. juni 2002): “Det vil efter en konkret vurdering også være en formildende omstændighed ved fastsættelsen af en bøde, hvis en virksomhed gennem et såkaldt compliance-program har gjort – og til stadighed gør – en aktiv indsats for at få alle relevante medarbejdere til at følge lovgivningen, og at overtrædelse er sket på trods af ledelsens tilskyndelse til det modsatte”.

Kap. 5: Regulatory risk management

at virksomhedens har implementeret et konkurrenceretligt compliance-program vil påvirke eventuelle bøder i nedadgående retning.¹⁶

I USA har United States Sentencing Commission¹⁷ udstedt retningslinier,¹⁸ der bl.a. beskriver, hvornår en virksomhed kan gøres ansvarlig for en ansats ulovlige handlinger. I den forbindelse er det værd at bemærke, at Sentencing Commission anbefaler at bøder nedsættes – i nogle tilfælde med op til 95 procent – hvis virksomheden kan dokumentere:

1. at der er sket omgående anmeldelse af lovovertrædelsen til myndighederne,
2. at topledelsen ikke har medvirket i lovovertrædelsen samt
3. at virksomheden har implementeret et effektivt compliance-program.

Også i andre lande vil implementeringen af et compliance-program kunne påvirke strafudmålingen i en for virksomheden positiv retning.

Nedenfor er anført en række generelle anbefalinger til indhold, opbygning og implementering af compliance-programmer, som virksomheden eventuelt kan lade sig inspirere af, ligesom en kort introduktion til compliance er anført vedrørende de retsområder, der i praksis ofte er af størst betydning for virksomheder.

Indhold og opbygning

United States Sentencing Commission kræver syv betingelser opfyldt, før et compliance-program kan anses for effektivt. Disse betingelser synes at være et fornuftigt udgangspunkt for en diskussion om compliance-programmers indhold og opbygning.

De syv betingelser er frit oversat følgende:

16. Jf. C-7/95 John Deere, C-101/99 British Sugar og T-77/92 Parker Pen.

17. United States Sentencing Commission er en uafhængigt kommission etableret af den amerikanske regering, hvis primære rolle består i at udstede retningslinier til de amerikanske domstole, bl.a. i relation til strafudmåling. Se hjemmesiden www.ussc.gov.

18. Federal Sentencing Guideline Manual, Sentencing of Organizations, kapitel 8, 2002.

1. Compliance-programmet skal være egnet til at reducere risikoen for overtrædelser.
2. Compliance-programmets hensigtsmæssighed og effektivitet skal løbende vurderes af virksomhedens ledelse.
3. Delegation af væsentligt compliance-ansvar skal være sket med behørig omhu.
4. Compliance-programmet skal være effektivt kommunikeret til virksomhedens ansatte.
5. Fornuftige kontrolprocedurer skal være implementeret med henblik på løbende identifikation af overtrædelser, ligesom de ansatte skal kunne rapportere opad i organisationen uden frygt for represalier.¹⁹
6. Compliance-programmer skal håndhæves konsekvent af virksomheden overfor de ansatte, herunder ved anvendelse af disciplinarmidler og andre ansættelsesmæssige sanktioner.
7. Hvis en overtrædelse konstateres, skal de fornødne forholdsregler tages, ligesom rettelser eller udbygninger af programmet skal indarbejdes med henblik på at forhindre fremtidige lignende overtrædelser.

Programmets indhold: Compliance-programmets indhold skal være egnet til at reducere risikoen for overtrædelser.

Et compliance-program er ikke en hyldevare men bør altid tilpasses virksomhedens individuelle forhold. Indledningsvis vil det derfor være nødvendigt at kortlægge sidstnævnte før implementering af compliance-programmet. Dette kan fx ske ved, at virksomheden foretager en legal due diligence af relevante aftaler mv. samt identificerer og interviewer compliance-nøglepersoner og analyserer relevante procedurer og arbejdsgange. Når virksomhedens individuelle forhold er kortlagt, udarbejdes compliance-programmet – eventuelt i flere versioner som angivet nedenfor.

Det er vigtigt, at programmet skrives i et sprog, som målgruppen forstår og kan relatere sig til. I branchen almindelige brugte forkortelser, definitioner og termer bør således gå igen i programmet. Hvis det er muligt, kan det i stedet for at skrive tekst ofte anbefales i punktform

19. Se i den forbindelse Jyllands-Posten, "Novo Nordisk bejler til sladrehanke", 8. juli 2004.

og ved hjælp af figurer og tjeklister at beskrive problemstillingerne, og hvordan de ansatte bør agere i konkrete situationer. I den forbindelse fremmer eksempler, som de ansatte kender fra deres daglige arbejde, normalt forståelsen for, hvor grænserne går. Programmets detaljeringsgrad afhænger naturligvis af virksomhedens risikovillighed, og hvor risikofyldt en overtrædelse af reglerne er. Jo højere en konkret risiko er og jo lavere risikovillighed virksomheden har, jo større bør detaljeringsgraden være, og omvendt. Risikerer virksomheden ved en overtrædelse fx at få frataget autorisationen til at drive virksomhed, taler dette for, at programmet har en detaljeringsgrad, der effektivt sikrer, at en overtrædelse ikke finder sted. Afhængig af hvad der skønnes mest hensigtsmæssigt med henblik på at opnå den fornødne gennemslagskraft, kan programmet udleveres til målgruppen i papirform eller fx offentliggøres på virksomhedens intranet.

Det er vigtigt, at compliance-programmet opfordrer de ansatte til at henvende sig til en i programmet angivet kontaktperson ved enhver tvivl om lovligheden af, hvad de påtænker at foretage sig. Tilsvarende henvendelse bør ske, hvis de ansatte på baggrund af deres kendskab til reglerne, identificerer juridiske muligheder – fx muligheden for at klage over en konkurrents konkurrencebegrænsende adfærd.

Det kan ofte vise sig relevant for at den compliance-ansvarlige at udarbejde en oversigt over hvilke interne og eksterne kilder virksomheden indhenter compliance-oplysninger fra, og hvem oplysningerne videregives til.²⁰ En sådan oversigt, der viser videnstrømmene i virksomheden, kaldes en knowledge map og udgør et godt redskab med henblik på at forankre compliance-viden i virksomheden.

Vedrører compliance-programmet lovgivning, hvor der kan forekomme kontrolbesøg af offentlige myndigheder, bør compliance-programmet vedlægges en manual, der beskriver virksomhedens rettigheder og forpligtelser i relation hertil.

Sammenfattende kan et compliance-program således med fordel opbygges som følger:

1. Forord/politik.
2. Indledning med en beskrivelse af compliance-organisationen og

20. Se bl.a. Berlingske Tidende, "Viden skal gøres håndgribelig", 4. februar 2004.

hvem der har ansvaret for hvad. Et organisationsdiagram kan eventuelt vedlægges som bilag.

3. En læsevenlig beskrivelse af de relevante regler særligt møntet på virksomhedens individuelle forhold, herunder diverse eksempler, tjeklister, standarddokumenter og –aftaler. I eksemplerne på compliance-programmer, der er anført senere i dette kapitel, er angivet konkrete forslag til indholdet af de enkelte compliance-programmer.
4. En beskrivelse af relevante rutiner og procedurer.
5. En beskrivelse af relevante rapporteringsforpligtelser.
6. Relevante interne og eksterne kontaktpersoner og videnstrømme. Eventuelt vedlægges som bilag en knowledge map.
7. En beskrivelse af hvilke retningslinier, der skal følges af virksomhedens ansatte i forbindelse med kontrolbesøg af myndighederne.²¹ De relevante regler, der normalt anføres i en såkaldt dawn raid-manual, kan eventuelt indarbejdes i en fælles manual, som gælder for forskellige offentlige myndigheders kontrolbesøg/dawn raids.
8. En beskrivelse af en eventuel forsikringsdækning, herunder en eventuel selvrisiko og/eller dækningsbegrænsning.
9. En beskrivelse af, hvordan programmet implementeres i virksomheden. Retningslinier for eventuel indledende legal due diligence samt relevante tjeklister, handlingsplaner, aktionslister og uddannelsesplaner vedlægges som bilag.
10. Retningslinier for løbende opdatering og kontrol.

Løbende overvågning: Compliance-programmets relevans og effektivitet skal løbende vurderes af virksomhedens ledelse som også beskrevet i kapitel 3. Et fornuftigt compliance-program har en overvågnings- og vedligeholdelsesfunktion indbygget, således at det løbende tilpasses og udbygges i takt med virksomhedens og samfundets udvikling.

Ud over den løbende opdatering, kan det anbefales, at programmet mindst én gang årligt tages op til revision. Dette kan eventuelt ske i forbindelse med, at lederen af juridisk afdeling skal rapportere til bestyrelsen jf. nedenfor. Virksomhedens faste advokat(er) sammen med

21. Se også kapitel 8 om legal privilege og virksomhedens dokumenthåndtering.

en eventuel compliance-gruppe, jf. nedenfor vil ofte bistå med relevant input i denne overvågningsproces.

Virksomheden vil ofte have mulighed for at hente branchespecifik inspiration gennem en sammenligning af programmet med andre virksomheders tilsvarende programmer.

Delegering af compliance-ansvar: Delegation af compliance-ansvar bør ske med behørig omhu.

Det er vigtigt, at alle virksomhedens ansatte føler ansvar i relation til compliance. Dette er også årsagen til, at mange compliance-programmer indledes med et forord/politik, hvori virksomhedens holdninger og programmets vigtighed beskrives, ligesom det pointeres, at virksomheden lægger stor vægt på, at de ansatte aktivt medvirker til at sikre, at den pågældende lovgivning eller de pågældende interne retningslinier overholdes. For at sikre at programmet får den fornødne gennemslagskraft, underskrives forordet/politikken normalt både af virksomhedens CEO og af lederen af juridisk afdeling.

Alt afhængig af virksomhedens individuelle forhold, kan det ofte anbefales, at et compliance-program opdeles i en række versioner, der er særligt tilpasset den målgruppe, som programmet henvender sig til. Den "lette" version kan fx vedrøre overholdelse af grundlæggende regler, som de fleste ansatte i udvalgte afdelinger bør have kendskab til. Fx bør de ansatte i en salgs- og marketingafdeling vide, at kartelaftaler, markedsdelingsaftaler og aftaler om bindende videresalgspriser er ulovlige og ikke må indgås.

I den mellemtunge version kan anføres en mere udførlig beskrivelse af reglerne. Denne version kan fx være rettet mod chefer og andre med ledelsesansvar, for hvem reglerne er af relevans i det daglige arbejde.

Den tunge version, der normalt har karakter af en database, indeholder al den juridiske viden, som virksomheden løbende opbygger inden for det pågældende compliance-område. Al generel juridisk rådgivning,²² som virksomheden løbende modtager, bør således struktureres og indlægges i denne database, mens relevante dele heraf også kan indarbejdes i de lettere versioner. Det vil ofte være den øverste ansvar-

22. Se definitionen heraf i kapitel 2.

lige for compliance-programmet, der har ansvaret for løbende at holde databasen opdateret.

Det er naturligvis vigtigt at compliance-ansvaret er klart placeret, og compliance-programmet bør derfor udførligt beskrive ansvarsforholdene, ligesom et organisationsdiagram med fordel kan vedlægges som et bilag.²³ Ofte vil det være en jurist i juridisk afdeling, der har det overordnede ansvar for at implementere compliance-programmet i virksomheden samt herefter at opdatere og føre kontrol hermed – typisk med løbende sparring med og bistand fra de øvrige jurister i juridisk afdeling og virksomhedens faste advokat.

Det kan ofte anbefales at etablere et compliance-gruppe internt i virksomheden med en række medlemmer fra relevante afdelinger og den faste advokat som medlem. Efter behov kan gruppen holde møder med henblik på at identificere eventuelle mangler ved programmet, som bør adresseres, eller konkrete problemstillinger der bør løses.

Den compliance-ansvarlige vil normalt rapportere til lederen af juridisk afdeling, der løbende vil rapportere til virksomhedens ledelse.

Som også angivet i kapitel 3, kan det anbefales, at lederen af juridisk afdeling mindst én gang årligt rapporterer til bestyrelsen²⁴ om virksomhedens legal risk management-situation, hvor som et underpunkt indgår virksomhedens compliance-situation.

Effektiv kommunikation: Compliance-programmet skal kommunikeres effektivt til virksomhedens ansatte. Med henblik på at sikre, at programmet læses, kan det overvejes at gøre brug af standarderklæringsformularer, i henhold til hvilke de ansatte erklærer at have modtaget og forstået de i programmet anførte regler. Dette kan med fordel ske i forbindelse med ansættelsen.

Ud over at programmets sprog og kommunikationen heraf som nævnt ovenfor skal tilpasses den målgruppe, det henvender sig til, er det normalt påkrævet i forbindelse med implementeringen af et compliance program, at der fastlægges en plan for compliance-uddannelse af udvalgte grupper af ansatte. En sådan uddannelsesplan beskriver normalt

23. Et eksempel på en compliance-organisation er vist på side 21 i Advokatsamfundets vejledning om compliance-programmer.

24. Eller alternativt til et risk management-udvalg under bestyrelsen som nævnt i kapitel 1 og 3.

både den påkrævede uddannelse i forbindelse med implementeringen af programmet og den nødvendige løbende efteruddannelse i tiden fremover. Formålet hermed er at sikre, at de rigtige ansatte uddannes i compliance på det rigtige tidspunkt i deres karriere.

Afholdelse af seminarer hvor underviser og elever mødes fysisk er naturligvis at foretrække. Andre og billigere former for undervisning, herunder fjernundervisning via internet, intranet eller e-mails, kan imidlertid også vise sig effektive – specielt hvad angår grundlæggende uddannelse i compliance. Under seminarer, er det ofte en effektiv indlæringsmetode at anvende rollespil, hvor deltagerne med udgangspunkt i almindelige arbejdssituationer udsættes for forskellige relevante compliance-scenarier. Derved får deltagerne mulighed for at relatere reglerne til situationer, som de kender fra dagligdagen, hvilket alt andet lige fremmer indlæringen.

Identifikation af overtrædelser: Fornuftige kontrolprocedurer bør implementeres med henblik på løbende identifikation af overtrædelser.

De udpegede compliance-ansvarlige har normalt til ansvar at føre løbende kontrol med, at de forskellige dele af programmet overholdes.

Bestyrelsen, ledelsen og lederen af juridisk afdeling bør naturligvis også løbende føre den fornødne kontrol, herunder gennem den løbende rapportering der finder sted. Det er i den forbindelse vigtigt, at de ansatte, som også fremhævet i Sarbanes-Oxley Act, har mulighed for at rapportere opad i organisationen uden frygt for repressalier. Det kan anbefales, at dette fremgår eksplicit af programmet.

Nogle gange kan det som også nævnt i kapitel 3 være relevant at gennemføre interne kontrolbesøg eller due diligence-undersøgelser med henblik på at kontrollere virksomhedens compliance-beredskab. Sådanne aktioner anvendes ofte med henblik på at teste beredskabet i de enkelte koncernselskaber.

Endelig kan det for særligt vigtige compliance-programmers vedkommende være formålstjenligt årligt at lade de compliance-ansvarlige underskrive erklæringer, hvori de bekræfter, at de compliance-programmer, som de er ansvarlige for, er korrekt implementeret, herunder at ingen compliance-issues udestår. Sådanne erklæringer kan medvirke til, at arbejdet med compliance prioriteres i det daglige arbejde.

Konsekvent håndhævelse: Compliance-programmet skal konsekvent håndhæves af virksomheden overfor de ansatte.

Virksomheden må således ikke se igennem fingre med, at de ansatte overtræder programmet. Sker dette flere gange bør det føre til afskedigelse af de pågældende ansatte, ligesom denne sanktion også bør finde anvendelse ved enkeltstående grove overtrædelser, der i betydelig grad risikerer at påvirke stakeholder value negativt.

Det er i den forbindelse relevant at bemærke, at det normalt vil påvirke et bødeniveau i nedadgående retning, hvis virksomheden viser handlekraft og i forbindelse med den interne oprydning efter en sådan grov overtrædelse, straks foretager afskedigelse af de ansatte, der har overtrådt reglerne. Sådanne bødenedsættelser er da også foretaget i en lang række konkurrenceretlige sager, herunder i den i indledningen nævnte vitaminkartelsag.

Løbende tilretning: Konstateres en overtrædelse, skal de fornødne forholdsregler tages og rettelser eller udbygninger af programmet foretages med henblik på at forhindre fremtidige lignende overtrædelser.

Som eksempel kan nævnes, at A.P. Møller – Mærsk efter SAS/Mærsk Air-sagen, hvor de to selskaber i 2001 af Kommissionen blev idømt bøder på henholdsvis DKK 292 mio. og 97 mio. for at have indgået hemmelige markedsdelingsaftaler, fandt det hensigtsmæssigt at udpege en advokat som konkurrenceretlig compliance-officer.

Implementering i multinationale virksomheder

Det kan normalt anbefales, at implementeringen af compliance-programmer i en koncern styres fra centralt hold – fx af koncernjuridisk afdeling. Det er imidlertid af stor vigtighed, at opgaven lokalt opnår den fornødne prioritet og forankring samt at de ansatte føler ansvar i relation hertil.

Det ses ofte, at store multinationale (amerikanske) virksomheder sender legal questionnaires til advokatfirmaer i en lang række forskellige jurisdiktioner med henblik på at kortlægge lovgivningen på et bestemt retsområde. Derved har virksomheden muligheden for at finjustere sine aktiviteter, således at den ikke går længere end lovgivningsmæssigt påkrævet i hver enkelt jurisdiktion.

Der kan stilles spørgsmål ved, om dette er en rigtig fremgangsmåde ud fra en cost-benefit betragtning, ligesom der uvægerligt synes at være risiko for, at der opstår problemer og misforståelser, hvis en koncern opererer med forskellige compliance-standarder i sine i forskellige lande placerede koncernselskaber.²⁵

Da dansk lovgivning i international sammenligning befinder sig på et højt udviklingsniveau, vil en overholdelse af bestemte dele af dansk lovgivning ofte indebære, at virksomheden på disse lovgivningsområder opererer lovligt også uden for Danmarks grænser. Hvis virksomheden således i forbindelse med sine aktiviteter i udlandet overholder de principper, der fx fremgår af den danske konkurrence-, markedsførings- og persondatalovgivning, minimeres risikoen i betydelig grad for, at virksomheden overtræder en tilsvarende udenlandsk lovgivning. I mange tilfælde vil et (dansk) compliance-program derfor med fordel kunne rulles ud globalt i hele virksomheden, hvorved hele organisationen bliver fortrolig med ordlyden og brugen heraf. En sådan global implementering bør naturligvis kun ske, hvis det i de enkelte lande giver forretningsmæssig mening. Er de(n) lokale forhold og lovgivning betydelig anderledes end forudsat i compliance-programmet, således at virksomhedens konkurrenceevne bliver væsentligt forringet, hvis den implementerer programmet, taler dette for, at virksomheden i de(t) pågældende land(e) vælger ikke at implementere programmet eller alternativt blot at implementere dele heraf.

Normalt vil det være påkrævet at lade lokale jurister/advokater gennemgå (det danske) compliance-program med henblik på at undersøge, om eventuelle lokale rettelselser og tilføjelser hertil bør indarbejdes. At tage udgangspunkt i det danske program, vil ofte vise sig betydeligt billigere end at lade lokale advokater udarbejde et "nationalt" compliance-program fra bunden, ligesom det kvalitetsmæssige resultat i mange tilfælde bliver bedre, fordi de lokale advokater kan lade sig inspirere af det danske udkast.

25. Se også Global Counsel, "Compliance management in a global environment", 1. september 2001.

Udvalgte retsområder

Indledning

Det er vanskeligt og tidskrævende for juridisk afdeling, hvis den uden at kunne hente inspiration udefra får til opgave i virksomheden at implementere et compliance-program inden for et bestemt retsområde eller emne.

Virksomheden har imidlertid mulighed for at trække på ekstern bistand med henblik på at opnå sikkerhed for, at den overholder den gældende lovgivning. En række advokatfirmaer – også danske – arbejder således målrettet med udviklingen af compliance-programmer og kan således tilbyde compliance-rådgivning inden for alle retsområder.

Disse firmaer har endvidere typisk udviklet egentlige compliance-programmer indenfor en række retsområder, som med den fornødne tilpasning til virksomhedens individuelle forhold umiddelbart kan implementeres i de fleste virksomheder. Ofte vil det endvidere være muligt med disse advokatfirmaer at aftale en abonnementsordning, hvorved virksomheden får mulighed for løbende at modtage opdateringer til sine compliance-programmer.

Nedenfor er anført generelle anbefalinger til indholdet af compliance-programmer inden for en række forskellige retsområder, der normalt er af relevans for virksomheder. Ud over at angive et forslag til indholdet af et compliance-program, er de materielle regler også beskrevet i hovedlinier for de retsområder, der skønnes af størst betydning i praksis. Beskrivelsen tager sigte på virksomheder med aktiviteter i udlandet, hvorfor udenlandske regler i et vist omfang også er nævnt.

Arbejdsret, arbejdsmiljø og arbejdssikkerhed

Ligesom overtrædelser af konkurrencereglerne og produktansvarsreglerne som nævnt nedenfor risikerer at medføre store erstatningskrav, udgør også arbejdstagerrelaterede erstatningskrav en stor risiko i USA og en voksende risiko i Europa.

Således fremgår det af en liste offentliggjort af Marsh i november 2003,²⁶ at de tre største arbejdstagerrelaterede erstatninger udbetalt i USA i slutningen af halvfemserne var på henholdsvis USD 508 mio. (Voice of America), USD 192 mio. (Coca-Cola) og USD 176 mio. (Tex-

26. Se Marsh Risikoorientering, "Employment Practices Liability", nr. 4, november 2003.

aco). Mens den første sag vedrørte kønsdiskrimination,²⁷ vedrørte de to sidstnævnte sager race-diskrimination. Andre sager, der i USA har givet anledning til millionerstatninger i USD, er uretmæssig afskedigelse, aldersdiskrimination og sexchikane.²⁸

P.t. kører i USA en class action-retssag mod verdens største supermarkedskæde Wal-Mart,²⁹ som seks kvinder har anlagt på vegne af op til 1,6 mio. tidligere og nuværende kvindelige Wal-Mart-ansatte. Kvinderne mener, at Wal-Mart har udøvet kønsdiskrimination f.s.v.a. lønninger, forfremmelser og videreuddannelser. De henviser bl.a. til, at Wal-Mart rutinemæssigt ansætter kvinder i stillinger med ringe chancer for forfremmelse, samt at kvinder udgør to tredjedele af den timelønnede arbejdsstyrke, mens kun en tredjedel af disse kvinder efterfølgende bliver forfremmet til almindeligt lønnede lederstillinger. Wal-Mart prøvede indledningsvis at forsvare sig med, at beslutninger om løn, forfremmelser og videreuddannelse bliver truffet lokalt. I stedet for en class action-retssag burde sagerne ifølge Wal-Mart således føres lokalt af de berørte ansatte. Med henvisning til, at en virksomhedskultur ofte slår igennem i alle grene af en koncern og potentielt kan resultere i kønsdiskrimination, tillod dommeren, at class action-retssagen kan fortsætte – potentielt med et USD milliardkrav mod Wal-Mart til følge. I lyset af at der for øjeblikket verserer en række andre arbejdstagerrelaterede retssager mod Wal-Mart, bl.a. vedrørende overbebyrdelse og underbetaling af de ansatte og brug af illegale indvandrere som rengøringsfolk, kan det ikke undre, at Wal-Mart netop har etableret en compliance-gruppe og lanceret en storstilet public relations-kampagne i et forsøg på at forbedre sit image.

Også i Europa har arbejdstagerrelaterede sager ifølge Marsh bevirket store erstatninger, og risikoen for at virksomheder ifalder et erstatningsansvar er stigende bl.a. pga. kommende EU-lovgivning. Således

27. Senest har Wall Street-banken Morgan Stanley og flyfabrikken Boeing indgået forlig om betaling af henholdsvis USD 54 mio. og USD 72,5 mio. som følge af kønsdiskrimination i form af mindre i løn og færre avancemuligheder for de kvindelige ansatte – se Berlingske Tidende, “USA-bank betaler dyrt for kønsdiskrimination”, 15. juli 2004 og Børsen, “Boeing betaler i kønsdiskrimineringsag”, 16. juli 2004.

28. Se også United States Equal Employment Opportunity Commission’s hjemmeside www.eeoc.gov. Via hjemmesiden kan downloades en compliance manual, der kan være til inspiration i forbindelse med udarbejdelse af virksomhedens arbejdsretlige compliance-program.

29. Se The Economist, “Trail by checkout”, 26. juni 2004.

har Goldman Sachs i England måttet udbetale en erstatning på GBP 10 mio. pga. racediskrimination, ligesom Kanton Basel i Schweiz har måttet betale CHF 23 mio. i en sag om ligeløn. I Europa har sager om kønsdiskrimination, uretmæssig afskedigelse og karrierebegrænsninger også udløst store erstatninger.

Muligheden for at opnå erstatning er ikke så gode i Danmark, som i andre lande vi normalt sammenligner os med. Således udløser en "normal" sag om sexchikane blot ca. DKK 25.000 i erstatning, hvorimod grovere tilfælde typisk kan typisk udløse en erstatning op til DKK 100.000. Er der derimod tale om erstatning til en lang række ansatte, risikerer erstatningsbeløbende også i Danmark at blive betydelige. Således blev konsekvensen af en voldgiftsafgørelse afsagt af tre højesteretsdommere (den såkaldte Danfoss-sag), at Danfoss måtte betale en million-erstatning til en række kvinder, fordi Danfoss fandtes at have et uigennemsigtigt lønsystem, der diskriminerede de kvindelige ansatte.

Arbejdsretlige regler kan normalt opdeles i følgende kategorier, som et compliance-program med fordel også kan opbygges efter:

1. Diskriminations- og chikanereglerne
2. Kollektive overenskomster
3. Ansættelsesprocedurer
4. Forhold under ansættelsen
5. Afskedigelse
6. Bortvisning
7. anbefalinger og referencer
8. Erhvervsbegrænsningsklausuler
9. Arbejds miljø og -sikkerhed

Da de arbejdsretlige regler er særdeles omfangsrige³⁰ er konkrete forslag til det nærmere indhold af compliance-programmet blot beskrevet i hovedlinier nedenfor.

Diskriminations- og chikanereglerne: Som det fremgår af de indledningsvist anførte eksempler, er det fra et risikosynspunkt særdeles vig-

30. Hjemmesiden www.arbejdsretsportalen.dk indeholder en veludbygget database med dansk arbejdsretlig lovgivning og retspraksis samt diverse links til internationale organisationer af arbejdsretlig relevans.

tigt, at virksomheden sikrer compliance i relation til diskriminations- og chikanereglene.

Reglerne er i vidt omfang EU-harmoniserede gennem følgende direktiver, der skal være fuldt implementerede i alle EU-lande inden udgangen af december 2006:³¹

1. Direktivet om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (herefter betegnet "ligebehandlingsdirektivet")³²
2. Direktivet om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race og etnisk oprindelse (herefter betegnet "racedirektivet")³³
3. Direktivet om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (herefter betegnet "arbejdsmarkedsdirektivet")³⁴

Når direktiverne er fuldt implementerede i EU, vil det være muligt for virksomheder at operere med en anti-diskriminations- og anti-chikanepolitik, der kan finde anvendelse på tværs af medlemsstaterne, ligesom politikken med små tilretninger vil kunne finde anvendelse i USA.

Normalt sondres mellem følgende fire former for diskrimination i relation til køn, race, etnisk oprindelse, seksuelle tilbøjeligheder, religion, handicaps og alder:

1. Direkte diskrimination
2. Indirekte diskrimination

31. To af direktiverne samt visse dele af beskæftigelsesdirektivet har implementeringsdeadlines, der ligger før denne dato.

32. Rådets direktiv af 9. februar 1976 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af mænd og kvinder for så vidt angår adgang til beskæftigelse, erhvervsuddannelse, forfremmelse samt arbejdsvilkår (76/207/EF) (EF-Tidende nr. L 269 af 5. oktober 2002 s. 15-20) med senere ændringer.

33. Rådets direktiv af 29. juni 2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race og etnisk oprindelse (2000/43/EF) (EF-Tidende nr. L 180 af 19. juli 2000 s. 22-26).

34. Rådets direktiv af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om ligebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv (2000/78/EF) (EF-Tidende nr. L 303 af 2. december 2000 s. 16-22).

3. Chikane, herunder sex chikane
4. Repressalier, fx efter klager

Compliance-programmet kan med fordel tage udgangspunkt i disse sondringer i forbindelse med beskrivelse af sådanne eksempler, der i lyset af virksomhedens individuelle forhold vil være relevante.

De ansatte bør have nem adgang til at klage over diskrimination eller chikane uden frygt for repressalier. I store virksomheder kan det eventuelt vise sig hensigtsmæssigt at etablere en "hotline".

I tilfælde af klager bør virksomheden naturligvis straks reagere, idet virksomheden i modsat fald risikerer at ifalde et erstatningsansvar. De relevante procedurer for behandling af klager kan med fordel beskrives i compliance-programmet.

Kollektive overenskomster: Relevante regler i eventuelle kollektive overenskomster bør naturligvis fremgå af compliance-programmet, herunder en beskrivelse af:

1. Medlemskab af arbejdsgiverforening
2. Hovedaftale
3. Overenskomster
4. Lokalaftaler/samarbejdsaftaler
5. En beskrivelse af lokale kutymer
6. En beskrivelse af konflikthåndteringsreglerne, herunder procedurerne for anmodning om fællesmøde, indbringelse for arbejdsretten, mv. Relevante tjeklister kan eventuelt vedlægges som bilag.

Ansættelsesprocedurer: Følgende kan med fordel fremgå af compliance-programmet vedrørende ansættelse af medarbejdere:

1. Indholdet af stillingsannoncer. Relevante eksempler på hvad virksomheden henholdsvis må og ikke må skrive, bør fremgå. En skabelon kan eventuelt vedlægges som et bilag.
2. En beskrivelse af de interne procedurer for behandling af ansøgninger. Relevante tjeklister kan eventuelt vedlægges som bilag.
3. Ansættelsessamtalen. Relevante eksempler på hvad ansættelsespanelet henholdsvis må og ikke må spørge om, bør fremgå. En liste med de spørgsmål, der skal stilles med henblik på at indhente

relevante oplysninger om kandidaten, kan med fordel vedlægges som bilag.

4. En beskrivelse af de kriterier ansættelsespanelet lovligt må lægge vægt på i forbindelse med valget af ny medarbejder samt en opregning af sådanne kriterier, ansættelsespanelet ikke må lade sig påvirke af.
5. Ansættelsesaftalen bør naturligvis indeholde relevante bestemmelser og samtykker. Diverse standardansættelsesaftaler for forskellige medarbejdergrupper vedlægges som bilag.³⁵

Forhold under ansættelsen: Følgende kan med fordel fremgå af compliance-programmet i relation til vilkår under ansættelsen:

1. Virksomhedens personalepolitik
2. Virksomhedens e-mail- og internetpolitik³⁶
3. En beskrivelse af lønvilkårene, herunder regler om ligeløn, fuldtid, deltid, flextid, overtid samt eventuelle bonus- og andre incitamentsprogrammer.³⁷
4. En beskrivelse af arbejdstidsreglerne.
5. En beskrivelse af de relevante orlovsregler i forbindelse med graviditet, barsel, adoption, uddannelse, kronisk sygdom i nærmeste familie samt reglerne om forældre- og fædreorlov. Relevante standarddokumenter bør vedlægges som bilag.
6. En beskrivelse af de relevante sygdoms- og fraværsregler, herunder i forbindelse med børns sygdom, sygdom under graviditet og fødsel, behandling i forbindelse med sygdom, andet lovligt forfald mv.
7. En beskrivelse af de relevante ferieregler, herunder regler om fe-

35. I Danmark risikerer en mangelfuld ansættelseskontrakt jf. ansættelsesbevisloven at udløse et godtgørelseskrav på typisk DKK 5.000 eller 10.000. Disse regler har givet anledning til kritik – se fx Jyllands-Posten, “Arbejdsgivere føler sig afpresset”, 2. april 2003.

36. Nedenfor er angivet et forslag til indholdet af et persondataretligt compliance-program.

37. Højesterets dom i foråret 2004 om Novo Nordisks aktieoptions-programmer bevirkede formentlig, at en række danske virksomheder tager deres aktieoptionsprogrammer op til fornyet overvejelse. Dommen betyder, at en medarbejder, i hvert fald ved visse typer af optionsprogrammer, har ret til at tage optjente optioner med sig, når han/hun forlader virksomheden, uanset at optionsprogrammet måtte bestemme noget andet. Behandling af aktieoptioner ved et ansættelsesforholds ophør, er efterfølgende blevet særskilt lovreguleret, således at medarbejderen nu som udgangspunkt bevarer retten til optjente optioner i tilfælde af afskedigelse, men ikke hvis han/hun selv siger op.

riegotgørelse, ferie med løn, ferietillæg, overførsel af ferie, samt placering og varsling af ferie.

8. En beskrivelse af regler for gennemførsel af væsentlige ændringer i ansættelsesforholdet (væsentlige vilkårsændringer), herunder reduktion af løn, højere arbejdstid, reduktion af ansvar/kompetence, anden geografisk placering mv.
9. Regler og procedurer for afholdelse af medarbejderudviklingssamtaler. Relevante skabeloner vedlægges som bilag.
10. En beskrivelse af relevante sanktionsformer, herunder procedurer for praktisk gennemførelse heraf i form af medarbejdersamtale, udarbejdelse af referat, advarsel/påtale mv. Relevante tjeklister vedlægges som bilag.
11. Endelig bør eventuelle relevante insider-regler beskrives.³⁸

Afskedigelse: Følgende kan med fordel fremgå af compliance-programmet i relation til afskedigelse af ansatte:

1. En beskrivelse af de relevante opsigelsesvarsler.
2. En beskrivelse indeholdende eksempler på henholdsvis lovlige og ulovlige kriterier, med henblik på at foretage en saglig afskedigelse.
3. Med udgangspunkt i virksomhedens individuelle forhold bør selve opsigelsesproceduren beskrives, herunder risikoafvejningen og godtgørelsesreglerne, samt reglerne om fritstilling og suspension. En tjekliste kan med fordel vedlægges som bilag.
4. En beskrivelse af reglerne om medarbejdere med særlig status (sikkerheds- og tillidsmandsrepræsentanter, samt medarbejdervalgte bestyrelsesrepræsentanter), herunder særlige varsler og godtgørelser i forbindelse med afskedigelser.
5. En standardfratrædelsesaftale vedlægges som bilag.

Bortvisning: Med udgangspunkt i virksomhedens individuelle forhold bør compliance-programmet indeholde en beskrivelse af, hvornår en grov misligholdelse af ansættelsesforholdet antages at foreligge, hvorved virksomheden lovligt kan hæve ansættelsesaftalen. Endvidere bør retningslinier til brug i forskellige almindeligt forekommende situatio-

38. Alternativt kan der henvises til virksomhedens børs- og selskabsretlige compliance-program som beskrevet nedenfor.

ner angives, ligesom relevante eksempler og tjeklister bør vedlægges. Endelig bør dette afsnit indeholde en beskrivelse af retsvirkningen af virksomhedens passivitet.

Anbefalinger og referencer: Det kan normalt anbefales, at compliance-programmet indeholder retningslinier og skabeloner til udarbejdelse af anbefalinger til og referencer på tidligere ansatte mv. Derved anvender de ansatte ikke så megen tid herpå, ligesom virksomheden eksternt vil fremstå mere professionel.

Erhvervsbegrænsningsklausuler: En beskrivelse af relevante regler om erhvervsbegrænsningsklausuler, herunder konkurrence- og kunde-klausuler samt andre erhvervsbegrænsende klausuler. Såfremt virksomheden ønsker at gøre brug af sådanne klausuler f.s.v.a. bestemte medarbejdergrupper, kan en politik herfor og relevante standardklausuler med fordel vedlægges i et bilag med henblik på brug i udvalgte ansættelsesaftaler.

Arbejdsmiljø og -sikkerhed: Reglerne om arbejdsmiljø og -sikkerhed³⁹ er i EØS i vidt omfang harmoniseret gennem EU-lovgivning. Reglerne tilstræber at skabe et sikkert og sundt arbejdsmiljø, der til enhver tid er i overensstemmelse med den tekniske og sociale udvikling i samfundet.⁴⁰

Compliance-programmet bør naturligvis beskrive de for virksomheden relevante regler, hvilket med fordel kan ske under følgende overskrifter, der svarer til opdelingen i de relevante EU-retsakter:

1. Virksomhedens arbejdsmiljø- og arbejdssikkerhedspolitik
2. Generelle regler om arbejdsmiljø og -sikkerhed
3. Beskyttelse af bestemte grupper af ansatte, fx gravide kvinder og unge mennesker
4. Sikkerhed på arbejdspladsen

39. Arbejdsmiljøreglerne samt diverse vejledninger fremgår af Arbejdstilsynets hjemmeside www.at.dk. På siden findes også links til Det Europæiske Arbejdsmiljøagentur samt til arbejdsmiljømyndigheder i en lang række andre lande, herunder USA. Reglerne om arbejdsskader er beskrevet på Arbejdsskadestyrelsens hjemmeside www.ask.dk.

40. Jf. § 1 i arbejdsmiljøloven.

5. Sikkerhed ved arbejdsmetoder og –udstyr
6. Sikkerhedsaspekter ved brug af kemiske eller biologiske stoffer
7. Arbejdstid

De fleste landes myndigheder har ret til at aflægge virksomheden kontrolbesøg med henblik på at kontrollere virksomhedens arbejdsmiljø og -sikkerhed. Virksomhedens rettigheder og forpligtelser i den forbindelse kan med fordel beskrives i en dawn raid-manual.

I lyset af ovennævnte kan det anbefales, at virksomheden, hvis den har datterselskaber med mange ansatte i en række forskellige lande, herunder specielt USA og andre lande inspireret af common law, implementerer et arbejdsretligt compliance-program med henblik på at imødegå risikoen ved overtrædelser af de arbejdstagerrelaterede regler.

Ud over de generelle forslag til indholdet af compliance-programmer, der er anført indledningsvis i dette kapitel, kan konkrete forslag til indholdet af et arbejdsretligt compliance-program opsummeres som følger:

1. Virksomhedens personalepolitik, herunder anti-diskriminations- og anti-chikanepolitik, e-mail- og internetpolitik, arbejdsmiljø- og arbejdssikkerhedspolitik mv.
2. En beskrivelse af compliance-organisationen og hvem der har ansvaret for hvad. Endvidere bør vedlægges en beskrivelse af relevante regler om organer med medarbejderrepræsentation, herunder sikkerhedsudvalg, samarbejdsudvalg og eventuelt medarbejderrepræsentation i bestyrelsen.⁴¹ Diverse organisationsdiagrammer kan eventuelt vedlægges som bilag.
3. En beskrivelse af diskriminations- og chikanereglerne.
4. En beskrivelse af eventuelle kollektive overenskomster
5. En beskrivelse af reglerne for ansættelsesprocedurer.
6. En beskrivelse af diverse regler vedrørende det løbende ansættelsesforhold.
7. En beskrivelse af afskedigelsesreglerne.
8. En beskrivelse af procedurer og konsekvenser i tilfælde af bortvisning.

41. Se endvidere nedenfor om børs- og selskabsretlig compliance.

Kap. 5: Regulatory risk management

9. En beskrivelse af retningslinierne for udarbejdelse af anbefalinger og referencer.
10. En beskrivelse af og retningslinier for brug af erhvervsbegrænsningsklausuler.
11. En beskrivelse af relevante arbejdsmiljø og -sikkerhedsregler.
12. Diverse standardansættelsesaftaler og -fratrædelsesaftaler samt tjeklister og skabeloner vedlægges som bilag. Endvidere gives eksempler på relevante ansvarsfraskrivelser⁴² vedrørende arbejdsmiljø- og arbejdssikkerhed til brug i aftaler med tredjemand.
13. Forsikringsdækning: Virksomheden kan eventuelt vælge at forsikre sig mod arbejdstagerrelaterede krav, herunder et eventuelt personligt bøde- og erstatningsansvar mod ledelsen. Forsikringsordningen – samt en eventuel selvrisiko og dækningsbegrænsninger – bør beskrives i compliance-programmet.

Børs- og selskabsret

Som beskrevet i kapitel 4, er det med henblik på at hindre et hæftelsesgennembrud vigtigt, at virksomheden sikrer sig, at alle selskabsretlige formaliteter løbende overholdes. Overholdes disse formaliteter ikke, opstår der risiko for, at virksomhedens risikospredningsstrategi ikke kan stå for en juridisk prøvelse.

Selskaber, der er børsnoterede, er endvidere underlagt de børsretlige regler. Selskaber noteret på Fondsbørsen, er forpligtet til at overholde værdipapirhandelsloven, hvis regler suppleres af en række bekendtgørelser samt Fondsbørsens Håndbog for udstedere.⁴³ Danske selskaber, hvis aktier er noteret på børserne i London⁴⁴ og/eller New York,⁴⁵ skal overholde henholdsvis den engelske og amerikanske børslovgivning, samt de yderligere regler, der er udstedt af de respektive børser. En overtrædelse af reglerne risikerer at medføre påtale, bøde, suspension

42. Se også beskrivelsen heraf i kapitel 6.

43. Se Fondsbørsens hjemmeside www.cse.dk/kf/regler.

44. Se London Stock Exchange's hjemmeside www.londonstockexchange.com, hvor diverse vejledninger om reglerne kan downloades.

45. Se New York Stock Exchange's hjemmeside www.nyse.com, hvor New York Stock Exchange Listed Company Manual kan downloades.

eller sletning fra notering⁴⁶ ligesom dette naturligvis risikerer at medføre manglende investortillid, hvorved selskabets mulighed for til at tiltrække kapital forringes.

Med henblik på at sikre compliance med disse regelsæt, kan det anbefales at implementere et børs- og selskabsretligt compliance-program. Er et selskab ikke børsnoteret, vil blot den selskabsretlige del af programmet være relevant.

En beskrivelse i compliance-programmet af de selskabsretlige regler kan med fordel opdeles i følgende afsnit:

1. Aktiebog, meddelelsesprotokol og fortegnelse over ledende medarbejdere
2. Medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer
3. Afholdelse af bestyrelsesmøder
4. Afholdelse af generalforsamling
5. Oplysningsforpligtelser

Nedenfor er i hovedlinier angivet de regler, der gælder for danske aktieselskaber. Såfremt virksomheden har udenlandske koncernselskaber, bør de selskabsretlige regler, som disse selskaber er underlagt, anføres i "lokale" compliance-programmer.

Endelig kan det med henblik på at bevare overblikket anbefales, på koncernniveau at operere med en tidsplan, der for det kommende år viser de enkelte koncernselskabers selskabsretligt vigtige datoer og tidsfrister.

Aktiebog, meddelelsesprotokol og fortegnelse over ledende medarbejdere: En af selskabet udpeget aktiebogsfører skal løbende føre selskabets aktiebog,⁴⁷ der indeholder oplysninger om de enkelte aktionærs navn, adresse og aktiebeholdning. Alle noteringer i aktiebogen skal dateres. Aktiebogen kan oprettes som et løsblads- eller kortsystem eller kan oprettes elektronisk som en database. Blot gælder, at den skal være

46. Fondsbørsen kan pålægge selskaber en afgift på mellem DKK 25.000 og 1 mio. ved overtrædelse af oplysningsforpligtelsen. Normalt vil en overtrædelse blot udløse en påtale overfor selskabet, mens påtalen i grovere tilfælde vil blive offentliggjort.

47. Vedtægterne skal oplyse navn og adresse på aktiebogsføreren.

tilgængelig for offentlige myndigheder på selskabets kontor. Det kan anbefales at udarbejde en instruks for førelse af aktiebog.

Som nævnt under oplysningsforpligtelser nedenfor, er aktionærer forpligtet til at give meddelelse om deres aktiebeholdninger, når de over- eller undergår visse tærskelværdier. Selskabet er forpligtet til at føre en meddelelsesprotokol samt et register over aktionærer med betydelige aktiebeholdninger i selskabet. Registeret offentliggøres via årsregnskabet, mens meddelelsesprotokollen skal være tilgængelig for offentlige myndigheder, aktionærer og bestyrelsesmedlemmer på selskabets kontor.

Selskaber er forpligtet til at føre en protokol over bestyrelsens og direktionens aktiebesiddelser i selskabet. I koncerner kan dette ske ved brug af en fælles protokol for samtlige selskaber. Børsnoterede selskaber skal tillige føre en fortegnelse over bestyrelsesmedlemmer, direktører og ledende medarbejdere med angivelse af deres navn og adresse. Disse medarbejdere er forpligtet til at lade deres aktiebesiddelser notere i eget navn i selskabets aktiebog.

Medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer: Såfremt et selskab har over et bestemt antal medarbejdere stiller en række civil law-landes selskabslovgivninger krav om medarbejderrepræsentation i selskabets bestyrelse. I common law-lande, derimod, har medarbejderne ikke ret til repræsentation.

I Danmark er aktieselskaber med 35 medarbejdere eller derover forpligtet til at lade medarbejderne få sæde i bestyrelsen. I koncerner med 35 medarbejdere eller derover vil medarbejderne endvidere have ret til koncernrepræsentation i moderselskabets bestyrelse.

De medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer og suppleanter vælges ved skriftlig og hemmelig afstemning. Valgreglerne er forskellige ved valg til bestyrelsen i henholdsvis de enkelte koncernselskaber og i moderselskabet.

Det kan anbefales fra centralt hold at styre og koordinere processen, der med fordel kan beskrives i en instruks for valg af medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer.

Afholdelse af bestyrelsesmøder: Som følge af bl.a. Nordisk Fjer-skandalen blev aktieselskabsloven i 1992 ændret, således at det nu eksplicit fremgår, at forretningsordenen i selskaber, der er noteret på Fondsbør-

sen, skal opfylde en række minimumskrav, herunder bestemmelser om bl.a. følgende:

1. Bestyrelsens konstitution og beslutningsdygtighed samt antallet af årlige møder.⁴⁸
2. Arbejdsdeling mellem bestyrelsen, direktionen og eventuelle bestyrelsesudvalg.
3. Tilsynsføring med direktionens ledelse af selskabets virksomhed, herunder af datterselskaber.⁴⁹
4. Indhentelse af alle relevante oplysninger til brug for bestyrelsens arbejde.
5. Selskabets organisation, herunder graden af intern kontrol.
6. Opfølgning på planer, budgetter mv. samt stillingtagen til diverse rapporter om relevante forhold, herunder væsentlige risici.

Disse bredt formulerede bestemmelser kan sammen med anbefalingerne i Nørby-rapport II med fordel specificeres og konkretiseres yderligere i selskabets forretningsorden, således at denne får karakter af et compliance-program for bestyrelsen.⁵⁰ Det vil normalt også være formålstjenligt, at selskaber, der ikke er børsnoterede, udarbejder og anvender forretningsordener med en tilsvarende detaljeringsgrad.

Afholdelse af generalforsamling: Afholdelse af ordinær generalforsamling skal ske tids nok til, at selskabet er i stand til at indlevere årsregnskabet inden for de nedenfor anførte frister, der regnes fra regnskabsårets udløb.

Indkaldelse til generalforsamling skal ske tidligst fire uger, og medmindre vedtægterne bestemmer noget andet, senest otte dage før generalforsamlingens afholdelse. Indkaldelse skal ske i overensstemmelse

48. Det kan anbefales at udarbejde og vedlægge en instruks for indkaldelse til og afholdelse af bestyrelsesmøder.

49. Se Geert Eggers artikel i Revision & Regnskabsvæsen, "Konkrete erfaringer fra evaluering af samarbejdet mellem bestyrelse og direktion", nr. 2, februar 2004. Ofte udarbejdes en instruks for direktionen, hvori direktionens pligter og forholdet til bestyrelsen beskrives.

50. Se Henrik Gürtlers artikel i Revision & Regnskabsvæsen, "Corporate governance – et eksempel på hvordan det i praksis kan gribes an, måles og forbedres løbende", nr. 3, marts 2002.

med vedtægterne,⁵¹ dog således at alle aktionærer, der er noteret i aktiebogen og har anmodet herom, skal indkaldes skriftligt.⁵² Senest otte dage før selskabets ordinære generalforsamling skal dagsordenen og de fuldstændige forslag fremlægges på selskabets kontor til eftersyn for aktionærerne samt sendes til enhver noteret aktionær, der har anmodet herom.

En aktionær har mulighed for at møde ved fuldmægtig eller at bemyndige bestyrelsen til råde på aktionærens vegne. Under generalforsamlingen bør eventuelle fuldmagter være i dirigentens varetægt, ligesom disse bør opbevares af selskabet i en periode på to år derefter.

Generalforsamlingen kan gennemføres ved fysisk fremmøde, delvis elektronisk eller fuldstændig elektronisk og behøver ikke nødvendigvis at afholdes i Danmark. Ofte afholdes generalforsamlinger uden fysisk fremmøde i henhold til en fuldmagt. I så fald dokumenteres dette i generalforsamlingsprotokollen. For store børsnoterede selskaber med en bred aktionærkreds, er afholdelsen af en generalforsamling ofte en større logistisk opgave, der kræver grundig forberedelse. Ud over udsendelse af indkaldelser, fremlæggelse af selskabsretlige dokumenter mv. skal også egnede lokaler lejes, lydudstyr afprøves, generalprøver afholdes samt eventuelt forfriskninger og mad bestilles.

Det kan normalt anbefales, at selskabet udarbejder en drejebog for afholdelse af generalforsamling, hvori ovennævnte procedurer beskrives samt relevante tids- og aktionslister vedlægges som bilag. Ved forberedelsen af generalforsamlinger, er det naturligvis vigtigt, at ansvaret for de enkelte delopgaver klart placeres, ligesom én person bør have det overordnede ansvar.

Endelig bemærkes, at senest to uger efter generalforsamlingen skal generalforsamlingsprotokollen fremlægges for aktionærerne på selskabets kontor.

Oplysningsforpligtelser: Et selskab er jf. selskabs- og årsregnskabs-

51. Vedtægterne kan indeholde en pligt til at løse adgangskort senest fem dage før generalforsamlingen som betingelse for at en aktionær kan få adgang og udnytte sine stemmerettigheder.

52. Ved indkaldelse til generalforsamling i et selskab noteret på Fondsbørsen, skal indkaldelsen med samtlige forslag offentliggøres via Fondsbørsen. Beslutter generalforsamlingen at ændre selskabets vedtægter skal et opdateret eksemplar heraf sendes til Fondsbørsen.

lovgivningen underlagt en række oplysningsforpligtelser, herunder bl.a.:

1. Selskabet er forpligtet til at indlevere årsregnskab til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen straks efter afholdelse af generalforsamling, og senest fem måneder⁵³ efter regnskabsårets udløb. Overskrides fristen vil bestyrelsesmedlemmerne risikere at ifalde en personlig bøde på op til DKK 3.000.
2. Erhverver selskabet aktier i et andet selskab, skal sidstnævnte informeres herom, hvis selskabets aktiebeholdning medfører besiddelse af stemmerettigheder eller aktiekapital på fem procent eller ændres op eller ned i spring af fem procent samt ved erhvervelse af en og to tredjedele af stemmerettighederne/aktiekapitalen.
3. Børsnoterede selskaber er forpligtet til at oplyse Fondsbørsen om en række relevante selskabsforhold og senere ændringer heri, herunder udskiftning eller ændring af ledelse og revisor.
4. Alle vedtægtsændringer skal indberettes til Erhvervs- og selskabsstyrelsen, eventuelt elektronisk via Webreg.⁵⁴
5. Et moderselskab skal underrette et datterselskab, når et koncernforhold er etableret samt herefter holde det underrettet om forhold af interesse for koncernen som helhed.

Disse oplysningsforpligtelser bør naturligvis beskrives i compliance-programmet. Børsnoterede selskaber er underlagt en række yderligere oplysningsforpligtelser, hvoraf enkelte er beskrevet nedenfor.

Ud over de generelle forslag til indholdet af compliance-programmer, der er anført indledningsvis i dette kapitel, kan konkrete forslag til indholdet af den selskabsretlige del af et compliance-program herefter opsummeres som følger:

1. Selskabsretlige tidsfrister og vigtige datoer.
2. Instruks for førelse af aktiebog.
3. Instruks for førelse af meddelelsesprotokol.

53. Fristen for børsnoterede selskaber er fire måneder.

54. Se hjemmesiden www.forum.webreg.dk.

Kap. 5: Regulatory risk management

4. Instruks for førelse af register over aktionærer med store aktiebeholdninger.
5. Instruks for førelse af protokol over bestyrelsens og direktionens aktiebesiddelser i selskabet samt eventuel fortegnelse over bestyrelsesmedlemmer, direktører og ledende medarbejdere.
6. Instruks for valg af medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer.
7. Instruks for indkaldelse til og afholdelse af bestyrelsesmøder. Plan for overvågning og løbende opdatering af selskabets forretningsorden.
8. Drejebog for afholdelse af generalforsamling.
9. En beskrivelse af de oplysningsforpligtelser selskabet er underlagt, herunder hvorledes arbejdet hermed gribes an i praksis.

En beskrivelse i compliance-programmet af de børsretlige regler kan med fordel opdeles i følgende afsnit:

1. Investor relations
2. Insider-regler
3. Handel med egne aktier
4. Offentliggørelsesregler
5. Oplysningsforpligtelser

Nedenfor er i hovedlinier angivet de regler, der gælder for selskaber noteret på Fondsbørsen. Såfremt virksomheden tillige er noteret på udenlandske børser, bør disse børseres regler anføres i et særskilt del af compliance-programmet.

Investor relations: Fondsbørsen anbefaler, at børsnoterede selskaber etablerer en funktion, der har ansvaret for varetagelse af investor relations, og at selskabet udarbejder en investor relations-politik, der nærmere beskriver selskabets aktiviteter i relation hertil.

Insider-regler:⁵⁵ Køb, salg og tilskyndelse til køb eller salg af aktier må ikke foretages af nogen, der har insider-viden.⁵⁶

55. Se værdipapirloven kapitel 10.

56. Se David Malem, "Forbuddet mod insiderhandel – Om intern viden og misbrugsreservation", UfR2004B.220.

Endvidere må den, der er i besiddelse af insider-viden ikke videregive denne viden til andre,⁵⁷ medmindre videregivelsen er et normalt led i udøvelsen af dennes arbejde. Selskabet er forpligtet til at udarbejde interne regler med henblik på at sikre, at dette ikke sker.

Selskabet skal udarbejde lister over personer, der har insider-viden⁵⁸ samt instruks for disse personers adgang til at handle med selskabets aktier. Foretager personerne sådanne handler, skal dette løbende indberettes til Fondsbørsen, ligesom selskabet hvert kvartal skal oplyse Fondsbørsen om individuelle aktiebesiddelser hos en række persongrupper med insider-viden.⁵⁹

Handel med egne aktier: Hvis antallet af egne aktier overstiger to procent af den samlede aktiekapital eller ændres op eller ned i spring af to procent af aktiekapitalen, er et børsnoteret selskab forpligtet til at oplyse Fondsbørsen herom.

Endvidere er selskabet forpligtet til ikke i en nærmere angivet periode at handle med egne aktier. Fondsbørsen anbefaler, at denne periode er tre uger før offentliggørelse af delårsrapport og årsregnskabsmeddelelse. Compliance-programmet bør indeholde en instruks, der beskriver disse regler.

Offentliggørelsesregler: Relevante offentliggørelsesregler bør anføres i compliance-programmet, herunder på hvilket sprog samt hvornår og på hvilken måde dette bør ske. I Danmark fremgår disse regler af Fondsbørsens Håndbog for udstedere.

Oplysningsforpligtelser: Selskaber, der er noteret på Fondsbørsen, er forpligtet til straks⁶⁰ at offentliggøre oplysninger om væsentlige forhold, der vedrører selskabet, som kan få betydning for kursdannelsen

57. Se fx Børsen, "Carlsberg-chef får insiderbøde", 9. september 2002, hvoraf det fremgår, at en ansat hos Carlsberg har accepteret en bøde på DKK 20.000 for at have videregivet regnskabsoplysninger før normal offentliggørelse heraf.

58. Selskabet skal til enhver tid være i stand til over for Fondsbørsen at redegøre for, hvem der på et givet tidspunkt har haft adgang til insider-viden.

59. Bekendtgørelse af insideres meddelelsespligt og udsteders indberetningspligt af visse aktiebesiddelser.

60. Oplysning til Fondsbørsen må ikke ske senere end anden ekstern offentliggørelse herom.

på selskabets aktier.⁶¹ Sådanne kursrelevante forhold kan med fordel beskrives i compliance-programmet ved brug af relevante eksempler, ligesom skabeloner til meddelelsens form og indhold kan vedlægges som bilag.⁶²

Inden udgangen af første måned af hvert regnskabsår skal selskabet offentliggøre en finanskalender, der indeholder en angivelse af de forventede datoer for, hvornår selskabet påregner at offentliggøre regnskabsmeddelelser og årsrapport samt afholde ordinær generalforsamling. Senere ændringer hertil skal naturligvis også offentliggøres. Hertil kommer, at selskabet skal offentliggøre delårsrapport, årsregnskabsmeddelelse og årsrapport med et indhold, der opfylder de gældende krav. Delårsrapporten og årsregnskabsmeddelelsen skal tillige indeholde oplysninger om ledelsens forventninger til selskabets økonomiske udvikling i det indeværende regnskabsår.⁶³

Endelig anbefaler Fondsbørsen, at børsnoterede selskaber i deres årsrapporter forholder sig til anbefalingerne i Nørby-rapport I.⁶⁴ Vælger selskabet at forholde sig til anbefalingerne, bør disse beskrives i compliance-programmet.

Ud over de generelle forslag til indholdet af compliance-programmer, der er anført indledningsvis i dette kapitel, kan konkrete forslag til indholdet af den børsretlige del af et compliance-program herefter opsummeres som følger:

1. Virksomhedens investor relations-politik.
2. En beskrivelse af insider-reglerne, herunder lister over personer,

61. Værdipapirhandelslovens kapitel 7. Se fx Børsen, "Kraakket I-data meldt til politiet", 26. juni 2003, hvoraf det fremgår, at det konkursramte I-data, herunder dets ledelse blev meldt til Bagmandspolitiet, fordi selskabet ifølge Fondsrådet dels havde tilbageholdt en markant nedjustering, dels havde udsendt fejlagtige oplysninger om et afgørende frasalg af en canadisk division.

62. Enkelte virksomheder har i relation hertil fundet det hensigtsmæssigt at etablere en såkaldt disclosure committee, der har til opgave at kontrollere og godkende virksomhedens eksterne kommunikation i form af børs- og pressemeddelelser mv.

63. Dertil kommer, at alle selskaber er forpligtet til at oplyse Fondsbørsen om deres aktie-ejerandele i andre børsnoterede selskaber, når andelen overskrider visse tærskelværdier, ligesom aktionæraftaler, der kan påvirke aktiernes fire omsættelighed, eller som vil kunne få væsentlig indflydelse på kursdannelsen, også skal oplyses.

64. Håndbog for udstedere på Københavns Fondsbørs, kapitel 3.

der har insider-viden samt instruks for disse personers adgang til at handle med selskabets aktier.

3. Instruks for handel med egne aktier.
4. En beskrivelse af offentliggørelsesreglerne.
5. En beskrivelse af de børsretlige oplysningsforpligtelser, som virksomheden er underlagt, herunder finanskalender, delårsrapport, årsregnskabsmeddelelse og årsrapport. Endvidere bør en skabelon for udarbejdelse af pressemeddelelser vedlægges samt et bilag indeholdende eksempler på, hvornår oplysningsforpligtelsen indtræder.
6. Procedurer til sikring af fortrolighed/hemmeligholdelse i forhold til fx rådgivere og forretningspartnere, herunder i forbindelse med forhandlinger, due diligence og aftaleindgåelse. Relevante standardfortrolighedsaftaler og -erklæringer vedlægges som bilag.

Konkurrenceret

Konkurrenceret har traditionelt været et af de retsområder, hvor virksomheder har været mest flittige til implementere compliance-programmer, hvorfor dette retsområde i det følgende er beskrevet forholdsvis mere detaljeret end de øvrige retsområder.

Årsagen til konkurrenceretlige compliance-programmers popularitet skyldes formentlig primært, at virksomheder ved overtrædelse af konkurrencereglerne risikerer at blive mødt med betydelige bøde- og erstatningskrav, ligesom overtrædelser ofte er forbundet med en høj grad af dårlig omtale og deraf følgende badwill. Den indledningsvis beskrevne vitaminkartelsag er et godt eksempel herpå.

Som en nyere sag kan nævnes, at US Department of Justice og Kommissionen i februar 2003 gennemførte en række dawn raids, hvorved et kartelsamarbejde i perioden 1998-2002 i shipping-branchen blev afsløret. Samarbejdet fandt sted mellem rederierne Stolt-Nielsen og Odfjell i Norge, Jo Tankers i Holland og Tokyo Marine i Japan, der tilsammen kontrollerer ca. 60 procent af verdensmarkedet for kemikalieskibstransport. Status er p.t., at Odfjell har aftalt at betale en bøde på USD 42,5 mio. til de amerikanske myndigheder, ligesom to af dets norske direktører har indvilget i at betale bøder på henholdsvis USD 250.000 og 25.000 og sidde fire og tre måneder i fængsel i USA. Tilsvarende vil Jo Tankers betale USD 19,5 mio. i bøde, ligesom dets tidligere direktør

skal betale USD 75.000 og sidde tre måneder i fængsel.⁶⁵ Sagerne mod de andre virksomheder er endnu ikke afgjort. I EU er det usikkert, i hvilket omfang sagen vil udløse alvorlige konkurrenceretlige sanktioner pga. de særlige undtagelsesregler, der gælder for shipping-virksomhed. Kartelmagerne undslipper dog formentlig ikke for at betale erstatning til kunder, der med god grund føler sig snydt, og et advokatfirma i Chicago har således allerede anlagt en class action-retssag i USA.

Det er ikke kun kartelaftaler, der har medført betydelige bøder. Således har Kommissionen idømt WV og Nintendo bøder på henholdsvis EUR 102 og 149 mio. for at have søgt at forhindre parallelimport, ligesom Microsoft i foråret 2004 blev idømt en bøde på 497 mio. EUR⁶⁶ for at have misbrugt sin dominerende stilling på markedet for styresystemer (Windows) ved at indbygge en filafspilningsapplikation (MediaPlayer) i Windows. Herefter ønskede ingen længere at købe filafspilningsapplikationer, hvorfor MediaPlayers konkurrenter med et slag så deres markedsandele forsvinde.⁶⁷

Konkurrencereglerne påvirker mange af de forretningsrutiner, der dagligt finder sted i virksomheder. Når dertil kommer, at reglerne er særdeles komplicerede, og at de kan bevirke vigtige aftalers ugyldighed, kan det ikke undre, at mange virksomheder har fundet anledning til at implementere et compliance-program,⁶⁸ der forhåbentlig kan skabe grobund for en fornuftig konkurrenceretlig compliance-kultur.

Hvilke landes regler finder anvendelse – risikoen for straf?: Konkurrencereglerne kan overordnet opdeles mellem EU's konkurrenceregler og de nationale konkurrenceregler. EU-reglerne – som ovennævnte sager vedrører overtrædelsen af – finder anvendelse på forhold, der har en grænseoverskridende effekt inden for EU, mens de nationale konkurrenceregler finder anvendelse på forhold, der kun påvirker kon-

65. Se pressemeddelelser fra US Department of Justice, "Norwegian shipping co. and two executives agree to plead guilty in international parcel tanker shipping investigation", 29. september 2003 og "Dutch shipping company agrees to plead guilty in international parcel tanker shipping investigation", 19. april 2004 samt artiklerne i Jyllands-Posten, "USA undersøger rederier" 24. februar 2003, "Norsk rederi i stormvejr", 12. august 2003 og "Norsk rederi bag prisfuske", 1. oktober 2003.

66. Microsoft har anket bøden.

67. Konkurrenceretligt kaldes denne form for misbrug koblingsalg eller på engelsk "tying".

68. Advokatrådets vejledning om compliance-programmer opregner en række gode råd til indholdet af et konkurrenceretlig compliance-program.

kurrencen i én medlemsstat. Uden for EU afhænger det af en fortolkning af det enkelte lands konkurrencelovgivning, om en konkret konkurrencebegrænsning har den fornødne tilknytning til landet, at den er underlagt lovgivningen.⁶⁹ Det er væsentligt at være opmærksom på, at grænseoverskridende effekt godt kan foreligge, selv om en aftale fx er indgået mellem to virksomheder med hjemsted i samme land. Det afgørende er således en vurdering af aftalen og dens konkrete virkninger.

Som følge af de voldsomme sanktioner en overtrædelse kan udløse, er det fra en risikosynsvinkel vigtigt i compliance-programmet klart – og ved brug af relevante eksempler – at beskrive, hvornår EU-reglerne finder anvendelse.⁷⁰ Endvidere vil det være relevant anføre, hvornår virksomheden risikerer at blive underlagt “strengt” nationale konkurrencelovgivninger.

Også i USA risikerer bøderne at have et betydeligt omfang. Dertil kommer at der i USA, som også praktiseret i vitaminkartelsagen, er hjemmel til at idømme personlige straffe til direktører og andre ansatte, der overtræder reglerne. Tilsvarende strafferegler blev indført i England i 2003, og det må formodes, at flere europæiske lande i fremtiden vil indføre hjemmel til at idømme personlig straf for direktører og andre ansatte i forbindelse med konkurrenceretsovertrædelser.

I modsætning til de konkurrenceretlige bøder der er blevet pålagt virksomheder af Kommissionen eller USA, er de bøder, der er blevet pålagt i Danmark, forholdsvis beskedne.⁷¹ Den seneste ændring af konkurrenceloven havde bl.a. til formål at rette op på dette misforhold, og det er da også nu slået fast, at der ved fastsættelsen af en bøde skal tages hensyn til de berørte virksomheders omsætning.⁷²

69. Se i den forbindelse den i kapitel 4, note 74, beskrevne dom af United States Supreme Court.

70. EU-retligt kan der idømmes bøder på helt op til ti procent af en koncerns årsomsætning.

71. F.s.v.a. elkartellet løber bøderne p.t. op i omkring DKK 25 mio., men nogle få sager i det omfattende sagskompleks mangler stadig at blive afsluttet. Se Jyllands-Posten, “Nye retssager om elkartel”, 29. december 2003.

72. Scandlines accepterede i 2003 et bøde forlæg på DKK 1,7 mio. for at have misbrugt sin dominerende stilling ved at aftale med en række vognmænd, at de kun måtte køre endagspassagerer på toldfri indkøbsture til Scandlines’ færger. Det antages, at var ulovlighederne begået efter den nye konkurrencelovs ikrafttræden ville Scandlines i stedet for bøden på DKK 1,7 mio. have ifaldet en bøde på op til DKK 15 mio. samt herudover være blevet mødt med et konfiskationskrav på DKK 1,2 mio. Sidstnævnte beløb anses for at være det beløb, som selskabet tjente på at bryde loven. Se Jyllands-Posten, “Scandlines risikerer sagsanlæg”, 3. juli 2003.

Tilsvarende er mulighederne for at få tilkendt en erstatning i Danmark ikke så gode som i andre lande, vi normalt sammenligner os med. Dette har da også givet anledning til kritik.⁷³ Således har der indtil videre i Danmark kun været få erstatningssager i kølvandet på konkurrenceretsovertrædelser, hvoraf i den ene konkursboet efter rederiet GT Linien fik DKK seks mio. i erstatning fra Scandlines,⁷⁴ fordi sidstnævnte havde misbrugt sin dominerende stilling ved bl.a. at opkræve for store havneafgifter. Erstatningsmulighederne er måske ved at ændre sig til det bedre. P.t. føres således en sag af kommunerne i Aalborg, Århus, Odense og København mod en række danske deltagere i rørkartellet med krav om erstatning på tilsammen DKK 280 mio.⁷⁵

I andre lande, herunder specielt i USA, er mulighederne for at opnå erstatning betydeligt bedre. I Europa anses specielt England og Irland for at have en lovgivning, der tilgodeser skadelidte, og en række forlig om erstatning for overtrædelse konkurrencereglerne er da også indgået i disse lande, ligesom en række andre sager p.t. er igangværende.⁷⁶ Det antages, at risikoen for efterfølgende private erstatningssager i disse lande har en betydelig præventiv effekt og således tilskynder virksomhederne til at overholde konkurrencereglerne.

Der findes en række årligt opdaterede publikationer, der beskriver konkurrencereglerne og risikoen for straf og erstatning i forskellige lande.⁷⁷ Disse kan være nyttige med henblik på at vurdere konkurrenceretlige risici i de lande, hvor virksomheden er aktiv eller påtænker aktiviteter, således at compliance-programmet kan udbygges og tilrettes i fornødent omfang.

Markedsafgrænsning og markedsandele: Med undtagelse af de værste

73. Se bl.a. Jyllands-Posten, "Dyrt at få erstatning i konkurrencesager", 16. juni 2004.

74. DSB Rederi var det selskab, der havde overtrådt misbrugsreglerne. Scandlines havde imidlertid efterfølgende købt DSB Rederi, hvorfor bøden blev rettet mod Scandlines.

75. Se Jyllands-Posten, "Prisfusk kulegraves", 29. marts 2004. Tilsvarende har nogle af elkartellets medlemmer gennem forlig indvilget i at betale erstatning – se Jyllands-Posten, "El-kartel må punge ud", 29. december 2003.

76. Se Jonathan Sinclair's og David Saunders' artikel i *The European Lawyer*, "Will modernisation mean more litigation?", juni 2004.

77. Se fx *Global Counsel Competition Law Handbook* (www.practicallaw.com/comphandbook), *Getting the deal through handbooks* (www.gettingthedealthrough.com) og *The European Antitrust Review* (www.global-competition.com) og *International Financial Law Review Handbook* (www.legalmediagroup.com).

konkurrencebegrænsninger er lovligheden af en konkret konkurrencebegrænsning afhængig af virksomheden og dens eventuelle samarbejdspartners markedsandele.⁷⁸ Udregning heraf forudsætter, at en korrekt markedsafgrænsning er foretaget.

Der kan være betydelig usikkerhed forbundet med at afgrænse, hvad der konkurrenceretligt betegnes som det relevante marked. Sidstnævnte findes ved at afgrænse henholdsvis det relevante geografiske marked og det relevante produktmarked. Fordi de konkrete markedsandele naturligvis påvirkes i op- eller nedadgående retning, hvis den geografiske eller produktmæssige afgrænsning enten udvides eller indsnævres, er det vigtigt, at virksomheden løbende har overblik over dens markedsandele i de relevante markeder, hvori den er aktiv.

Ethvert konkurrenceretligt compliance-program bør derfor i et bilag kortlægge de relevante markeder af relevans for virksomheden, herunder virksomhedens (og om muligt konkurrenters og leverandørers) markedsandele. I takt med virksomhedens og markedets udvikling bør dette bilag naturligvis tilrettes i fornødent omfang.

Ud over i diverse vejledninger fra konkurrencemyndigheder⁷⁹ vil det være muligt at hente inspiration til markedsafgrænsningen i tidligere konkurrence- og fusionskontrolafgørelser, ligesom diverse brancheforeninger og markedsresearchfirmaer løbende udgiver eller mod betaling udarbejder rapporter, der beskriver markedsandele indenfor forskellige brancher. Det kan anbefales, at den compliance-ansvarlige – eventuelt i en knowledge map – kortlægger fra hvilke interne og eksterne kilder virksomheden løbende kan indhente relevante markedsoplysninger.

Misbrug af dominerende stilling: Misbrugsreglerne⁸⁰ regulerer den situation, hvor en virksomhed ensidigt foretager konkurrencebegrænsende handlinger.

En markedsandel på over 30 procent risikerer at udgøre en domine-

78. En koncerns omsætning på et bestemt marked lægges sammen i forbindelse med udregning af markedsandele, og det gør derfor ikke nogen forskel, om virksomheden driver aktiviteterne i ét eller flere koncernselskaber.

79. Både Konkurrencestyrelsen og Kommissionen har udstedt vejledninger, der beskriver, hvorledes markedsafgrænsninger foretages.

80. EF-traktatens artikel 82 og konkurrencelovens § 11. EU-reglerne findes på Kommissionens hjemmeside (www.europa.eu.int/comm/competition), mens de danske regler findes på Konkurrencestyrelsens hjemmeside (www.ks.dk).

rende stilling, hvorved reglerne om misbrug af dominerende stilling i givet fald finder anvendelse.

En markedsandel på over 40 procent udgør en formodning for dominerende stilling, der dog konkret vil kunne tilbagevises med henvisning til de konkrete markedsforhold, såsom lave adgangsbarrierer til markedet, stærk købermagt osv.

Indtager virksomheden en dominerende stilling på et relevant marked, bliver dens handlefrihed i et vist omfang begrænset, herunder dens mulighed for at yde rabatter og bonusser, pålægge konkurrenceklausuler, indgå eksklusivitetsaftaler, nægte at levere til bestemte kunder mv.

Compliance-programmet bør naturligvis i fornødent omfang og ved brug af relevante eksempler beskrive disse regler.

Konkurrencebegrænsende aftaler: Forbudsreglerne⁸¹ mod konkurrencebegrænsende aftaler regulerer sådanne aftaler, hvor konkurrencebegrænsninger aftales mellem to eller flere parter. Disse regler vil kunne finde anvendelse sideløbende med ovennævnte misbrugsregler.

Konkurrencebegrænsende aftaler kan overordnet opdeles i følgende fem kategorier:

1. Konkurrencebegrænsende aftaler der har en så ringe indvirkning på markedet, at de ikke overtræder forbudsreglerne (herefter betegnet "de minimis-aftaler").
2. Konkurrencebegrænsende aftaler, der kan opretholdes med henvisning til en gruppefritagelse.
3. Konkurrencebegrænsende aftaler, der kan opnå en individuel fritagelse.
4. Konkurrencebegrænsende aftaler, der hverken kan opretholdes med henvisning til en gruppefritagelse eller opnå en individuel fritagelse og derfor er forbudte og ugyldige.
5. De såkaldte hard core-begrænsninger, der udgør de værste former for konkurrencebegrænsninger, og som derfor kan udløse betydelige sanktioner og erstatningskrav.

De minimis-aftaler: Er de berørte virksomheders markedsandele til-

81. EF-traktatens artikel 81 og konkurrencelovens § 6.

strækkeligt små, vil en konkret aftale anses for at ikke at have en mærkbar indvirkning på markedet, med den følge at forbudsreglerne ikke finder anvendelse.⁸²

EU-retligt sondres der mellem aftaler mellem henholdsvis konkurrenter og ikke-konkurrenter.

Konkurrencebegrænsende aftaler mellem konkurrenter – såkaldte horisontale aftaler – vil ikke overtræde forbudsreglerne, hvis parterne tilsammen blot har en markedsandel på ti procent eller derunder.

Er parterne ikke konkurrenter – fx en vertikal aftale mellem en producent og en forhandler – vil de minimis-reglerne finde anvendelse, hvis hver af parterne har en markedsandel på 15 procent eller derunder.

De nationale konkurrenceretslove indeholder også de minimis-regler. I Danmark kan konkurrencebegrænsende aftaler således opretholdes med henvisning til de minimis, hvis de pågældende virksomheder enten (i) har en samlet årlig omsætning på under DKK 150 mio. eller (ii) en samlet årlig omsætning på under DKK 1 mia. samt en markedsandel på under ti procent på det relevante marked aftalen berører.

Det er vigtigt at bemærke, at hard core-begrænsninger, som beskrevet nedenfor, er forbudte og ugyldige, uanset hvor små markedsandele virksomhederne har.⁸³

Hvis virksomheden er omfattet af de minimis-reglerne, har den mulighed for at gøre brug af en række konkurrencebegrænsninger,⁸⁴ hvilket kan udgøre en juridisk mulighed, der kan medvirke til at fastholde og skabe stakeholder value. Virksomhedens compliance-program bør derfor i fornødent omfang beskrive disse regler.

Gruppefritagne aftaler: Diverse gruppefritagelser indeholder hjemmel til at opretholde visse kategorier af aftaler, der ellers ville blive anset for konkurrencebegrænsende, forbudte og ugyldige. Fordi gruppefritagelser udgør en undtagelse til udgangspunktet om, at konkurrencebegrænsende aftaler er ulovlige, vil de blive fortolket indskrænkende.

82. Forbudsreglerne vil ofte heller ikke finde anvendelse på såkaldte små og mellemstore virksomheder, fordi disse ikke mærkbart er i stand til at påvirke handelen mellem medlemsstater.

83. I modsætning til EU-reglerne lader konkurrenceloven besynderligt nok visse hard core-begrænsninger undslippe forbudet, hvis blot de minimis-reglerne i konkurrenceloven er opfyldt.

84. En række eksempler herpå fremgår af kapitel 6, hvortil der henvises.

En række betingelser skal typisk opfyldes, før en gruppefritagelse finder anvendelse. Endvidere opregner gruppefritagelsen normalt de konkurrencebegrænsende bestemmelser, der kan godtages.

Den vigtige gruppefritagelse, der finder anvendelse på vertikale aftaler, udsteder i stedet en generel fritagelse for alle typer konkurrencebegrænsninger, blot sælgervirksomheden ikke har en markedsandel på over 30 procent. I tilknytning til denne brede fritagelse opregnes i stedet de bestemmelser, der ikke kan godtages – bl.a. hard core-begrænsninger og andre begrænsninger der skønnes at begrænse konkurrencen i for stort omfang.

Compliance-programmet bør beskrive de gruppefritagelser, der er af relevans for virksomheden samt give eksempler på, hvilke konkurrencebegrænsende bestemmelser, der henholdsvis er og ikke er omfattet af gruppefritagelser.

Individuelt fritagne aftaler: En konkurrencebegrænsende aftale vil kunne fritages individuelt, hvis den skønnes at have en række positive virkninger samt hvis begrænsningen ikke går længere end påkrævet og ikke udelukker konkurrencen.

Efter moderniseringen af EU's konkurrenceregler skal virksomheden nu selv vurdere, om betingelserne for en individuel fritagelse er til stede. Det vil dog i den forbindelse være muligt at hente hjælp i en lang række vejledninger.

I Danmark er anmeldelsesproceduren endnu ikke afskaffet, og her er det en betingelse for fritagelse, at aftalen anmeldes til Konkurrencestyrelsen. Viser det sig efter Konkurrencestyrelsens sagsbehandling, at aftalen ikke kan fritages, vil virksomheden dog ikke kunne idømmes en bøde, blot aftalen i sin tid blev anmeldt straks efter dens indgåelse og ophæves straks efter Konkurrencestyrelsens afgørelse. Der gælder således bødeimmunitet, mens Konkurrencestyrelsen behandler sagen.

Forbudte og ugyldige konkurrencebegrænsninger: Konkurrencebegrænsende aftaler, der ikke kan opretholdes med henvisning til de minimis, gruppefritages eller individuelt fritages er forbudte og ugyldige.

Det vil normalt kun være den konkurrencebegrænsende bestemmelse i en aftale, der er ugyldig. Resten af aftalen vil således fortsat være gyldig, medmindre "balancen" i aftalen som følge af ugyldigheden

forrykker sig i et omfang, at der kan statueres bristede forudsætninger. Sidstnævnte skal vurderes efter den lov, som aftalen er underlagt.

Uanset at risikoen for sanktioner og erstatningskrav måske ikke er betydeligt for denne type aftaler, vil det forhold, at en aftale viser sig at være ugyldig, i væsentligt omfang kunne påvirke virksomheden negativt. Compliance-programmet bør derfor i fornødent omfang beskrive konkurrencebegrænsninger, der ofte indgår i de aftaletyper, som virksomheden almindeligvis indgår, således at relevante grupper af ansatte ved, hvor grænsen går.

Hard core-begrænsninger: Hard core-begrænsninger er forbudte uanset størrelsen af markedsandele.

De vigtigste hard core-begrænsninger er følgende:

1. Aftaler mellem konkurrenter om priser.
2. Aftaler mellem konkurrenter om begrænsning af produktion eller salg.
3. Aftaler mellem konkurrenter om fordeling af markeder og kunder,
4. Aftaler mellem konkurrenter om tilbudsgivning.⁸⁵
5. Aftaler mellem en sælger og en køber om bindende videresalgspriser.
6. Visse aftaler mellem en sælger og en køber, der begrænser det område eller den kundegruppe, hvortil køberen må sælge aftalevarerne og -tjenesterne.⁸⁶

Det siger sig selv, at risikoen for alvorlige sanktioner, erstatningskrav og dårlig omtale er størst ved hard core-begrænsninger, hvorfor det i compliance-programmet bør kommunikeret klart til alle relevante ansatte i

85. En tilbudsgivningsaftale – også kaldet en mestergris – vedrører den situation, hvor to eller flere virksomheder sætter konkurrencen ud af spil ved at aftale, hvem af tilbudsgiverne der skal have lov til at vinde en tilbudsgivningsrunde. Dette blev bl.a. praktiseret af det danske elkartel.

86. Normalt skelnes mellem begrænsninger i aktivt kontra passivt salg. Sidstnævnte udgør en hard core-begrænsning og vedrører den situation, hvor en køber forbydes at sælge til bestemte markeder eller kunder. En begrænsning i aktivt salg udgør derimod ikke en hard core-begrænsning og vedrører den situation, hvor en køber forbydes at foretage markedsføring overfor bestemte markeder eller kunder. Alt afhængig af størrelsen af parternes markedsandele vil en begrænsning i muligheden for aktivt salg således kunne være lovlig.

virksomheden, at denne type aftaler i betydelig grad risikerer at påvirke stakeholder value negativt og derfor under ingen omstændigheder må indgås.

Andre relevante regler: Alt afhængig af hvilke former for rådgivning virksomheden kategoriserer som generel juridisk rådgivning,⁸⁷ kan det være relevant at lade en beskrivelse af andre EU-/konkurrenceregler indgå i compliance-programmet.

Vedtager virksomheden således en opkøbsstrategi, kan det være en mulighed at udarbejde et bilag til compliance-programmet, der beskriver de relevante fusionskontrolregler.

Tilsvarende gælder, hvis virksomheden løbende modtager betydelige tilskud fra offentlige myndigheder. Hvis ikke statsstøttere reglerne følges i relation til sådanne tilskud, vil der være en risiko for, at virksomheden bliver mødt med et tilbagebetalingskrav.⁸⁸ Uanset at et tilbagebetalingskrav ikke udgør en bøde, er der tale om penge, som ofte er forbrugt, og som virksomheden således skal have op af lommen. Kommissionens tilbagebetalingskrav i TV2-sagen på DKK 628 mio. er et godt eksempel på, hvor hårdt statsstøttere reglerne kan ramme en virksomhed.⁸⁹

Endvidere kan det vise sig relevant at udarbejde et bilag om de udbudsretlige regler, hvis virksomheden ofte sælger til offentlige myndigheder, eller hvis virksomheden selv er offentlig og dermed er underlagt udbudsreglerne i forbindelse med indkøb af varer og tjenesteydelser mv.

Et compliance-program vil normalt også indeholde en såkaldt dawn raid-manual, der beskriver, hvilke rettigheder virksomheden har i forbindelse med kontrolbesøg af konkurrencemyndighederne samt hvorledes og hvad de ansatte bør agere og foretage sig i forbindelse hermed.⁹⁰ En dawn raid-manual kan med fordel udvides til ikke blot at

87. Definitionen herpå er angivet i kapitel 2.

88. Se fx Jon Iversens og Morten Lau Smiths artikel i Revision & Regnskabsvæsen, "Statsstøtte – hvor går grænsen?", nr. 5 og 6, maj og juni 2003.

89. Se Kommissionens pressemeddelelse, "Kommissionen beordrer TV2 til at tilbagebetale overkompensation for public service-opgaver", 19. maj 2004. Kommissionens afgørelse er indbragt for EF-domstolen.

90. Se fx Jon Iversens, Morten Lau Smiths og Niels Christian Ersbølls artikel i Revision & Regnskabsvæsen, "Dawn Raids – hvilke rettigheder har virksomheden?", nr. 8, august 2002. Endvidere henvises til Advokatrådets vejledning om compliance-programmer, der også opregner en række gode råd til indholdet af en dawn raid-manual.

beskrive kontrolundersøgelser foretaget af konkurrencemyndighederne. En beskrivelse af de kontrolundersøgelser der kan foretages af andre myndigheder, herunder offentlige myndigheder med ansvar for skatteopkrævning, miljø-, arbejdsmiljø- eller persondatabeskyttelse, kan således med fordel indarbejdes i manualen, idet reglerne i vidt omfang er ens. Endelig bør en dawn raid-manual indeholde en beskrivelse af reglerne om legal privilege samt virksomhedens retningslinier for dokumenthåndtering. Disse to emner er beskrevet i kapitel 8, hvortil der henvises.

Konkurrenceretlig compliance i koncerner: Efterhånden har mere end 100 lande over hele verden vedtaget en eller anden form for konkurrencelovgivning. Disse lande begynder i stadig større omfang at samarbejde, og særligt konkurrencemyndighederne i USA, Australien, Brasilien, England, Canada og EU har etableret et nært samarbejde. Inden for EU er samarbejdet mellem de nationale konkurrencemyndigheder naturligvis specielt stærkt og er blevet væsentligt styrket i forbindelse med den seneste modernisering af EU's konkurrenceregler.

Bl.a. som følge af ovennævnte samarbejde kan det normalt anbefales, at koncerner opererer med en stærk central styring af den konkurrenceretlige compliance. Det bør således frarådes, at de enkelte koncernselskaber uden koordinering af koncernjuridisk afdeling kommunikerer med lokale konkurrencemyndigheder. Det vil nemlig i væsentlig grad svække virksomhedens troværdighed og sag, hvis en konkurrencemyndighed fx kan henvise til divergerende argumenter, markedsoplysninger og markedsafgrænsninger, som et andet koncernselskab har indleveret til en anden konkurrencemyndighed.

Også i forbindelse med fusionsanmeldelser, herunder f.s.v.a. de såkaldte multiple-filings, hvor fusionsanmeldelser indleveres til flere forskellige konkurrencemyndigheder, er en stærk central styring fra koncernjuridisk afdeling normalt påkrævet. Kun derved opnås, at der er overensstemmelse mellem de argumenter og markedsoplysninger, der anvendes overfor og overgives til konkurrencemyndighederne med henblik på at opnå fusionsgodkendelser.⁹¹

Da overtrædelser af konkurrencelovgivningen, som nævnt ovenfor,

91. Se i den forbindelse bl.a. Michael Clarkson's og Catherine Jarvis' artikel i Global Counsel, "Compliance management in a global environment", 1. september 2001.

Kap. 5: Regulatory risk management

risikerer at påvirke stakeholder value væsentligt i negativ retning, kan det anbefales, at virksomheden søger at hindre at dette sker gennem implementering af et compliance-program.

Ud over de generelle forslag til indholdet af compliance-programmer, der er anført indledningsvis i dette kapitel, kan konkrete forslag til indholdet af et konkurrenceretligt compliance-program herefter opsummeres som følger:

1. Virksomhedens konkurrencepolitik.
2. En beskrivelse af de relevante markeder samt virksomhedens (og om muligt konkurrenters og leverandørers) markedsandele.
3. En beskrivelse af sondringen mellem EU's og de nationale konkurrenceregler.
4. En beskrivelse af reglerne om misbrug af dominerende stilling med diverse tjeklister og eksempler.
5. En beskrivelse af forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler med diverse tjeklister og eksempler, herunder:
 - a. En beskrivelse af de minimis-reglerne.
 - b. En beskrivelse af relevante gruppefritagelser.
 - c. En beskrivelse af mulighederne for individuel fritagelse.
 - d. En beskrivelse af forbudte konkurrencebegrænsninger, herunder hard core-begrænsninger.
6. En beskrivelse af andre relevante konkurrenceretlige regler – fx fusionskontrol, statsstøtte eller udbudsret.
7. Diverse eksempler på relevante standardbestemmelser vedlægges som bilag.

Miljøret

De seneste års debat om corporate social responsibility og den tredelte bundlinie synes at have medført en fornyet fokus på miljøretlig compliance.

Der er imidlertid mange andre gode argumenter for at undgå at overtræde miljøreglerne, herunder:

Risikoen for bøder og erstatningskrav mindskes: I USA kan miljøbøder og de erstatningskrav, der risikerer at følge, være eksorbitante. Exxon Valdez-katastrofen er illustrerende herfor. I 2004 blev olieselskabet Exxon Mobil således dømt til at betale en samlet erstatning på

USD 6,75 mia. for en omfattende olieforureningskatastrofe i 1989. Virksomheden fandtes at have pådraget sig et ansvar, bl.a. – men nok ikke overraskende – fordi det lod en kaptajn, som det var almindelig kendt havde et alkoholmisbrug, føre det grundstødte tankskib. Erstatningen skal ses i lyset af, at Exxon allerede har betalt USD 2.2 mia. for oprydningssarbejdet. Exxon appellerede straks dommen, og det antages at vare mange år, inden sagen når sin endelige afslutning.⁹²

Enkelte store amerikanske miljøsager er endog blevet filmatiseret, herunder filmen om miljøsagen mod et stort elektricitetsselskab med Julia Roberts i rollen som Erin Brockovich (filmens titel). Selskabet havde gennem 15 år på et af sine lokale elværker forurenet grundvandet med hexavalent krom, hvorved over 500 personer i lokalområdet var blevet syge, heraf nogle alvorligt. De skadelidte indgik en contingency fee-aftale med et mindre advokatfirma, i henhold til hvilken advokaten skulle have 40 procent af en eventuel erstatning. Sagen blev på sagsøges anmodning afgjort ved såkaldt "binding arbitration". Dette indebærer, at der ikke medvirkede nævninge, ligesom voldgiftsafgørelsen ikke ville kunne ankes. Dommeren tilkendte til slut sagsøgerne en samlet erstatning på USD 333 mio., hvorved advokatfirmaet pga. contingency fee-aftalen naturligvis også blev forgyldt.

I Europa har antallet af miljøsager med relativt store bøder mv. til følge derimod indtil videre været forholdsvis få og ej heller i Danmark er virksomheder blevet idømt iøjnefaldende store miljøbøder.⁹³ I 2003 blev en dansk dambruger idømt en bøde på DKK 534.000 samt konfiskation af DKK 2,1 mio. Til sammenligning udløste Prom-sagen i 2001 40 dages betinget hæfte til Henrik Prom samt en bøde på DKK 300.000, mens fætteren, Claus Andersen, gemte sig i Sydengland og aldrig er blevet straffet. Prom gik i 1997 konkurs, i hvilken forbindelse 4000 tons kemikalieaffald blev efterladt på fabriksgrunden. Det offentlige udgifter til oprydningen løber op i omkring DKK 20 mio. Staten og amtet søger p.t. gennem en erstatningssag mod Prom-fætrene at få dækket disse udgifter.

Strafniveauet og kravene til miljøoprydning antages i fremtiden at

92. Se Jyllands-Posten, "Kæmpebøde til oliekoncern", 30. januar 2004.

93. Se fx Jyllands-Posten, "Vestre Landsret stadfæster rekordstor bøde til dambruger", 7. november 2003.

Kap. 5: Regulatory risk management

blive skærpet i Europa – primært gennem EU-lovgivning.⁹⁴ Heri foreslås bl.a., at medlemsstaterne skal pålægge sanktioner, der er effektive og har en afskrækkende virkning.

I tilknytning til bødestraf foreslås følgende sanktioner:

1. Udelukkelse fra offentlige ydelser eller tilskud
2. Midlertidigt eller varigt forbud mod at udøve industriel eller kommerciel virksomhed
3. Anbringelse under retsligt tilsyn
4. Likvidation efter retskendelse
5. Pligt til at træffe bestemte foranstaltninger for at undgå følgerne af en adfærd som den, der medførte det strafferetlige ansvar.

Også de enkelte medlemsstater synes at gå i retning af højere straf. Således har Englands Sentencing Advisory Panel foreslået, at bøder til virksomheder skal have større økonomisk virkning ved fx at lade dem være afhængige af virksomhedens omsætning. Tilsvarende gælder som bekendt ved overtrædelse af EU's konkurrenceregler.

Risikoen for personlig straf for de ansatte mindskes: Miljøretsovertrædelser er et af de områder, hvor de fleste lande har indført lovgivning, der indeholder hjemmel til at idømme personlige bøde- og fængselsstraffe til direktører og andre ansatte, der i forbindelse med deres arbejde overtræder miljølovgivningen.⁹⁵

Miljøafgifter: En lang række lande har indført miljøafgifter, hvorved virksomheder der fx forbruger eller producerer varer eller produkter

94. Se bl.a. Kommissionen Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv om strafferetlig beskyttelse af miljøet med senere ændringer og Rådets Rammeafgørelse om strafferetlig beskyttelse af miljøet. Dokumenterne kan findes på Kommissionens hjemmeside www.europa.eu.int/comm/environment/crime/index.htm.

95. Se bl.a. Miljøstyrelsens rapport "Criminal Enforcement of Environmental Law in the European Union", juli 2000, Maastricht European Institute for Transnational Legal Research, "Final Report on Criminal Penalties in EU Member States' Environmental Law", 4. oktober 2002 og Huglo Lepage & Partners Counsel, "Criminal Penalties in EU Member States' environmental law" Final Report, 15. september 2003.

med skade på miljøet til følge, tilpligtes at betale en miljøafgift.⁹⁶ Da sådanne afgifter i værste fald kan have en betydelig negativ indvirkning på virksomhedens mulighed for at fastholde og skabe stakeholder value, bør nationale og internationale udviklingstendenser naturligvis følges nøje. Det vil normalt udgøre en væsentlig konkurrencefordel, hvis virksomheden er i stand til på et tidligere tidspunkt end sine konkurrenter at indrette sin virksomhed i overensstemmelse med sådanne udviklingstendenser.

Risikoen for badwill mindskes: Ligesom det allerede er gældende for restauranter og andre servicevirksomheder der overtræder fx madhygiejnereglerne, er en række lande begyndt at offentliggøre registre med virksomheder, der overtræder miljøreglerne. I Danmark er således indført en adgang for miljøministeren til at føre et såkaldt “Miljøansvarlighedsregister”.

Denne form for “name and shame” af virksomheder vil formentlig tage til i de kommende år og vil i takt med at kunder m.fl. bliver stadig mere miljøbevidste kunne påføre virksomheden en betydelig grad af badwill.

For nogle – typisk større – virksomheder udgør overholdelse af miljølovgivningen det vigtigste compliance-retsområde, mens det for andre virksomheder er mindre relevant. Da miljølovgivningen endvidere er særdeles omfattende, er forskellig fra land til land, og regulerer en række vidt forskellige miljøretlige emner, der ikke er lige relevante for alle virksomheder, vil indholdet af miljølovgivningen ikke blive beskrevet i dette afsnit. I stedet angives et forslag til, hvilke overskrifter et miljøretligt compliance-program med fordel kan indeholde.

Som for de øvrige compliance-programmer skal et miljøretligt compliance-program naturligvis tilpasses virksomhedens individuelle forhold og bør i nødvendigt omfang tilpasses lovgivningen i de lande, hvor virksomheden er aktiv. Ud over de generelle forslag til indholdet af compliance-programmer, der er anført indledningsvis i dette kapitel, kan konkrete forslag til indholdet af et miljøretligt compliance-program opsummeres som følger:

96. Se OECD's hjemmeside der indeholder en database over miljøskatter i forskellige OECD-lande (www1.oecd.org/scripts/env/ecoInst/index.htm).

1. Virksomhedens miljøpolitik
2. En oversigt over gældende miljølovgivning mv. af relevans for virksomheden.⁹⁷ I tilknytning til de enkelte love bør notater udarbejdes, der er specielt møntet på virksomhedens miljøretlige compliance. Det kan normalt anbefales at prioritere reglerne, således at de ansatte ikke er i tvivl om, hvilke love det er forbundet med størst risiko for virksomheden at overtræde.
3. Links til relevant EU-miljølovgivning.⁹⁸ De fleste nationale miljølove i EU-landene er et resultat af EU-lovgivning og skal derfor fortolkes i overensstemmelse hermed.
4. En oversigt over de miljøtilladelser, -godkendelser, -dispensationer og -aftaler, som virksomheden er i besiddelse af eller har indgået med angivelse af eventuelle tidsbegrænsninger.
5. Oplysninger om de offentlige myndigheder der har miljøretlig kompetence samt en beskrivelse af "normale" sagsforløb.
6. Forsikringsdækning: Virksomheden vil ofte kunne forsikre sig mod et miljøansvar samt et eventuelt personligt bøde- og erstatningsansvar for de ansatte. Forsikringen – samt en eventuel selvrisiko og dækningsbegrænsninger – kan med fordel beskrives i compliance-programmet.

Flere og flere virksomheder vælger at anvende forskellige programmer til miljøledelse.⁹⁹ Disse kan med fordel danne basis for udviklingen af virksomhedens miljøretlige compliance-program.

De to bedst kendte programmer til miljøledelse er EMAS¹⁰⁰ og ISO 14001,¹⁰¹ men enkelte industrier, herunder den kemiske industri,¹⁰² har også udarbejdet fornuftige programmer. Programmerne kan anvendes

97. Dansk Selskab for Miljørets hjemmeside (www.selskabformiljoret.dk) indeholder links til de vigtigste danske hjemmesider med miljøretlige oplysninger. Se endvidere hjemmesiderne www.mad-jura.dk, der indeholder en database med diverse miljøretlige afgørelser og domme.

98. Se hjemmesiden www.europa.eu.int/pol/env/index_da.htm.

99. Inspiration til fornuftig miljøledelse kan fx hentes på hjemmesiden www.miljodatanoglen.dk.

100. Se hjemmesiderne www.europa.eu.int/comm/environment/emas/index_en.htm og www.emas.org.uk. EMAS-programmet blev lanceret gennem EU-lovgivning og har til formål at anerkende og belønne de virksomheder, der forpligter sig til at opfylde højere miljøkrav, end hvad de retligt er forpligtet til.

101. Se hjemmesiden www.iso14000.com.

102. Se hjemmesiden www.icca-chem.org.

af både store og små virksomheder og henvender sig både til virksomheder, der skal i gang med miljøledelse for første gang, og til virksomheder, der har praktiseret miljøledelse i gennem en årrække, men som ønsker at gå længere, herunder fx at begynde at foretage livscyklusvurderinger af virksomhedens produkter.

Programmerne er kendetegnet ved, at de indebærer:

1. en indledende miljøgennemgang af virksomheden,
2. en løbende forbedring af miljøindsatsen ud over hvad loven kræver,
3. vedtagelsen af en miljøpolitik og målsætninger for miljøarbejdet,
4. offentliggørelse af en årlig miljøredegørelse,
5. aktiv inddragelse af virksomhedens ansatte i miljøarbejdet, herunder fordeling af ansvar og kompetencer samt beskrivelse af miljøopgaver i hverdagen.

ISO 14001, der på globalt plan er det mest anvendte program, har mange lighedspunkter med EMAS, men anses for ikke at være helt så omfattende i sine krav.

I Danmark er det ikke ualmindeligt at virksomheder – afhængig af omstændighederne og virksomhedens størrelse – gennemfører en miljøteknisk gennemgang af virksomheden som supplement til eller kontrol af EMAS eller ISO 14001 – ikke mindst i forbindelse med virksomhedsoverdragelser.

Markedsføringsret

En overtrædelse af markedsføringsreglerne risikerer at medføre langvarige og omfattende tvister og retssager, som i værste fald kan ramme virksomheden hårdt, herunder eksponere den for bøder, erstatningskrav og dårlig omtale. I de senere år har bl.a. forbrugerombudsmanden og forbrugerprogrammer såsom DRs "Kontant" medvirket til at rette fokus på danske virksomheder, der ikke agerer i overensstemmelse med god markedsføringsskik.

Uanset i hvilket land virksomheden overtræder markedsføringsreglerne, risikerer det i væsentlig grad at påvirke stakeholder value negativt. Det kan derfor anbefales på en systematisk måde – fx gennem et compliance-program – i virksomheden at implementere de nødvendige markedsføringsretlige rutiner.

Helt generelt gælder, at virksomheden ikke må foretage handlinger,

der strider mod god markedsføringsskik. Denne principerklæring betegnes som en generalklausul, fordi den kan anvendes på en lang række ikke i forvejen nærmere definerede forhold. God markedsføringsskik er således et dynamisk begreb, der reflekterer, hvad der løbende anses for at være en fornuftig markedsføringsadfærd.

I Danmark udsteder forbrugerombudsmanden løbende vejledninger, der nærmere konkretiserer, hvad der skal forstås ved begrebet god markedsføringsskik.¹⁰³

Endvidere har ICC og andre internationale organisationer udstedt en række kodekser,¹⁰⁴ der beskriver, hvad der internationalt anses for god markedsføringspraksis. Disse kodekser vil ofte også være retningsgivende for, hvad der nationalt skal anses for god markedsføringsskik.

Ud over generalklausulen indeholder de enkelte landes markedsføringslovgivninger en række specialbestemmelser. I EØS er disse regler ved at blive harmoniseret, som nærmere beskrevet nedenfor.

Markedsføringsreglerne kan i et compliance-program med fordel beskrives under følgende overskrifter:

1. Produktets karakteristika
2. Markedsføringsformen
3. Markedsføringens adressat
4. Markedsføringens indhold
5. Vejlednings- og oplysningsforpligtelser

Produktets karakteristika: Som nævnt nedenfor i afsnittet om produktansvar vil den konkrete markedsføring af et produkt påvirke bedømmelsen af, om produktet anses for sikkert. Det er således særdeles vigtigt, at virksomheden præsenterer sine produkter i fremvisninger, reklamer, annoncer mv. på en måde, der er i overensstemmelse med den anbefalede brug.

For en række produkter med særlige karakteristika gælder der i de

103. Se forbrugerstyrelsens hjemmeside www.fs.dk og hjemmesiden www.firmatjek.dk, der advarer forbrugerne mod firmaer, der ifølge forbrugerombudsmanden har ageret i strid med markedsføringsreglerne.

104. ICC's kodekser kan downloades fra: http://www.iccwbo.org/home/menu_advert_marketing.asp.

fleste lande særlige regler (begrænsninger) i relation til markedsføring, herunder for:

1. Alkohol
2. Tobaksvarer
3. Fødevarer
4. Kemiske stoffer
5. Legetøj
6. Lægemedler
7. Sundhedsydelse
8. Spil, lotterier, bookmaking mv.

Alt afhængig af hvilke produkter virksomheden sælger, bør sådanne specielle markedsføringsregler naturligvis beskrives i compliance-programmet.

Virksomheden vil ligeledes som følge af markedsføringsreglerne være afskåret fra at markedsføre sine produkter, hvis de udgør en kopi eller en nær efterligning af andre virksomheders produkter. Helt generelt gælder, at det er tilladt at lade sig inspirere, men at det er forbudt at plagiere.

Kopiering og efterligning risikerer tillige være i strid med anden mere specifik lovgivning. Alt efter de nærmere omstændigheder kan en efterligning af produkter, varemærker, logoer, slogans mv. således indebære en krænkelse af fx patent-, brugsmodel-, ophavsrettigheds- eller varemærkelovgivningen.

Hvis virksomheden opererer i et marked, hvor immaterielle rettigheder spiller en vigtig rolle, bør virksomheden sikre sig, at den ikke risikerer at krænke sådanne enerettigheder.¹⁰⁵ Nogle virksomheder har således fundet det påkrævet at implementere et immaterialretligt compliance-program med henblik på at imødegå denne risiko.

Som et eksempel på vigtigheden af løbende at være opmærksom på immaterielle rettigheder kan nævnes, at TDC kom i klemme i forbin-

105. Se fx Computerworld, "Intel sagsøgt for 3.1 mia. for patentbrud", 21. maj 2004. Som det fremgår af artiklen er Intel blevet sagsøgt af det canadiske IT-firma All Computers. Denne sag er blot en af flere sager om Intel's patentkrænkelser, og virksomheden indgik således for nylig et forlig på DKK 1,5 mia. med Intergraph for at krænke to af dette selskabs patenter.

delse med navneskiftet fra Tele Danmark til TDC. Først efter navneskiftet var medmeldt offentligt, undersøgte TDC muligheden for at opnå ret til domænenavnet www.tdc.dk. Dette domæne var imidlertid allerede erhvervet af Thy Data Center, der derved befandt sig i en særdeles fordelagtig forhandlingssituation i TDC's forsøg på at sikre sig navnet. Salgssummen blev hemmeligholdt af parterne, men der er formentlig ikke tvivl om, at TDC kunne have sikret sig domænenavnet langt billigere, hvis forhandlinger med Thy Data Center var indledt, før TDC's offentliggørelse af navneskiftet.¹⁰⁶

Markedsføringsformen: Normalt kan formen virksomheden markedsfører sig på deles op imellem:

1. Markedsføring i medier, herunder i trykte medier, radio- og tv og via internettet samt på plakater og skilte.
2. Direct marketing i form af e-mail, telefax, post, telefon, personlig opsøgning mv.

Nogle lande har lagt visse begrænsninger på bestemte former for markedsføring i medier, herunder primært radio- og tv. Sådanne begrænsninger af relevans for virksomheden bør naturligvis beskrives i compliance-programmet.

Direct marketing-reglerne er i EØS i vidt omfang blevet harmoniseret. I EU arbejdes der p. t. på en skærpet indsats mod spam, der ifølge Kommissionen koster EU-landene knap DKK 20 mia. årligt.¹⁰⁷ Inden udgangen af 2004 forventes konkrete lovforslag således at blive fremsat.¹⁰⁸

I USA kan udsendelse af ulovlig spam medføre betydelige bøde- og fængselsstraffe.¹⁰⁹ Tilsvarende gælder i andre lande, herunder England

106. Se Jyllands-Posten, "De havde nøglen til TDCs netnavn", 5. juni 2001.

107. Spam antages årligt at koste danske virksomheder millioner af kroner i tabt arbejdstid. Det kan derfor anbefales, at virksomheder på en systematisk måde søger at imødegå problemet. I Dansk Industri's og ITEK's "Antispamvejledning", 13. december 2003, er angivet statistiske oplysninger om problemets størrelse samt anbefalinger på, hvordan det kan imødegås.

108. Se bl.a. Lars Bo Langsteds artikel i Jyllands-Posten, "De forkætrede spammails", 26. januar 2004.

109. Se fx Computerworld, "Amerikansk spammer sendt i fængsel", 28. maj 2004 og Jyllands-Posten, "Milliondom i spam-sag", 28. oktober 2003. I sidstnævnte sag blev mar-

og Italien, der begge på det seneste har skærpet kursen overfor dette irriterende fænomen.¹¹⁰

Ulovlig udsendelse af spam i Danmark har hidtil givet anledning til en bøde på DKK 400.000¹¹¹ som straf for at have udsendt mellem 7.650 og 15.300 uopfordrede salgstilbud via telefax. Forbrugerombudsmanden har dog varslet, at flere sager er på vej.¹¹²

Risikoen for tillige at ifalde erstatning som følge af ulovlig spamming er i USA efterhånden også blevet betragtelig. Således blev en amerikaner i 2002 dømt til at betale USD 25 mio. i erstatning til internetudbyderen Earthlink, fordi vedkommende havde udsendt millioner spam-mails via bl.a. Earthlinks IT-udstyr.¹¹³

Uanset at bøde- og erstatningsniveauet – i hvert fald i Europa – endnu ikke er voldsomt, synes dette at ville ændre sig i de kommende år. Det er derfor vigtigt, at virksomheden sørger for ikke at overtræde direct marketing-reglerne.

De danske regler, der er indført som følge af EU-harmonisering og derfor er gældende i EØS, kan i hovedlinier opsummeres som følger:

1. *E-mail, telefax mv.*: Virksomheden må ikke rette henvendelse til nogen – hverken andre virksomheder eller fysiske personer – i markedsføringsøjemed ved brug af elektronisk post (e-mail, SMS- og MMS-beskeder mv.), telefax eller andet automatisk opkaldssystem, medmindre den pågældende forudgående har givet samtykke

ketingfirmaet PW Marketing og dets to ejere, af en californisk domstol idømt en bøde på knap DKK 13 mio. – oveni et forbud mod at bruge internettet i annoncesammenhæng i ti år.

110. Se Jyllands-Posten, "Briterne strammer kursen over for spammails", 22. september 2003. USA, Australien og England er begyndt at samarbejde omkring bekæmpelsen af spam – se Jyllands-Posten, "International aftale mod spam", 6. juli 2004.

111. Se UfR1994.1141SH. Udgangspunktet for bødeberegningen synes at være, at hvor der ikke foreligger formildende omstændigheder, vil overtrædelser blive takseret til en bøde på DKK 100 pr. ulovlig afsendt SMS, telefax eller e-mail, dog således at minimumsbøden vil udgøre DKK 10.000.

112. Se Jyllands-Posten, "Rekordstor bøde for spamtrafik" og "Ny spam-dom truer Debitel økonomisk", 22. januar 2004. Ifølge sidstenævnte artikel risikerer Debitel at blive idømt en millionbøde, fordi virksomheden sendte 52.000 uopfordrede reklamehenvendelser til konkurrenten Telmores kunder.

113. Se ClickZNews, "Earthlink Wins \$25 Million in Spam Suit", 22. juli 2002.

hertil.¹¹⁴ Et sådant samtykke skal være udtrykkeligt og kræver, at den pågældende har foretaget sig noget aktivt, og et stiltiende samtykke er således ikke nok. En eventuel tilbagekaldelse af et givent samtykke kan ske når som helst og på enhver måde.

2. *Adresseret post*:¹¹⁵ Medmindre virksomheden har indhentet et udtrykkeligt samtykke jf. ovenfor, må virksomheden ikke i markedsføringsøjemed ved brug af adresseret post rette henvendelse til en bestemt fysisk person, hvis den pågældende over for den erhvervsdrivende har frabedt sig dette, eller den erhvervsdrivende ved en forudgående undersøgelse i CPR-registret – den såkaldte Robinson-liste¹¹⁶ er blevet bekendt med, at den pågældende har frabedt sig sådanne henvendelser. Første gang virksomheden markedsfører sig overfor en forbruger, er den forpligtet til at oplyse om muligheden for at frabede sig denne form for markedsføring, hvilket forbrugeren på en nem måde skal have mulighed for.
3. *Adresseløs post*:¹¹⁷ Udgangspunktet er, at virksomheden har fri adgang til at benytte adresseløs post som markedsføringsform. Private husstande har imidlertid mulighed for at tilmelde sig “Ingen reklamer – Tak-ordningen”, hvorefter skilt på døren signalerer, at husstanden ikke ønsker at modtage reklametryksager mv.
4. *Telefon*: Udgangspunktet er, at virksomheden ikke må rette telefonisk henvendelse til en forbruger i markedsføringsøjemed, som ikke på forhånd har anmodet herom ved et udtrykkeligt samtykke jf. ovenfor.
5. *Personlig opsøgn*: Ligesom for telefonhenvendelser er udgangspunktet, at virksomheden ikke må rette personlig henvendelse til en forbruger i markedsføringsøjemed på dennes bopæl, arbejdsplads eller andet sted, hvortil der ikke er almindelig adgang (dørsalg), medmindre forbrugeren på forhånd har anmodet herom ved et udtrykkeligt samtykke jf. ovenfor.

114. Som en undtagelse til det generelle forbud gælder i nogle lande, at det i et vist omfang vil være muligt via e-mail at markedsføre tilsvarende produkter overfor “gamle” kunder. Se fx § 6a, stk. 2 i markedsføringsloven, der trådte i kraft den 25. juli 2003.

115. Adresseret post betyder, at et brev er stilet personligt til en bestemt fysisk person. Adresseret post til virksomheder omfattes ikke af forbuddet.

116. Robinson-listen opdateres kvartalsvist og kan mod betaling leveres på cd-rom (med eller uden søgefacilitet) eller “downloades” gratis fra CPR-kontorets hjemmeside (www.cpr.dk).

117. Adresseløs post er fx reklametryksager.

Virksomhedens compliance-program bør i nødvendigt omfang beskrive de relevante regler vedrørende markedsføringens form, således at virksomheden ikke risikerer en overtrædelse af de relevante regler.

Markedsføringens adressat: I de fleste lande, har lovgiver har fundet, at visse udsatte befolkningsgrupper bør beskyttes mod markedsføring, herunder specielt børn og unge. I Danmark har forbrugerombudsmanden udstedt en vejledning, der beskriver hvor grænserne går i relation til markedsføring overfor børn og unge, som virksomheden kan lade sig inspirere af i forbindelse med udarbejdelsen af et compliance-program.¹¹⁸

Markedsføringens indhold: I relation til markedsføringens indhold, er virksomheden forpligtet til at handle inden for bestemte grænser, hvilket compliance-programmet nærmere bør beskrive. P.t. er følgende markedsføringsindhold i Danmark enten forbudt eller specifikt reguleret:

1. Urigtig, vildledende eller urimelig mangelfuld markedsføring
2. Utilbørlig markedsføring
3. Nedsættende omtale af konkurrenter (misrekommandering)
4. Vildledende sammenlignende reklame¹¹⁹
5. Vildledende anprisninger
6. Brug af udsagnet "garanti"
7. Brug af mængdebegrænsning ved salg i detailbutikker
8. Brug af rabatmærker og kuponer
9. Afholdelse af købsbetingede tilfældighedskonkurrencer
10. Brug af tilgift og andre følgegaver
11. Prisangivelser¹²⁰

118. Se forbrugerombudsmandens vejledning, "Børn, unge og markedsføring", april 2002. Rapporten kan downloades fra Forbrugerstyrelsens hjemmeside www.fs.dk.

119. Rådets direktiv 84/450/EØF af 10. september 1984 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om vildledende reklame (EF-Tidende nr. L 250 af 19. september 1984 s. 17-20) med senere ændringer.

120. Se Europa-parlamentets og Rådets direktiv 98/6/EF af 16. februar 1998 om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med angivelse af priser på forbrugsvarer (EF-Tidende nr. L 80 af 18. marts 1998 s. 27-31).

Nogle af ovennævnte regler er særlige for Danmark, mens andre EU-lande har andre specialregler. Fx gælder i visse EU-lande et forbud for detailbutikker mod at sælge til under indkøbspris. Alle disse specialregler virker hæmmende på EU's indre marked, og som følge heraf er en række tiltag undervejs i EU med henblik på at ensrette de regler, der endnu ikke er blevet harmoniseret.

P.t. behandles et forslag til en forordning om salgsfremmende foranstaltninger.¹²¹ Vedtagelsen af forordningen vil medføre, at de fleste af specialforbudene i den danske markedsføringslov vil blive ophævet, herunder bl.a. forbudene mod mængdebegrænsninger, tilgift og købsbetingede tilfældighedskonkurrencer. Disse forbud vil blive erstattet af generelle regler om oplysningspligt. Indtil forordningen træder i kraft – eller såfremt forslaget ikke vedtages – vil markedsføringslovens specialforbud fortsat være gældende.

Endvidere behandles p.t. et forslag til et direktiv om urimelig handelspraksis¹²² Ud over at definere de betingelser, der afgør, hvorvidt en handelspraksis er urimelig, indeholder direktivforslaget også en såkaldt indremarkedsklausul. Sidstnævnte indebærer, at virksomheder kun skal overholde oprindelseslandets markedsføringsregler, og at modtagerlandet forhindres i at opstille yderligere krav. Medlemsstaterne forpligtes derved til at sikre, at virksomheder, som er etableret på deres territorium, overholder de nationale markedsføringsregler, uanset om de forbrugere, som er mål eller genstand for virksomhedernes markedsføring har bopæl i en anden medlemsstat. Forslaget medfører således en fuld harmonisering af EU-kravene vedrørende reglerne om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugere og har til formål at sikre et passende højt forbrugerbeskyttelsesniveau. Endelig findes i bilaget til direktivforslaget en kort "sortliste" over former for handelspraksis, der altid vil blive anset for urimelig og derved forbudt i alle medlemsstater.

Endelig er en ny forordning om ernærings- og sundhedsanprisning

121. Ændret forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om salgsfremmende foranstaltninger i det indre marked (KOM/2002/0585 endelig udgave – COD 2001/0227).

122. Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked og om ændring af direktiverne 84/450/EØF, 97/7/EF og 98/27/EF (direktivet om urimelig handelspraksis) (KOM/2003/0356 endelig udgave – COD 2003/0134).

ger¹²³ af fødevarer undervejs. Formålet med forordningen er at regulere sådanne ernærings- og sundhedsanprisninger, der ofte anvendes i forbindelse med markedsføring af fødevarer til mennesker, således at disse ikke risikerer at vildlede forbrugerne. Ernæringsanprisninger omfatter udsagn såsom “fedtfattig”, “light”, “sukkerfri”, “lavt saltindhold”, “fiberrig”, “protein- eller vitaminrig” mv. Sådanne anprisninger må – hvis forordningen vedtages – kun anvendes i forbindelse med markedsføring af fødevarer, hvis de nærmere betingelser, som forordningen opstiller, er opfyldt. Sundhedsanprisninger omfatter udsagn såsom “renser organismen”, “modvirker stress”, “holder maven i form”, “gør dig slank”, “hjælper på hukommelsen”, “reducerer dit kalorieindtag”, “anbefales af læger”, “modvirker kroppens ældningsproces”, “forhindrer sygdomme” mv. Sådanne anprisninger anses for at være vage og meningsløse, ligesom det typisk ikke er muligt at dokumentere dem. Hvis forordningen vedtages, vil det ikke længere være muligt at anvende sådanne anprisninger i forbindelse med markedsføring af fødevarer til mennesker. Anprisninger, hvis rigtighed er almindeligt kendt – fx brug af et slogan som “frugt er sundt” i forbindelse med markedsføring af æbler – vil derimod ikke blive berørt af forordningen.

Vejlednings- og oplysningsforpligtelser: Virksomhedens compliance-program bør naturligvis beskrive alle relevante vejlednings- og oplysningsforpligtelser. Helt generelt gælder, at virksomheden altid skal give fyldestgørende oplysninger og vejledning i forbindelse med salg af varer og tjenesteydelser. Denne pligt er skærpet – primært gennem EU-lovgivning – i relation til aftaler med forbrugere og ved såkaldt fjernsalg¹²⁴.

Ud over de generelle forslag til indholdet af compliance-programmer, der er anført indledningsvis i dette kapitel, kan konkrete forslag til indholdet af et markedsføringsretligt compliance-program herefter opsummeres som følger:

123. Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets Forordning om ernærings- og sundhedsanprisninger af fødevarer (KOM/2003/0424 endelig udgave – COD 2003/0165).

124. Ved fjernsalg forstås indgåelse af købsaftaler ved hjælp af fjernkommunikation, hvor parterne ikke mødes fysisk.

Kap. 5: Regulatory risk management

1. Virksomhedens markedsføringspolitik, herunder en beskrivelse af hvad virksomheden anser for at være god markedsføringspraksis.
2. En beskrivelse af de markedsføringsregler, der er relevante for virksomheden. Hvis virksomheden markedsfører sine varer i andre lande, vil det være relevant at undersøge om compliance-programmet bør tilpasses eventuelle særlige lokale markedsføringsregler. Det kan anbefales, at regelgennemgangen struktureres som følger:
 - a. En beskrivelse af de markedsføringsregler, der afhænger af produktets nærmere karakteristika, herunder en beskrivelse af reglerne om plagiater, efterligninger samt eventuelle relevante immaterialretlige regler.
 - b. En beskrivelse af de markedsføringsregler, der vedrører markedsføringsformen, herunder specielle regler for bestemte medier, eller reglerne for de forskellige former for direct marketing.
 - c. En beskrivelse af de markedsføringsregler, der vedrører markedsføringens adressat.
 - d. En beskrivelse af de markedsføringsregler, der vedrører markedsføringens indhold. Relevante eksempler bør anvendes, for at illustrere hvor grænsen går.
 - e. En beskrivelse af relevante vejlednings- og oplysningsforpligtelser.

Persondataret

Persondataretten har den vanskelige opgave at afbalancere hensynet til beskyttelsen af privatlivets fred over for hensynet til den frie bevægelighed af data.¹²⁵

I EU er persondataskyddelsen baseret på et direktiv fra 1995.¹²⁶ Direktivet har som formål at harmonisere medlemsstaternes registerlovgivninger for derigennem at sikre borgerne et ensartet højt beskyt-

125. Senest har personoplysninger givet anledning til en ophedet debat på tværs af Atlanten som følge af USA's ønske om at skaffe sig adgang til personoplysninger om bl.a. flypassagerer til brug i USA's krig mod terror. Se Jyllands-Posten, "Flypassagerer under kontrol", 3. september 2003 og Kommissionens pressemeddelelse, "Commission secures guarantees for protecting personal data of transatlantic air passengers", IP/04/650, 17. maj 2004.

126. Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger.

telsesniveau og skabe et indre marked for personoplysninger.¹²⁷ I Danmark blev direktivet implementeret ved persondataloven,¹²⁸ der trådte i kraft den 1. juli 2000.

Med hjemmel i persondataloven blev dagbladet *Aktuelt* i 2001 idømt en bøde på DKK 25.000 for ikke at have fulgt persondatalovens procedurer i forbindelse med markedsføring af Politiken overfor Aktuelts abonnenter samt videregivelse af Aktuelts kunderegister til Politiken.¹²⁹ Af andre pinlige sager kan nævnes, at Datatilsynet i 2002 fandt anledning til at udtale kritik af, at Harald Nyborg's netbutik i sommeren 2002 havde været så dårligt beskyttet, at hackere havde kunnet få adgang til fortrolige kundeoplysninger. Datatilsynet udtalte, at Harald Nyborg derved havde handlet i strid med persondataloven og instruerede firmaet om at hindre, at noget tilsvarende kunne ske i fremtiden.

Tilsvarende sager kendes fra USA, hvor hackere på grund af manglende sikkerhed bl.a. har haft held til at skaffe sig adgang til oplysninger fra millioner af kreditkort.¹³⁰

Uanset at virksomheden normalt ikke vil blive idømt en betydelig bøde, hvis den ved en fejl overtræder persondatareglerne, kan overtrædelser give anledning til kritisk omtale i medierne og utilfredshed hos de ansatte, kunder eller andre, som et brud på reglerne går ud over. Persondataretlig compliance er derfor noget, som virksomheden bør tage alvorligt og med fordel kan implementere et compliance-program til styring af.

Formentlig fordi persondataloven pga. sit direktivbaserede udgangspunkt er særdeles kompliceret og anvender en række bredt definerede (og til dels uklare) termer, fandt mange virksomheder det vanskeligt at implementere de fornødne compliance-rutiner i forbindelse med lovens ikrafttræden. Efterfølgende har Datatilsynet gennem offentliggørelsen

127. En oversigt over Kommissionens og de enkelte medlemslandes arbejde med persondataskyttelse findes på Kommissionens persondatahjemmeside www.europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/index_en.htm.

128. Lov om behandling af personoplysninger (Lov nr. 429 af 31. maj 2000) med senere ændringer.

129. Se Datatilsynets pressemeddelelse, "Bøde på 25.000 kr. til Aktuelt", 16. november 2001.

130. Se Børsen, "Ekspertter uenige om datasikkerhed", 15. april 2003 og Datatilsynets pressemeddelelse, "Afgørelse vedr. sikkerhedsbrist i netbutik", 7. november 2002 og "Afgørelse vedr. sikkerhedsbrist i microbetalingssystem", 28. november 2002.

af en lang række vejledninger medvirket til fjerne de værste uklarheder.¹³¹

Hvis virksomheden går systematisk til værks – fx ved brug af et compliance-program – vil det være muligt forholdsvis let at implementere de nødvendige persondataretlige rutiner. Formuleres en klar persondatapolitik i forhold til såvel medarbejdere som kunder og øvrige stakeholders samt kombineres denne med interne vejledninger, standarder og rutiner, vil den løbende overholdelse af persondatalovgivningens være en overkommelig opgave.

Det er vigtigt at være opmærksom på, at persondatalovgivningen som absolut udgangspunkt kun regulerer behandling af oplysninger om fysiske personer. Bortset fra etablering af såkaldte advarselsregistre,¹³² vil behandling af virksomhedsoplysninger således ikke være omfattet af persondataloven.¹³³

Det vil normalt være virksomhedens personale- og salgsafdeling, der i særlig grad bør være opmærksom på at sikre overholdelsen af persondatalovgivningen, fordi disse afdelinger gør brug af en række personale- og kunderegistre indeholdende personoplysninger.¹³⁴

Det kan indledningsvis anbefales at foretage et persondataretligt compliance-tjek af virksomheden generelt, herunder også for at opnå et overblik over karakteren og omfanget af oprettede registre. Dette kan fx gennemføres ved at lade udvalgte personer i relevante afdelinger udfylde en tjekliste, der er særligt møntet på virksomheden forhold. I forbindelse med udarbejdelsen af denne tjekliste er det vigtigt at beskrive en række grundlæggende sondringer. Ved brug af relevante eksempler bør der således sondres mellem følsomme¹³⁵ og ikke-følsom-

131. Se Datatilsynets hjemmeside www.datatilsynet.dk, hvor det vil være muligt at tilmelde sig en nyhedsservice, hvorved alle persondataretlige nyheder løbende sendes via e-mail.

132. Et sådant register udgør typisk en "sort liste" over firmaer, som virksomheden – eventuelt på grund af tidligere dårlige erfaringer – ikke ønsker at handle med.

133. Oplysninger om personligt ejede virksomheder, visse stillingsoplysninger og oplysninger om aktionærer mv. kan dog i nogle tilfælde være omfattet.

134. Se bl.a. Jon Iversens og Janne Glæsels artikel i *Revision & Regnskabsvæsen*, "Persondataloven – med fokus på private virksomheder", nr. 12, december 2001.

135. CPR-numre er særskilt reguleret i persondataloven og kan karakteriseres som en semi-følsom oplysning.

me¹³⁶ personoplysninger, ligesom kriterierne for at være dataansvarlig kontra blot databehandler bør beskrives entydigt.

I lyset af at virksomheden som udgangspunkt frit kan behandle personoplysninger, hvis den har indhentet samtykker fra de registrerede personer, er det en central del af et persondataretligt compliance-tjek at undersøge, i hvilket omfang virksomheden har sørget herfor samt om de indhentede samtykker kan anses for at være givet "*frivilligt, specifikt og informeret*" som angivet i loven og direktivet.¹³⁷ Indhentelse af fornødne samtykker bør være et helt centralt punkt i ethvert persondataretligt compliance-program.

Ud over de generelle forslag til indholdet af compliance-programmer, der er anført indledningsvis i dette kapitel, kan konkrete forslag til indholdet af et persondataretligt compliance-program herefter opsummeres som følger:

1. Virksomhedens persondatapolitik
2. Virksomhedens IT-sikkerhedspolitik, der bl.a. indeholder bestemmelser om brug af firewalls og passwords, eventuelle krypteringskrav, destruktion af udtjent IT-udstyr mv.
3. Virksomhedens e-mail- og internetpolitik. Virksomheden ansatte bør heri klart informeres om grænserne for tilladelig brug, idet dette bl.a. vil påvirke mulighederne for efterfølgende at sanktionere et eventuelt misbrug. Endvidere kan relevante dele af virksomhedens document risk management-program, som beskrevet i kapitel 8, med fordel indarbejdes e-mail- og internetpolitikken.
4. Standardskemaer der skal udfyldes og sendes til den compliance-ansvarlige, hver gang virksomheden ønsker at oprette nye registre/databaser med personoplysninger.
5. En beskrivelse af de oplysningsforpligtelser, som er relevante for virksomheden.
6. En beskrivelse af de anmeldelsesforpligtelser, som er relevante for virksomheden.
7. En beskrivelse af de regler som virksomheden bør iagttage i for-

136. Som underpunkt hertil kan med fordel foretages en yderligere sontring mellem såkaldte generelle kundeoplysninger og andre ikke-følsomme oplysninger.

137. Se fx Datatilsynets nyhedsbrev, "Interessebank Danmark", 14. september 2001.

bindelse med videregivelse af personoplysninger, herunder mellem koncernselskaber og i markedsføringsøjemed.

8. Diverse relevante standardaftaler, -breve og -klausuler, herunder orienteringsbrev om retten til at frabede sig videregivelse af personoplysninger i markedsføringsøjemed, diverse samtykkebestemmelser til ansættelsesaftaler mv., hemmeligholdelsesbestemmelser i forbindelse med due diligence, aftale om databehandling, erklæringer fra samarbejdspartnere mv.

Ved det indledningsvis nævnte direktiv er der skabt et indre marked for personoplysninger. Sidstnævnte kan således flyde frit inden for EØS, blot direktivets regler – som de er blevet implementeret i medlemsstaternes persondatalovgivning – iagttages.

Det kan normalt anbefales, at multinationale koncerner, der udveksler personoplysninger mellem forskellige koncernselskaber etableret i og uden for EØS, i compliance-programmet sondrer mellem følgende former for grænseoverskridende videregivelse af personoplysninger:

1. Videregivelse inden for EØS. Her gælder ingen særlige restriktioner, bortset fra de krav, der altid skal iagttages i forbindelse med behandling af personoplysninger. Koncerner bør dog være opmærksomme på, at udveksling af personoplysninger til et andet koncernselskab persondataretligt regnes for en videregivelse til tredjemand med deraf følgende retsvirkninger.
2. Videregivelse til sikre tredjelande. Europæiske virksomheder vil kunne overføre personoplysninger til tredjelande, der af Kommissionen anses for at have en persondatalovgivning med et fornødent beskyttelsesniveau. P.t. regnes følgende lande som sikre tredjelande: Schweiz, Canada, Argentina, Isle of Man, Guernsey samt USA f.s.v.a. oplysninger vedrørende flypassagerer.¹³⁸
3. Videregivelse til USA under “safe harbor”. Europæiske virksomheder vil kunne overføre personoplysninger til amerikanske virksomheder, som har forpligtet sig til at leve op til et sæt særlige

138. Se Datatilsynets nyhedsbrev, “Sikre tredjelande”, 4. august 2004.

regler og har undergivet sig tilsyn af de amerikanske myndigheder.¹³⁹

4. Videregivelse ved brug af “standard contractual clauses”. Europæiske virksomheder vil kunne overføre personoplysninger til dataansvarlige og databehandlere etableret uden for EØS (i “usikre” tredjelande) ved brug af de af Kommissionen udarbejdede “standard contractual clauses”. Disse klausuler forpligter modtagervirksomhederne til på aftaleretlig basis at sikre det påkrævede beskyttelsesniveau.¹⁴⁰
5. Videregivelse af oplysninger til usikre tredjelande. Europæiske virksomheder vil kun lovligt kunne videregive personoplysninger til usikre tredjelande, hvis de opfylder en række nærmere i persondatalovningen anførte betingelser.

Virksomheden bør også være opmærksomme på persondatalovgivningen i forbindelse med virksomhedsoverdragelser, herunder i forbindelse med gennemførelsen af en eventuel indledende legal due diligence. Datatilsynet har udstedt en række vejledninger, der beskriver hvor grænserne går.¹⁴¹ Det kan anbefales, at virksomheden i ansættelsesaftaler mv., sørger for at indhente de fornødne samtykker, således at ovennævnte aktiviteter lovligt kan finde sted. Det kan vise sig ødelæggende for en virksomhedsoverdragelse, hvis det fx viser sig påkrævet at indhente samtykker fra en række ansatte midt i processen.

Produktsikkerhed og produktansvar

Produktsikkerhed og produktansvar hænger naturligt sammen. Jo større usikkerhed omkring produktsikkerheden, jo højere er risikoen for at ifalde et produktansvar. Det kan derfor normalt anbefales, at disse to emner i et compliance-program behandles sammen.

Det er særdeles vigtigt, at virksomheden sikrer sig, at dens produkter opfylder diverse sikkerhedskrav fastsat i lovgivningen eller i andre re-

139. De amerikanske virksomheder, der opfylder safe harbor-kravene, fremgår af den såkaldte Safe Harbor liste, der findes på US Department of Commerce's hjemmeside www.export.gov/safeharbor.

140. Se Kommissionens hjemmeside www.europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/modelcontracts_en.htm.

141. Se Datatilsynets vejledninger, “Due diligence undersøgelser”, 14. juni 2001 og Overdragelse af oplysninger i forbindelse med virksomhedsoverdragelser, 5. oktober 2002.

levante regelsæt, og at produkterne i lyset af den forventede brug må anses for sikre. Omkostningerne ved at skulle gennemføre en produkttilbagekaldelse samt eventuelt derudover at ifalde et produktansvar kan potentielt være enorme, hvilket de talrige produkttilbagekaldelser i bilindustrien¹⁴² og produktansvarssager i USA¹⁴³ er eksempler på.

Omfanget af lovregulering er naturligvis forskellig alt afhængig af, hvilket produkt der er tale om. Således er fx medicinalprodukter underlagt en betydelig grad af regulering, mens andre produkter ikke er underlagt specialregulering.

Et produkt anses for sikkert, hvis det ikke udgør en sundheds- eller sikkerhedsfare, naturligvis forudsat at det anvendes til det forudsatte formål og/eller på en forventelig måde.

I det omfang et produkt er konstrueret og fremstillet i overensstemmelse med de i den gældende lovgivning fastsatte kvalitets- og sikkerhedskrav, anses produktet som udgangspunkt for sikkert.

Indeholder lovgivningen ikke sådanne kvalitets- og sikkerhedskrav, vurderes et produkts kvalitet og sikkerhed i Danmark ud fra følgende i vægtet rækkefølge opregnede faktorer:

1. En dansk standard eventuelt baseret på en EU-standard
2. Den grad af sikkerhed som brugerne med rimelighed kan forvente.
3. God forretningsskik inden for det pågældende område.

En tilsvarende vurdering foretages i de fleste andre lande, som Danmark normalt sammenligner sig med.

Det kan anbefales gennem implementering af et compliance-pro-

142. I foråret 2004 valgte Mercedes fx i Europa at tilbagekalde af alle modeller af typen E- og SL-klasse – i alt 680.000 biler – på grund af problemer med de elektronisk styrede SBC-bremser.

143. De milliarderstatningssager, der er ført og føres mod tobaksindustrien i tobakssagerne, er formentlig det bedst kendte eksempel herpå. Se fx artiklerne i Børsen, “Tobaksgigant risikerer konkurs”, 19. august 2003 og “Tobaksindustrien buldrer afsted trods alle trusler”, 15. september 2003 samt The Economist, “Another \$280 billion, please”, 9. juli 2004. En ofte refereret sag fra USA med dansk deltagelse er den såkaldte Oticon-sag fra 1989, hvor et lille barn slugte batteriet til et høreapparat. Batteriet satte sig fast i halsen, så barnet måtte undergå operation. Ved den efterfølgende erstatningssag, mente domstolen, at der var basis for at idømme Oticon punitive damages, fordi det høreapparat, som batteriet sad i, ikke var lavet så sikkert som andre tilsvarende apparater på markedet. Dette fandtes at udgøre en designfejl, som Oticon var ansvarlig for. Oticon blev således dømt til at betale DKK ni mio. i erstatning.

gram, på en systematisk måde at håndtere de juridiske aspekter af produktsikkerhed og produktansvar. Ud over de generelle forslag til indholdet af compliance-programmer, der er anført indledningsvis i dette kapitel, kan konkrete forslag til indholdet af den del af compliance-programmet, der vedrører produktsikkerhed herefter opsummeres som følger:¹⁴⁴

1. Virksomhedens produktsikkerhedspolitik.
2. Internt og eksternt fastsatte kvalitets- og sikkerhedskrav: Compliance-programmet bør beskrive alle relevante kvalitets- og sikkerhedsregler, som det pågældende produkt skal opfylde, herunder krav til:¹⁴⁵
 - a. Design, fremstilling,¹⁴⁶ pakning, distribution og opbevaring af produkterne,
 - b. Afprøvning og testning, og
 - c. Emballage, mærkning, advarsler¹⁴⁷ samt brugs-, opbevarings- og vedligeholdelsesanvisninger.¹⁴⁸
3. En beskrivelse af den risikovurderingsprocedure, som hvert produkt bør underkastes, i lyset af den konkrete brug, som det formodes at ville blive genstand for.
4. En beskrivelse af relevante procedurer, der gør virksomheden i

144. Se også Practical Law Company's Legal risk Management Practice Manual, 1. september 2003, side 9.31 og US Consumer Product Safety Commission, "Catalog of Good Practices" på hjemmesiden www.cpsc.gov/businfo/pscgood.html.

145. I EØS er produktsikkerhedslovgivningen i vidt omfang harmoniseret gennem Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/95/EF af 3. december 2001 om produktsikkerhed i almindelighed ("Produktsikkerhedsdirektivet") (EF-Tidende nr. L 11 af 15. januar 2002 s. 4-17).

146. I Eternit-sagen har FLS-koncernen efter overgangen til asbestfri produktion således måttet betale over DKK 100 mio. i erstatning til husejere og andre, der så deres eternittage smuldre – se Børsen, "FLS lukker industrieventyr", 2. oktober 2003.

147. Medmindre kulturelle forskelle tilsiger noget andet, bør virksomheden altid søge at anvende de samme produktadvarsler mv. i de forskellige lande hvori de er aktive. Eventuelle forskelle vil nemlig kunne blive brugt imod virksomheden i efterfølgende produktansvarssager. I USA er produktadvarsler normalt mere udførlige end i andre lande, bl.a. på grund af de mange erstatningssager med betydelige erstatningsudbetalinger. Det er således ikke ualmindeligt i USA at finde advarsler – fx at man ikke skal pege champagneflasken mod sit hoved, når man åbner den – som i de fleste andre lande vil blive opfattet latterlige.

148. Disse bør opbevares af virksomheden med henblik på dokumentation, hvis et produktansvar på et senere tidspunkt gøres gældende. Se beskrivelsen af dokumenthåndtering i kapitel 8.

stand til at dokumentere, at produkterne opfyldte relevante kvalitets- og sikkerhedskrav ved leveringen til tredjemand.

5. En beskrivelse af relevante mærkningsprocedurer – fx serienummer, produktionsdato mv. – der gør virksomheden i stand til at foretage en begrænset tilbagekaldelse, hvis det viser sig, at kun bestemte partier af et produkt er defekte.
6. “Post marketing-systemer: En beskrivelse af de retningslinier, som virksomheden bør følge med henblik på at sikre, at solgte produkter forsat opfylder de fornødne sikkerhedsstandarder, herunder:
 - a. Løbende overvågning og undersøgelser af konkurrenters produkter, forskningsresultater, tekniske fremskridt og udviklingstendenser med henblik på at identificere potentielle sikkerhedsrisici.
 - b. En opfordring til grossister, forhandlere og slutbrugere om straks at informere virksomheden om sikkerhedsmæssige problemer med produktet.
 - c. En beskrivelse af hvorledes klager bør håndteres og sikkerhedsproblemer efterforskes, undersøges og håndteres.
7. “Early warning-systemer”: Et sådant system beskriver de procedurer, som virksomheden bør gøre brug af med henblik på at blive i stand til at reagere forebyggende, hvis sikkerhedsproblemer opstår. Sådanne procedurer kan eventuelt indarbejdes i virksomhedens post marketing-system som nævnt ovenfor. Et eksempel kan være fastlæggelse af tærskelværdier, hvorefter et vist antal kundeklager udløser en række på forhånd fastlagte undersøgelser.
8. Produkttilbagekaldelsessystemer: Virksomheder, der producerer produkter mv., bør være forberedt på, at en tilbagekaldelse efterfølgende kan vise sig nødvendig. Hvorledes virksomheden og dens ansatte konkret bør agere i forbindelse med en tilbagekaldelse, samt hvilke omkostninger der er forbundet hermed, kan med fordel beskrives i compliance-programmet. Ofte vil det være muligt i en dialog med de relevante offentlige myndigheder at aftale, hvad der i hvert land anses for en forsvarlig tilbagekaldelse. I Danmark har fx Elektricitetsrådet udarbejdet retningslinier for god skik for tilbagekaldelser, der kan være til inspiration for virksomheden i forbindelse med udarbejdelsen af et fornuftigt tilbagekaldelsessy-

stem.¹⁴⁹ Tilsvarende retningslinier er udarbejdet af produktsikkerhedsmyndighederne i de fleste andre lande Danmark normalt sammenligner sig med, herunder USA.¹⁵⁰

I relation til risikoen for erstatning i USA, bør der formentlig manes til besindighed.¹⁵¹ Uanset at diverse fantastiske erstatningshistorier fra tid til anden giver anledning til overskrifter, synes risikoen for at ifalde de frygtede punitive damages i USA ikke høj for danske virksomheder, der handler i overensstemmelse med almindelig god forretningsskik.¹⁵²

De sager hvor virksomheder er ifaldet punitive damages – herunder den berømte sag om den ældre dame der blev skoldet af en kop varm kaffe købt hos McDonald's og fik tilkendt en erstatning på knap USD 160.000¹⁵³ i ren erstatning plus USD 2,7 mio. i punitive damages – vedrører situationer, hvor virksomheder har handlet i strid med god forretningsskik. I McDonald's-sagen var kaffen på en McDonald's drive-through blevet serveret i et engangskrus. Da den ældre dame tog plasticlåget af kruset, væltede indholdet ud over hende. Kaffen var så varm,¹⁵⁴ at den gav hende tredjegradsforbrændinger på seks procent af kroppen med den følge, at hun skulle have hudtransplantationer og ligge på hospitalet i otte dage. Punitive damages udløstes primært fordi det kom frem under retssagen, at McDonald's over en tiårig periode

149. Se hjemmesiden <http://www.elraadet.dk/view.asp?ID=285>.

150. Se US Consumer Product Safety Commission's hjemmeside www.cpsc.gov/cpscpub/prerel/prerel.html. Se endvidere Global Counsel, "Updating your product recall strategy", 2001, der angiver en række eksempler på "dyre" tilbagekaldelser, herunder den gigantiske tilbagekaldelse af usikre Firestonedæk i 2000 og 2001. Artiklen angiver endvidere en række nyttige forslag til indholdet af fornuftige risk management procedurer og tilbagekaldelsestjeklister.

151. Således argumenterer advokat Finn Martensen, der har 15 års erfaring som rådgiver af danske virksomheder i USA, at blot en virksomhed tegner relevante forsikringer, er risikoen for at blive mødt af et erstatningsansvar ikke større end i Europa – se Børsen, "Frygt for produktansvarssager bremser dansk eksport", 2. juni 2004.

152. Desuden er der en udvikling i USA i mod at standse himmelflugten at punitive damages. US Supreme Court har således udstukket nogle retningslinier med henblik på begrænsning heraf – se The Economist, "Rule by numbers", 10. april 2003.

153. Beløbet var nedsat med 20 procent, fordi juryen mente, at der forelå egen skyld.

154. McDonald's forklarede under retssagen, at kaffen skulle være 87 grader varm bl.a. fordi mange kunder købte kaffen på vej til arbejde og først drak den, når de nåede frem til deres arbejdsplads. Dette tilbagevistes med henvisning til, at denne temperatur var betydeligt højere end hvad der var anført McDonald's egne interne instrukser, ligesom denne temperatur var betydeligt højere, end hvad de gældende industrinormer anbefalede.

havde fortsat med at servere den skoldhede kaffe på trods af rapporter om mere end 700 tilfælde, hvor kunder have brændt sig på kaffen, heraf nogle med alvorlige forbrændinger til følge. I dette lys synes en straf til McDonald's i form af punitive damages mindre urimelig – specielt ikke i betragtning af, at punitive damages gennem en anke efterfølgende blev nedsat til USD 480.000.

Hvis blot virksomheden sørger for ikke at sende et produkt på markedet, som den positivt ved er farligt samt ikke at ignorere kundeklager vedrørende sikkerhedsproblemer, synes risikoen for i USA at ifalde punitive damages ubetydelig. Det kan i den forbindelse anbefales, at virksomheden løbende sammenligner egne produkter med konkurrenters. Er virksomhedens produkt mindst ligeså sikkert som tilsvarende produkter på markedet, er det usandsynligt, at virksomheden tilpligtes at betale punitive damages.

I de sager, hvor der ikke bliver tale om punitive damages, udregnes erstatninger i produktansvarssager ikke væsentligt på anden måde i USA end i Europa.

Det der imidlertid ofte bevirker en erstatningsmæssig forskel er, at sygehus- og medicinudgifter i nogle lande, herunder Danmark, i større eller mindre omfang betales af staten, mens dette ikke er tilfældet i andre lande. Dertil kommer, at en række lande via lovgivning har lovgivet om erstatningsniveauet¹⁵⁵ – fx f.s.v.a. svie og smerte og erhvervsevnetab.¹⁵⁶

I EØS-landene har det såkaldte produktansvarsdirektiv¹⁵⁷ harmoniseret produktansvarsreglerne. Kommissionen offentliggjorde i februar 2003 en rapport,¹⁵⁸ der beskriver status i implementeringen af direktivet og foretager en komparativ analyse af de enkelte medlemsstaters produktansvarslovgivninger, herunder af de forskelle der stadig består. Rapporten konkluderer, at produktansvarsdirektivet generelt er korrekt implementeret i alle (de "gamle") EU-lande, og at de forskelle, der stadig består, primært relaterer sig til forskelle i processuelle regler og

155. Fx har Tyskland, Portugal og Spanien lagt loft over erstatningsbeløbene i relation til produktansvar.

156. Se fx § 6, stk. 2 i den danske erstatningsansvarslov.

157. Rådets direktiv 85/374/EØF af 25. juli 1985 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser om produktansvar.

158. Se Lovells, "Produktansvar i den Europæiske Union", februar 2003.

klagemuligheder.¹⁵⁹ I civil law-lande vil det fx normalt være producenten, der har bevisbyrden i relation til at afkræfte sit ansvarsgrundlag, blot køberen har kunnet bevise, at en skade er sket, og den fornødne årsagssammenhæng er til stede. I common law-lande vil det derimod normalt være køberen, på hvem alle bevisbyrdeaspekterne hviler, herunder hvorvidt producenten er ansvarlig. Dertil kommer, at mulighederne for at opnå høje erstatninger normalt anses for bedre i common law-lande end i civil law-lande.

Et produktansvarskrav kan normalt gøres gældende med henvisning til en eller flere af følgende teorier:

1. Erstatning i kontrakt
2. Erstatning uden for kontrakt
3. Objektivt ansvar

Erstatning i kontrakt: I de fleste lande vil kontraktretten bistå en køber, hvis sælgerens misligholdelse af en aftale medfører, at et produkt påfører køberen en skade. Hvorvidt en aftale er misligholdt eller ej, afhænger naturligvis af en fortolkning af de konkrete bestemmelser. En domstol vil i de fleste civil law-lande indfortolke “normale” og “underforståede” bestemmelser i aftalen. Omfanget af sådan udfyldende fortolkning afhænger primært af, om et land er inspireret af civil eller common law. Som også beskrevet i kapitel 6 tillægges en aftales ordlyd – og mangel på samme – i common law-lande større vægt end i civil law-lande, hvorfor aftaler underlagt common law normalt er længere og mere detaljerede end tilsvarende aftaler underlagt civil law.

Det er værd at bemærke, at der består en betydelig risiko for, at ansvarsfraskrivelse i aftaler med forbrugere bliver kendt ugyldige som følge af “urimelighed” eller ufravigelige regler,¹⁶⁰ mens det er helt normalt i aftaler mellem erhvervsdrivende henholdsvis at udvide eller indskrænke produktansvaret gennem diverse garantier eller ansvarsfraskrivelse.

Som udgangspunkt gælder endvidere, at et erstatningskrav i kontrakt kun vil kunne rettes mod den umiddelbare aftalepart og således ikke

159. Se rapportens bilag 4.

160. Se bl.a. Forbrugergarantidirektivet og Direktivet om urimelige vilkår i forbrugerkontrakter, som beskrevet i kapitel 6.

mod tidligere led i distributionskæden. I relation til forbrugere er dette dog i mange lande fraveget.¹⁶¹

Endelig bemærkes, at muligheden for at opnå erstatning i kontrakt afviger fra land til land. Generelt anses mulighederne for at opnå erstatning ikke gode i Danmark og Sverige, mens fx England og Irland anses for at have en lovgivning, der tilgodeser skadelidte.

En anden forskel er, at forældelsesreglerne er vidt forskellige i EØS-landene. I nogle lande skal et erstatningskrav i kontrakt gøres gældende inden for tre år efter viden om skaden, mens forældelsesfristen i visse situationer er helt op til 15 år i andre lande.

Erstatning uden for kontrakt: Alle landes lovgivning giver mulighed for at tilkende en køber erstatning, såfremt en skade er opstået som følge af en virksomheds uagtsomhed/forsæt. Et sådant krav kan normalt rettes mod ethvert led i distributionskæden, blot den fornødne uagtsomhed (*culpa*) er til stede i det pågældende led.

Som også nævnt ovenfor, er der imidlertid forskel mellem civil og common law i relation til at bevise uagtsomhed. Således er det i de fleste civil law-lande således,¹⁶² at hvis en køber kan bevise, at et produkt har medført en skade, vil det være sælgeren, der har bevisbyrden i relation til at afkræfte sin uagtsomhed. I common law-lande påhviler det derimod køberen at bevise, at den fornødne uagtsomhed hos sælgeren er til stede.¹⁶³

Også i relation til erstatning uden for kontrakt er erstatningsmulighederne og forældelsesreglerne vidt forskellige i EØS-landene. I Frankrig vil der således ikke kunne kræves erstatning for følgeskader, mens dette er muligt i de fleste andre lande, ligesom et erstatningskrav uden for kontrakt skal gøres gældende inden et år i de fleste delstater i Spanien, mens de fleste andre lande opererer med forældelsesfrister på mellem tre og ti år.

161. I Østrig, Frankrig, Spanien, Portugal og Irland vil det således under visse omstændigheder være muligt efter kontraktretten at rette et krav mod andre led i distributionskæden end den umiddelbare aftalepart.

162. Fx Frankrig, Tyskland og Italien.

163. Uden for Produktansvarslovens område, som beskrevet nedenfor under objektivi ansvar, har Danmark valgt en mellemløsning. Således skal skadelidte som udgangspunkt bevise skadevolderens uagtsomhed, dog således at domstolene i visse tilfælde kan vælge at skærpe erstatningsansvaret ved at pålægge skadevolderen af kræfte sin uagtsomhed (det såkaldte præsumptionsansvar).

Objektivt ansvar: Produktansvarsdirektivet hjemler et såkaldt objektivt ansvar. Enkelte landes lovgivning hjemler også et objektivt ansvar – primært til fordel for forbrugere – i produktansvarssager, der falder uden for produktansvarsdirektivets anvendelsesområde. Et objektivt ansvar indebærer, at producenten er ansvarlig for en eventuel skade et defekt produkt forårsager, uanset om producenten har handlet uagtsomt (culpa) eller ej.

Produktansvarsdirektivet er implementeret i alle EU- og EFTA-lande – i Danmark ved produktansvarsloven.

Produktansvarsloven vil i Danmark regulere de fleste produktansvarssager, medmindre en konkret sag er omfattet af produktansvarsregler i speciallovgivning. De få sager, der falder uden for produktansvarslovens anvendelsesområde,¹⁶⁴ vil blive reguleret af de i retspraksis skabte produktansvarsregler, herunder ved brug af de indledningsvis nævnte teorier.

Ifølge produktansvarsdirektivet – der er gældende i EU/EFTA samt en række andre lande¹⁶⁵ – gælder følgende generelle retningslinier:

1. En producent skal erstatte skade, der er forårsaget af et af producenten produceret eller leveret defekt produkt.
2. Et produkt anses for defekt, når det ikke er så sikkert, som det med rette kan forventes – navnlig i lyset af produktets markedsføring, den forudsatte brug og tidspunktet da produktet bragtes i omsætning.¹⁶⁶
3. Det primære produktansvar påhviler producenten¹⁶⁷ af det defekte produkt. Hvis et produkt har flere producenter fordeles produktansvaret i mangel af en aftale imellem dem efter en vurdering af forskellige faktorer. Uanset at mellemhandleransvaret ikke reguleres af produktansvarsdirektivet, er udgangspunktet i de fleste lande, at en mellemhandler ikke ifalder et produktansvar, hvis ved-

164. Fx hvis et produkt forvolder skade på løsøregenstande, der anvendes erhvervmæssigt.

165. Produktansvarsdirektivet er blevet kopieret af bl.a. Australien, Brasilien, Japan og Taiwan.

166. Blot fordi et bedre produkt bringes i omsætning, indebærer ikke i sig selv, at "gamle" produkter anses for defekte.

167. Dette begreb omfatter både producenter af råmaterialer, delkomponenter og naturprodukter, ligesom den virksomhed, der importerer produktet ind i EU også regnes som producent. Endelig anses for producent også den, der ved at anbringe sit navn, logo eller andet kendetegn på produktet, udgiver sig for at være dets producent.

kommende er i stand til overfor skadelidte at identificere producenten eller alternativt at henvise til en melleghandler højere oppe i distributionskæden. Melleghandleransvarsreglerne er dog forskellige i de enkelte lande, hvorfor dette bør undersøges for hvert enkelt land.¹⁶⁸ I Danmark hæfter hvert led i distributionskæden. Kommer en dansk melleghandler således til at hæfte overfor skadelidte, er melleghandlerens eneste mulighed for at få dækket sit tab at søge regres højere oppe i distributionskæden.

4. Produktansvarsdirektivet opregner en række ansvarsfrihedsgrunde, hvoraf den vigtigste for producenter vedrører de såkaldte udviklingsskader. Hvis producenten er i stand til at bevise, at det, på tidspunktet hvor produktet bragtes i omsætning, ikke var muligt at opdage defekten på baggrund af den videnskabelige og tekniske viden på daværende tidspunkt, ifalder producenten ikke et produktansvar.¹⁶⁹ Da implementeringen af denne ansvarsfrihedsgrund er frivillig, har ikke alle lande implementeret den, herunder bl.a. Norge og Finland.
5. Et produktansvar forældes tre år efter den dag, hvor skadelidte har fået eller burde have fået kendskab til skaden, defekten og producentens navn og opholdssted. Det udgør endvidere i praksis en vigtig begrænsning af ansvaret for producenter, at et produktansvar skal gøres gældende senest ti år efter produktet bragtes i omsætning.¹⁷⁰
6. Produktansvarsdirektivets regler er ufravigelige og vil således ikke kunne fraviges til skade for skadelidte ved en forudgående aftale. Uden for direktivets anvendelsesområde vil produktansvaret derimod i vidt omfang kunne fraviges ved aftale.

Uanset at der ikke er væsentlig forskel på risikoen for at ifalde et produktansvar i henholdsvis USA og Europa, er risikoen for at blive

168. I Frankrig er det fx et lovgivningskrav, at købsaftaler skal indeholde en "garanti mod latente defekter" samt en generel sikkerhedsforpligtelse. Disse rettigheder overføres til senere købere af produktet, hvorved en forbruger kan rejse krav mod ethvert led i distributionskæden.

169. Et eksempel er de såkaldte Thorotrast-sager, hvor hvor et røntgenkontrastmiddel efterfølgende viste sig at være kraftfremkaldende.

170. Uden for produktansvarslovens anvendelsesområde gælder i Danmark de almindelige forældelsesregler.

sagsøgt i produktansvarssager markant større i USA. Dette skyldes primært, at det i forhold til Europa er billigere at anlægge en retssag i USA – bl.a. fordi:

1. Retsafgiften ikke er så høj som i Europa.¹⁷¹
2. Taberen ikke skal betale modpartens sagsomkostninger.
3. Mange advokater benytter såkaldte contingency fees, som beskrevet i kapitel 2. Derved skal klienten kun betale advokatens salær, hvis advokaten helt eller delvist vinder sagen eller medvirker til en forligsløsning.

Dette har da også medført, at der i USA er en markant forskellig indstilling til anlæggelse af retssager og indgåelse af forlig, end i Europa. Hvor produktansvarssager i Europa først søges forligt, og når dette ikke lykkes herefter indbringes for domstolene, er det omvendt i USA. Her sagsøges der, hvorefter sagerne i 19 ud af 20 tilfælde forliges, før der falder dom. Virksomheden har heldigvis mulighed for – i tilknytning til en produktansvarsforsikring – at forsikre sig mod de betydelige sagsomkostninger, som ofte opstår i USA i forbindelse med retssager om produktansvar.¹⁷²

Ifølge den førnævnte Kommissions-rapport er antallet af produktansvarssager på vej op i EØS. Dette skyldes formentlig, at forbrugerne er blevet mere bevidste om de forbedrede muligheder for at opnå erstatning efter implementeringen af produktansvarsdirektivet. Da dertil kommer, at mulighederne for i Europa at opnå retshjælp¹⁷³ og indgå no cure-no pay-aftaler formentlig forbedres i de kommende år, er det sandsynligt, at antallet af produktansvarssager vil stige i Europa i de kommende år.

I lyset af at en produktansvarssag i USA eller andre steder risikerer at påvirke stakeholder value væsentligt i negativ retning, kan det normalt anbefales, at virksomheden tager visse forholdsregler.

171. Som regel koster det i USA under USD 100 at anlægge en sag, og retsafgiften udregnes således ikke som i Danmark som en procentsats af sagens genstand.

172. Ofte udgør sagsomkostningerne – advokatsalærer, ekspertvidner, retsafgifter mv. – omkring 70 procent af det beløb, som virksomheden er sagsøgt for.

173. Se fx Rådets direktiv 2002/8/EF af 27. januar 2003 om forbedret adgang til domstolene i grænseoverskridende tvister gennem fastsættelse af fælles mindsteregler for retshjælp i forbindelse med tvister af denne art (EF-Tidende nr. L 26 af 31. januar 2003 s. 41–47).

Kap. 5: Regulatory risk management

Ud over de generelle forslag til indholdet af compliance-programmer, der er anført indledningsvis i dette kapitel, kan konkrete forslag til indholdet af den del af compliance-programmet, der vedrører produktansvar herefter opsummeres som følger:

1. Virksomhedens produktansvarspolitik.
2. En generel beskrivelse af de landes produktansvarslovgivning, som virksomheden er underlagt. En række grundlæggende træk ved de enkelte landes produktansvarsregler bør undersøges og beskrives – eventuelt ved brug af lokale advokater – herunder bl.a.:
 - a. Produktansvar i kontrakt
 - b. Produktansvar uden for kontrakt
 - c. Regler om objektivt ansvar
 - d. Melleghandleransvar og regresregler
 - e. Ansvar for udviklingsskader
 - f. Bevisbyrderegler
 - g. Forældelsesregler
 - h. Muligheden for ansvarsfraskrivelse, som beskrevet i kapitel 6.
3. Ovennævnte kan eventuelt indgå som spørgsmål i det i kapitel 4 nævnte standardspørgsmålsskema i forbindelse med, at virksomheden forbereder at afsætte sine produkter på et nyt geografisk marked.
4. En opregning af for hvilke produkter virksomheden i produktansvarsmæssig forstand regnes som henholdsvis producent og melleghandler. Endvidere bør produkternes gang fra producenten igennem distributionskæden til virksomheden kunne dokumenteres (på engelsk “product traceability”).
5. En beskrivelse af relevante standardansvarsfraskrivelse og lov- og værnetingeklausuler. Disse bør fremgå af virksomhedens standardaftaler og er nærmere beskrevet i kapitel 6.
6. Forsikringsdækning: Virksomheden vil ofte kunne forsikre sig mod produktansvar, produkttilbagekaldelser samt mod et eventuelt personligt bøde- og erstatningsansvar for ansatte. Forsikringen – samt en eventuel selvrisiko og dækningsbegrænsninger – kan med fordel beskrives i compliance-programmet.

Afslutningsvis skal nævnes reglerne om eksportkontrol, der synes at

være et område, der hidtil har været en kende overset af virksomheder.¹⁷⁴

Produkter med dobbelt anvendelse (såkaldte “dual use-produkter”) er produkter, der kan anvendes til såvel civile som militære formål, men som ikke er våben. Det kræver tilladelse at eksportere sådanne produkter og teknologier såfremt:

1. de står opført på EU's kontrolliste¹⁷⁵ over produkter der kræver udførselstilladelse, eller
2. de er eller kan være bestemt til anvendelse i forbindelse med masseødelæggelsesvåben eller missiler til fremføring af sådanne våben (den såkaldte catch all-klausul).

En overtrædelse af reglerne kan i Danmark medføre straf i form af bøde eller fængsel i op til 2 år eller under skærpende omstændigheder 6 år.

Det vil formentlig komme som en overraskelse for virksomheder, hvilke (fredelige) produkter, der er pålagt restriktioner, og det kan derfor anbefales, at virksomheden undersøger om dets produkter er nævnt i kontrollisten eller omfattet af catch all-klausulen.

Muligheden for at opnå en eksporttilladelse afhænger naturligvis af, til hvilket land eksport skal ske.¹⁷⁶ Det er virksomheden, der er forpligtet til at indhente oplysninger om slutbrugeren og produktets endelige brug (slutbrug). Hvis virksomheden er i tvivl om reglerne, vil det være muligt at rette henvendelse til Erhvervs- og Boligstyrelsen, der administrerer reglerne.¹⁷⁷ I Danmark kan en eksporttilladelse i

174. I Danmark findes reglerne i Lov om anvendelsen af visse af De europæiske Fællesskabers retsakter om økonomiske forbindelser til tredjelande (Lovbekendtgørelse nr. 612 af 25. juni 2003) og Bekendtgørelse om kontrol med udførslen af produkter og teknologi med dobbelt anvendelse (“dual-use”) (Bekendtgørelse nr. 684 af 22. juli 2003).

175. Kontrollisten fremgår af bilag 1 til Rådets forordning (EF) nr. 1334/2000 af 22. juni 2000 om en fællesskabsordning for kontrol med udførslen af produkter og teknologi med dobbelt anvendelse. (EF-Tidende nr. L 159 af 30. juni 2000).

176. I relation til eksportkontrol bør virksomheden p.t. tage sig i agt ved eksport til Iran, Irak, Libyen, Nordkorea og Syrien, ligesom fx Indien og Pakistan samt Mellemøsten og Nordafrika også rummer risici. Det vil altid være en god ide at kontakte Erhvervs- og Boligstyrelsen direkte eller besøge hjemmesiden, hvis virksomheden får en ordre fra et land, hvor der i pressen er forlydender om uroligheder.

177. På Erhvervs- og Boligstyrelsens hjemmeside www.ebst.dk/eksportkontrol/0/30 findes en god beskrivelse af reglerne, herunder FAQ, ligesom Udenrigsministeriet også beskriver reglerne på sin hjemmeside www.um.dk.

Kap. 5: Regulatory risk management

“normale” sager opnås inden for 14 dage, mens det i mere komplicerede sager kan tage noget længere tid. Det kan i salgsaftaler anbefales eksplicit at anføre, at salget sker under forbehold af, at de fornødne eksportkontrolladninger opnås, ligesom det kan anbefales at indhente en såkaldt slutbrugererklæring.¹⁷⁸

USA har (naturligvis) også strikse eksportkontrolregler, ligesom sanktionerne kan være alvorlige for virksomheder der overtræder reglerne.¹⁷⁹ Hvis virksomheden eksporterer produkter fra USA – fx til et dansk koncernselskab – vil det være relevant at undersøge de amerikanske eksportkontrolregler. En beskrivelse heraf fremgår på US Department of Commerce, Bureau of Industry and Security's (BIS) hjemmeside, der også indeholder et forslag til et compliance-program.¹⁸⁰

Hvis eksportkontrolreglerne er relevante for virksomheden, kan et afsnit herom med fordel indarbejdes i compliance-programmet eller eventuelt give anledning til at virksomheden udarbejder et selvstændigt compliance-program om eksportkontrol.

178. Forslag til ordlyden heraf fremgår af Erhvervs- og Boligstyrelsens hjemmeside www.ebst.dk/eksportkontrol/0/30.

179. Sanktionerne fremgår af hjemmesiden www.bis.doc.gov/enforcement/eeprgm.htm.

180. Se hjemmesiden www.bis.doc.gov. På Erhvervs- og Boligstyrelsens hjemmeside findes også en beskrivelse af de amerikanske regler www.ebst.dk/publikationer/rapporter/administration_regler/kap03001.html.

Contractual risk management

Indledning

I starten af halvfemserne gik salget af TV-/radio-/hi-fiudstyr, hårde hvidevarer, rejser og tæpper trægt i Danmark.

Med henblik på at få gang i salget fik Serviceringen, Fona, Larsen Rejser, 2Tal og Tæppeland den idé, at tilbyde kunderne følgende fantastiske tilbud:

Køb nu og få pengene tilbage om ti år!

Forretningsidéen bag konceptet var, at butikkerne tegnede en forsikring hos engelske forsikringsselskaber, som angiveligt kostede dem 15 procent af varens pris. Til gengæld havde butikkerne som følge af tilbuddet et voldsomt forøget salg (der skete uden brug af rabatter).

De engelske forsikringsselskaber satsede på, at hovedparten af kunderne ville glemme at kræve pengene tilbage ti år senere, og havde i diverse aftaler pålagt butikkerne en streng tavshedspligt om ikke at nævne noget herom. Forsikringsselskaberne satte deres lid til udenlandske erfaringer og risikoberegninger. Sidstnævnte syntes at påvise, at det reelle tilbagebetalingsbeløb, som følge af kundernes almindelige glemsomhed, sygdom, dødsfald samt en række usædvanligt strenge krav, der skulle opfyldes af kunderne, før tilbagebetalingspligten udløstes, formentlig ville medføre, at kun omkring fem procent af kunderne – og allerhøjest en tredjedel – ville og kunne kræve pengene retur. Dertil kom, at de engelske selskaber havde mulighed for at få de indvundne forsikringspræmier til at vokse ved spekulation i aktier og andre værdipapirer, ligesom de i deres skatteregnskaber kunne afskrive hele garantibeløbet, uanset at den reelle tilbagebetaling som nævnt ovenfor antagelig ville blive langt mindre.

Tilbuddet blev massivt markedsført af kæderne i diverse reklamer og annoncer. Mange forbrugere benyttede sig da også heraf i de tre-fire

måneder tilbuddet kørte, indtil Forbrugerombudsmanden og Finanstilsynet satte en stopper herfor på grund af de uigennemskuelige betingelser for tilbagebetaling.

I forlængelse af salget skulle forbrugerne inden en bestemt frist efter købsdatoen indsende et ansøgningsformular sammen med kvitteringen til et af de engelske forsikringsselskaber med henblik på at få udstedt et såkaldt garanticertifikat. Det var således ikke den enkelte butik, der var udsteder af garanticertifikaterne. Det skønnes, at certifikater til en værdi af omkring DKK 150-200 mio. således blev udstedt.

Det fremgik af certifikaterne, at kunderne skulle opfylde en række betingelser for at opnå tilbagebetaling. Bl.a. skulle det originale garanticertifikat og en kopi af den originale kvittering indsendes sammen med ansøgningsformularen. Dertil kom dog en række besynderlige krav, som skulle medvirke til at mindske tilbagebetalingskravene. Således kunne kun underskriveren af garanticertifikatet indsende dokumenterne, ligesom dette skulle ske i en helt bestemt periode – for Fona-kunders vedkommende mellem 7. oktober og 17. november 2001. Endvidere måtte garanticertifikatet ikke være foldet, det kunne ikke overdrages til andre, ligesom hver husstand kun måtte indsende én tilbagebetalingsansøgningsformular.

Tiden gik og tidspunktet for tilbagebetalingen nærmede sig. I starten blev tilbagebetalingskravene mødt med larmende tavshed fra butikkerne, der jo i aftalerne med de engelske forsikringsselskaber var forpligtet til ikke at sige noget. Diverse forbrugerprogrammer, aviser og andre medier dækkede imidlertid sagen tæt, ligesom forbrugerombudsmanden også hurtigt kom på banen og orienterede forbrugerne om deres rettigheder.

Butikskæderne prøvede først at forsvare sig med, at tilbagebetalingskravet ikke kunne rettes mod dem, idet de blot havde ageret i rollen som formidlere af garanticertifikaterne. Således udtalte ServiceRingens direktør, Torben Mouritsen, følgende til pressen:¹

Det har aldrig været meningen, at vi skulle betale kunderne deres penge tilbage. Det er en aftale, som kunderne har indgået med Buy

1. Se Politiken, "ServiceRing: Vi er ikke ansvarlige", 7. november 2001.

Back Consortium Trust [forsikringselskabet] ved at sende købenotaen til det engelske firma.

Spørgsmålet var således, om butikkerne selv kunne komme til at hæfte for tilbagebetalingsgarantierne, hvis der ikke var nogen penge at hente i det engelske konkursbo. Bl.a. på grund af måden hvorpå konceptet var blevet markedsført af kæderne, var forbrugerombudsmanden ikke i tvivl herom og proklamerede offentligt, at han ville tage affære, hvis kunderne ikke fik deres penge.

Lidt efter lidt lovede kæderne da også, at kunderne ville få pengene retur. F.s.v.a. ServiceRingens, Tæppeland og 2Tal skete dette dog først efter afslutningen af langvarige forhandlinger i England som følge af, at det engelske forsikringselskab, der stod bag garanticertifikaterne udstedt til de tre butikskæders kunder, i 1998 var gået konkurs.

Formentlig primært som følge af den massive presseomtale, viste de oprindelige beregninger sig ikke at holde stik. Således sendte over 85 procent² af ServiceRingens kunder fra dengang garantibeviserne ind med krav om tilbagebetaling af i størrelsesordenen DKK 120 mio.³ Det antages, at ServiceRingens kun havde mulighed for at hente knap halvdelen af dette beløb i det engelske konkursbo, og resten er således formentlig⁴ blevet betalt af de enkelte butikker og ved tæring på kædens egenkapital.⁵ Tilsvarende har formentlig været tilfældet i de to andre kæder berørt af konkursen.

Dermed var sagen ikke slut. En række forbrugere, der havde fået deres tilbagebetalingskrav afvist, fordi de ikke opfyldte de krav, der fremgik af garanticertifikaterne, klagede til Forbrugerankenævnet med påstand om, at kravene var urimelige og burde tilsidesættes. Forbrugerankenævnet gav forbrugerne medhold i følgende situationer:⁶

-
2. Af disse kunder blev kun to procent afvist, fordi kravene i tilbagekøbsordningen ikke var opfyldt. Se Jyllands-Posten, "Et spørgsmål om hæderlighed", 12. december 2001.
 3. Se Jyllandsposten, "Hvidevare-kunder får penge retur i dag", 2. marts 2002.
 4. Muligvis har kæderne været i stand til at hente en del af tabet hos genforsikringselskaber.
 5. Se Jyllands-Posten, "Millionregning", 3. marts 2002 og "ServiceRingens risikerer store krav", 8. november 2001.
 6. Se Forbrugerstyrelsens pressemeddelelse, "Tilbagebetalingsgaranti" 20. august 2002. Afgørelsen kan læses på Forbrugerstyrelsens hjemmeside www.fs.dk.

Kap. 6: Contractual risk management

1. Selv om garanticertifikatet ikke kunne overdrages, havde en ægtefælle eller samlever ret til at få pengene tilbage, hvis parret oprindeligt købte den pågældende vare som et led i deres fælles husholdning. Dette gjaldt både hvis den ene part efterfølgende var død, eller hvis parterne var blevet skilt. Nævnet begrundede dette med, at det kun var muligt at ansøge om ét garanticertifikat pr. husstand – og at dette kunne få forbrugerne til at tro, at personen på certifikatet skrev under for hele husstanden.
2. Selv om kun ét garanticertifikat måtte indsendes pr. husstand, mistede forbrugere, der indsendte flere, ikke retten til at få penge tilbage for alle certifikater. Det første certifikat forbrugeren fik – og kun dette – havde han eller hun således ret til at få pengene tilbage for. Nævnet begrundede dette med, at det ikke fremgik klart af reglerne, at forbrugeren fortabte sin ret til at få udbetalt samtlige certifikater, hvis vedkommende indsendte for mange.
3. Selv om forbrugeren skulle indsende certifikatet på et bestemt tidspunkt, fortabtes retten til pengene ikke, fordi vedkommende havde indsendt det for tidligt. Nævnet begrundede dette med, at butikkerne burde have sendt for tidligt indsendte certifikater tilbage eller have nægtet at modtage dem før den aftalte dato. Dette ville have givet forbrugeren mulighed for at sende garanticertifikatet ind rettidigt.

For ServiceRingens betød ovennævnte afgørelse en ekstraregning på ca. DKK 500.000.⁷

Det kan ikke undre, at direktør i F Group (tidligere Fona) Michael Kjær efterfølgende udtalte til pressen, at selskabet aldrig mere ville markedsføre sig med et sådant tilbagebetalingskoncept.⁸ ServiceRingens og de øvrige kæder er formentlig af samme mening.

Ovennævnte sag er illustrerende for, hvilke farer der lurar, hvis virksomheden i stort omfang indgår uigennemtænkte aftaler⁹ – særligt hvis de indgås med forbrugere.

7. Se Jyllands-Posten, "Forbrugere vandt over butikskæde", 27. august 2002.

8. Se Jyllandsposten, "Fona-kunder er utålmodige", 9. februar 2002.

9. Se Computerworld, "EDS: Millionbod for at komme ud af kontrakt", 29. juli 2004, hvoraf det fremgår, at IT- og servicevirksomheden EDS har indvilget i at betale en unavnigiven samarbejdspartner USD 850 mio. for at ophæve en tabsgivende outsourcing-

Det er ikke ualmindeligt, at virksomheder opererer med interne retningslinier om, at aftaler om indkøb eller salg over en vis kontraktsum skal godkendes af en leder på et bestemt niveau i organisationen. Dette udgør ofte en fornuftig risk management-procedure. Imidlertid er det ikke kun en aftales kontraktsum, der har indflydelse på, om den risikerer i betydelig grad at påvirke stakeholder value. Hvis virksomheden indgår en salgsaftale, der ikke indeholder de fornødne ansvarsfraskrivelser, eller hvis virksomhedens kunde slipper af sted med at indføre en række vidtrækkende garantibestemmelser, udgør en sådan aftale en potentiel risiko for et efterfølgende erstatningsansvar, der i værste fald langt kan overstige kontraktsummen. Har virksomheden ligesom i eksemplet ovenfor i større omfang indgået sådanne juridisk uigennemtænkte aftaler, fx fordi juridiske afdeling eller den faste advokat ikke har været involveret, er der risiko for, at stakeholder value i betydeligt omfang vil blive påvirket negativt.

I forbindelse med kontraktforhandlinger med specielt amerikanske virksomheder er det ikke ualmindeligt at opleve, at forhandlingerne bliver langstrakte, som følge af at selv ubetydelige forslag til ændringer i aftaleudkastet fordrer en godkendelse af modpartens juridiske afdeling. Dette er udtryk for et fintmasket contractual risk management-program. Hvor snærende retningslinier, virksomheden bør implementere, afhænger af virksomhedens individuelle forhold. I visse brancher er det ikke hensigtsmæssigt, at juridisk afdeling eller den faste advokat involveres i betydeligt omfang i forbindelse med indgåelsen af aftaler, mens det i andre brancher kan være af afgørende betydning med henblik på at fastholde og skabe stakeholder value.

I lyset af virksomhedens konkrete risikostrategi og –villighed vil de fleste virksomheder med fordel kunne implementere et contractual risk management-program indeholdende en eller flere af følgende elementer:

1. Virksomhedens contractual risk management-politik.
2. En beskrivelse af contractual risk management-organisationen og

kontrakt, som virksomheden indgik i slutningen af halvfemserne, hvor IT-markedet var i rivende udvikling. Betalingen er blot det seneste eksempel på en lang række af "uheldige" aftaler, som EDS har valgt at betale erstatning for at slippe ud af.

Kap. 6: Contractual risk management

hvem der har ansvaret for hvad. Et organisationsdiagram kan eventuelt vedlægges som bilag.

3. Manual i aftaleindgåelse, herunder diverse standardaftaler med tilknyttede forklaringer og vejledninger.
4. Manual i ophør af aftaler.
5. En beskrivelse af relevante rutiner og procedurer.
6. En beskrivelse af relevante rapporteringsforpligtelser.
7. Relevante interne og eksterne kontaktpersoner og videnstrømme. Eventuelt vedlægges som bilag en knowledge map.
8. En beskrivelse af hvordan programmet implementeres i virksomheden. Retningslinier for eventuel indledende legal due diligence samt relevante tjeklister, handlingsplaner, aktionslister og uddannelsesplaner vedlægges som bilag.
9. Retningslinier for løbende opdatering, kontrol og overvågning af programmet.

I fornødent omfang bør programmet henvise til relevante compliance-programmer og andre risk management-programmer, der indeholder en mere specifik beskrivelse af og forslag til bestemte aftalebestemmelser. Et eksempel på sidstnævnte er virksomhedens compliance-program i konkurrenceret, der ofte vil indeholde konkrete eksempler på aftalebestemmelser, der henholdsvis er og ikke er lovlige og gyldige.

Nedenfor er angivet et forslag til, hvordan virksomheden kommer i gang med contractual risk management, ligesom en række anbefalinger i relation til brug af standardaftaler og manualer i aftaleindgåelse og ophør af aftaler er beskrevet.

Indledende undersøgelser

Due diligence anvendes i forbindelse med virksomhedsoverdragelser og vedrører de undersøgelser, som en potentiel virksomhedskøber foretager af målvirksomheden (target) før købsaftalen underskrives.¹⁰ Den juridiske del af en due diligence vedrører primært en gennemgang af de aftaler, som target har indgået med tredjemand.

10. Se Advokatsamfundets, "Vejledning i gennemførelse af Juridisk Due Diligence", juni 2002.

En due diligence vil normalt centrere sig om at søge svar på følgende spørgsmål:

1. Opfylder target køberens forretningsmæssige forventninger?
2. Kan target integreres i køberens virksomhed?
3. Hvilke risici er der ved overtagelse af target?
4. Hvad skal target koste?

Mens punkt et og to er en vurdering, som den potentielle køber må foretage, er punkt tre og fire noget, som også sælger bør have en mening og et overblik over, inden forhandlinger indledes. Er dette ikke tilfældet, kan det anbefales i god tid at foretage en sælger due diligence med henblik på at salgsmodne og indføre sunde juridiske rutiner i target, inden det af sælger sættes til salg.

Har virksomheden imidlertid implementeret et velfungerende legal risk management-system, herunder relevante compliance-programmer og et contractual risk management-program, vil en sælger due diligence normalt ikke være påkrævet.

Som et indledende trin i implementeringen af et contractual risk management-program bør virksomheden ligesom ved due diligence foretage en gennemgang og analyse af virksomhedens eksisterende aftaler samt procedurerne for indgåelse af nye aftaler.

En sådan gennemgang kan med fordel omfatte en besvarelse af følgende spørgsmål:

1. Er de af virksomhedens indgåede aftaler i overensstemmelse med den risikostrategi og -villighed, som ledelsen har udstukket, og er virksomhedens nuværende procedurer, standardaftaler og manualer i aftaleindgåelse hensigtsmæssige? – herunder besvarelse af følgende spørgsmål:¹¹
 - a. Hvilke er virksomhedens vigtigste aftaler med tredjemand – køb, salg, distribution, leje, licens mv. – i relation til at fastholde og skabe stakeholder value?¹²

11. Jf. også European Counsel, "When prevention is cheaper than cure", december 1999/ januar 2000. Inspiration kan også hentes i Marsh Risikoorientering, "Risikostyring af virksomhedens kontrakter", nr. 3, oktober 2002.

Kap. 6: Contractual risk management

- b. Er alle vigtige aftaler, som virksomheden er part i, skriftlige?
 - c. Hvilke ansatte forhandler vigtige aftaler på vegne af virksomheden – og i hvilket omfang inddrages juridisk afdeling?
 - d. Hvilke vigtige aftaler er der risiko for vil blive misligholdt?
 - e. Hvilke vigtige aftaler ønsker virksomheden at opsige, ændre eller forlænge?
 - f. Er lovvalgs- og værnetingsbestemmelser i alle vigtige aftaler fornuftige og hensigtsmæssige?
 - g. Foretager virksomheden en hensigtsmæssig dokumenthåndtering som nærmere beskrevet i kapitel 8?
 - h. Er alle standardaftaler og andre standarddokumenter hensigtsmæssige i alle de lande, hvis love de er underlagt, og er de løbende blevet tilrettet i lyset af virksomhedens og lovgivningens udvikling?
2. Afdækker virksomhedens forsikringsprogram de risici, som virksomheden har påtaget sig i indgåede aftaler – fx i relation til produktansvar – eller er disse risici i vid udstrækning selvfinansierede?

Alt afhængig af svarene på disse spørgsmål, vil de således indhentede oplysninger kunne udgøre grundlaget for udarbejdelsen af handlingsplaner til implementering af et fornuftigt contractual risk management-program.

Standardaftaler

Ud over at minimere aftaleretlige risici, er en fordel ved at operere med standardaftaler endvidere, at virksomhedens forhandlingsudgangspunkt normalt forbedres betragteligt, ligesom virksomhedens forhandlere efterhånden bliver fortrolige med opbygningen og ordlyden af aftalerne, herunder de definitioner og standardbestemmelser, der går igen.

Standardaftaler bør naturligvis benyttes på de områder, der ud fra en

12. Vigtige faktorer i relation til en konkret aftales vigtighed er bl.a. kontraktsummen, aftalens længde, ansvarspåvirkende bestemmelser såsom garantier og ansvarsfraskrivelser, konkurrencebegrænsende bestemmelser, risikoen for konventionalbod mv.

contractual risk management-synsvinkel er af størst vigtighed for virksomheden.

Ofte benyttede standardaftaler er:

1. Almindelige købs-, salgs- og leveringsbetingelser
2. Købsaftaler
3. Salgsaftaler
4. Distributionsaftaler, såsom forhandler- eller agentaftaler
5. Licensaftaler
6. Hemmeligholdelses- og fortrolighedsaftaler
7. IT-aftaler
8. Konsulentaftaler
9. Udviklingsaftaler
10. Ansættelsesaftaler

De løbende møder i det i kapitel 3 nævnte risk management-udvalg kan bl.a. anvendes til at identificere, om der er opstået behov for at tilrette eksisterende standardaftaler eller for at udarbejde nye typer standardaftaler.

Da standardaftaler udgør det fremtidige grundlag for virksomhedens indgåelse af aftaler, bør virksomheden være særdeles omhyggelig med indholdet heraf. Hvis juridisk afdeling selv forestår udarbejdelsen af standardaftaler, kan det normalt anbefales også at lade virksomhedens faste advokat gennemgå disse med henblik på at opnå relevant eksternt input. Hvis aftalerne skal anvendes i flere jurisdiktioner eller være underlagt lovgivningen i andre lande, bør et udkast til standardaftale også runde en lokal advokat i det/de pågældende land(e).

I afsnittet nedenfor er anført en række generelle bemærkninger til indholdet af virksomhedens aftaler.

Manual i aftaleindgåelse

Indledning

Virksomhedsjurister og advokater, der har deltaget i due diligence i forbindelse med køb og salg af virksomheder, kan ikke genkende til, at den juridiske kvalitet af aftaler, som virksomheder indgår, kan svinge betragteligt. Under IT-feberen i slutningen af halvfemserne var

Kap. 6: Contractual risk management

der måske mindre fokus herpå, men henset til at nu også IT-virksomheder er gået i retning af “back to basics“, risikerer værdien af en virksomhed – og dermed stakeholder value – at blive påvirket betydeligt i nedadgående retning, hvis virksomhedens aftaler befinder sig på et lavt juridisk niveau.

Da kontraktforhandlinger normalt indebærer, at der tages og gives, bør der implementeres rutiner, der sikrer, at vigtige bestemmelser i virksomhedens standardaftaler ikke udgår eller ændres, medmindre dette forinden er godkendt af juridisk afdeling eller den faste advokat. Tilsvarende gælder naturligvis, hvis en konkret forhandling ikke skal tage sit udgangspunkt i en af virksomhedens standardaftaler. I sådanne tilfælde bør virksomheden sikre sig, at procedurer er implementeret, således at juridisk afdeling eller den faste advokat i nødvendigt omfang inddrages i forhandlingerne.

Ud over at brug af manualer i aftaleindgåelse kan medvirke til, at virksomheden i væsentlig grad forbedrer den juridiske kvalitet af de aftaler, den indgår, kan de endvidere medvirke til at forankre viden i virksomheden i relation til, hvordan kontraktforhandlinger normalt foreløber, samt hvad det er vigtigt at være opmærksom på med henblik på ikke at eksponere virksomheden for urimelige eller unødige risici.

En manual bør altid være tilpasset virksomhedens individuelle forhold, men det vil ofte være muligt at modtage bistand eller inspiration fra eksterne advokater i forbindelse med udarbejdelsen heraf. Som nævnt i kapitel 2, har en række advokatfirmaer produktudviklet på dette område.

En manual i aftaleindgåelse vedrørende en bestemt kontrakttype kan med fordel indeholde:

1. En beskrivelse af parternes normale forhandlingsudgangspunkter.
2. En beskrivelse af et “normalt” forhandlingsforløb.
3. Diverse relevante tjeklister således at det sikres, at alle vigtige forhold i aftalen er reguleret og beskrevet på en fornuftig måde. Som beskrevet i kapitel 8 nedenfor, kan det i nogle tilfælde være hensigtsmæssigt at lade den ansvarlige for indgåelsen af aftalen underskrive tjeklisten, samt udfylde visse yderligere oplysninger med henblik på den efterfølgende dokumenthåndtering.
4. Forslag til konkrete bestemmelser og standardaftaler, alternative bestemmelser og fall back-positioner, der kan vise sig relevante,

hvis modparten ikke vil give sig. Bestemmelserne bør understøttes af relevante argumenter for og imod.

5. Instrukser om at nærmere opregnede aftaler og/eller bestemmelser altid skal godkendes af juridisk afdeling eller den faste advokat, inden de vedtages eller ønskes ændret. Det kan eventuelt være relevant at operere med en række tærskelværdier med henblik på at undgå, at juridisk afdeling bliver flaskehals. Ofte ses det således at involvering af juridisk afdeling er frivillig f.s.v.a. indgåelsen af visse typer korterevarende aftaler (fx under et år), der vedrører en kontraktsum under et bestemt beløb. I koncerner bør omfanget af koncernjuridisk afdelings involvering naturligvis også beskrives.
6. Instrukser om hvem der må indgå og underskrive bestemte typer aftaler på vegne af virksomheden. Jo større vigtighed en aftale har, jo højere oppe i virksomhedens organisation bør de kompetente ansatte findes. Tilsvarende instrukser bør udstikkes i eventuelle koncernselskaber.

Nedenfor er kort beskrevet en række generelle anbefalinger, som virksomheden kan lade sig inspirere af i forbindelse med udarbejdelsen af manualen. Mere specifikke anbefalinger i relation til konkrete aftaler kan fx hentes i de mange bøger og manualer (danske og udenlandske), som efterhånden er blevet offentliggjort,¹³ hvori kommentarer og anbefalinger til indholdet af forskellige typer standardaftaler er beskrevet.

Aftaleformen og fortolkningsregler

Hvilken form og detaljeringsgrad en konkret standardaftale bør have afhænger af virksomhedens individuelle forhold, herunder hvad normal praksis i branchen er, samt hvilke risici der er forbundet hermed.

Hvorvidt en aftale skal være inspireret af civil law eller common law, udgør imidlertid et vigtigt forhold, som virksomheden bør være opmærksom på og overveje.

Common law er udviklet af dommere og advokater, og aftaler inspi-

13. Se fx Nicolai Dragsted, Ole Horsfeldt, Jesper Langemark og Søren Clausen, "K01 med kommentarer", 2004, Ole Horsfeldt, Anders Kildsgaard og Jesper Langemark, "Internetkontrakter", 2002, Niels og Christian Gangsted Rasmussen, "Erhvervslejekontrakter", 2003, Guenter Treitel, "The Law of Contract", 2003, Peter Arendorff og Sten Sørensen, "Internationale Erhvervskontrakter, bind 1 og 2", 2002 og Nicolai Dragsted, "IT-kontrakter, bind 1 og 2".

Kap. 6: Contractual risk management

reret heraf vil normalt efter dansk opfattelse blive anset for at være lange og detaljerede. Common law-aftaler kendetegnes ved en udbredt brug af omhyggeligt definerede begreber samt en beskrivelse af alle tænkelige forhold og problemer, som vil kunne opstå under parternes forretningsmellemværende. Common law-aftalers detaljeringsgrad skyldes, at hvis ikke et forhold er positivt reguleret i aftalen, vil der under common law blive sluttet modsætningsvis med den følge, at det ikke-nævnte ikke er gældende mellem parterne.

Civil law er i modsætning til common law udviklet af universitetsfolk. Civil law-aftaler kendetegnes ved at gøre brug af abstrakte begreber samt ved at være forholdsvis korte. Det er således ikke nødvendigt at nævne alt. Hvis ikke et forhold positivt er reguleret i aftalen, fortolkes der under civil law udfyldende. Der ses således på, hvad parternes mening var med at indgå den pågældende aftale, og hvad parterne formentlig havde aftalt, hvis de havde valgt i aftalen at regulere det ikke-nævnte forhold.

Om end følgende eksempel er en kende overdrevet, er det meget illustrerende for forskellen mellem de to tilgangsvinkler at skrive aftaler på. Hvor en civil law-jurist vil skrive:

I give you an orange.

vil en common law-jurist skrive:

I give you all and singular, my estate and interest, right, title, claim and advantage of and in that orange, with all its rind, skin, juice, pulp and pips, and all right and advantage therein, with full power to bite, cut, suck and otherwise eat the same, or give the same away, with or without its rind, skin, juice, pulp and pips, anything hereinbefore, or hereinafter, or in any other deed, or deeds, instrument or instruments of whatever nature or kind whatsoever, to the contrary in any wise notwithstanding.¹⁴

Fordi internationale aftaler ofte er engelsksprogede, har common law-

14. Eksemplet er hentet fra Arthur Symonds bog, "Mechanics of Law Making" 1835.

aftaleformen efterhånden vundet indpas, uanset om aftalen er underlagt lovgivningen i et civil law-land eller ej.

Udarbejdes imidlertid fx en dansksproget standardaftale i common law-stil, er der risiko for, at potentielle aftaleparter bliver skræmt af juristsproget og detaljeringsgraden i en sådan grad, at de ikke ønsker at indgå aftalen. Det kan derfor vise sig hensigtsmæssigt, at virksomheden opererer med to sæt af standardaftaler til brug i henholdsvis nationale aftaler underlagt civil law og internationale common law-inspirerede aftaler underlagt enten civil eller common law.¹⁵

Afslutningsvis er det relevant at nævne de fortolkningsregler, der normalt vil finde anvendelse på fortolkningen af aftaler, og som det er vigtigt at have i baghovedet i forbindelse med aftalekoncipering. Disse regler kan opsummeres som følger:

1. Uklarhed ved en bestemmelse vil normalt blive fortolket imod den, der har forfattet bestemmelsen (koncipist- eller uklarhedsreglen).¹⁶
2. En forpligtende bestemmelse vil normalt blive fortolket indskrænkende og dermed til fordel for den, der er underlagt forpligtelsen (minimumsreglen).
3. En aftale vil normalt blive fortolket i retning af, at den er gyldig (gyldighedsreglen).

Kort om aftalers indhold – udvalgte bestemmelser

Parterne

Det er vigtigt, at virksomheden sørger for entydigt i aftalen at udpege aftaleparterne. Ud over det fulde virksomhedsnavn bør aftalen indeholde oplysning om adressen på virksomhedens hovedkontor og – hvis en aftalepart er et selskab – selskabsnummeret samt oplysning om i henhold til hvilket lands selskabslovgivning, selskabet er stiftet. Dette

15. I aftaler underlagt engelsk ret, bør Contracts (Rights of Third Parties) Act fra 1999 have in mente. I de fleste civil law-lande vil en tredjemand ikke kunne støtte ret på en aftale, han ikke er part i. Dette udgangspunkt er i visse situationer fraveget ved ovennævnte lov, hvis indhold kan læses på hjemmesiden www.hms0.gov.uk/acts/acts1999/19990031.htm.

16. Se Rådets direktiv 1993/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige vilkår i forbrugerkontrakter (EF-Tidende nr. L 95 af 21. april 1993 s. 29-34), hvoraf det fremgår, at forbrugeraftaler vil blive fortolket til fordel for forbrugeren. I Danmark er disse regler implementeret i aftalelovens afsnit om forbrugeraftaler.

medvirker til at fjerne enhver tvivl om, hvilken juridisk person der er berettiget og forpligtet ifølge aftalen.

I tilfælde af en ny og ukendt aftalepart, kan det anbefales at foretage visse undersøgelser, inden aftalen indgås. Hvis aftalens art gør, at det er vigtigt, at aftaleparten har en vis soliditet, kan det være relevant at undersøge aftalepartens økonomiske situation. Er aftaleparten et selskab kan indhentelsen af en kopi af det seneste årsregnskab være relevant, og i Danmark kan dette ske via Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.¹⁷ I nogle tilfælde, kan det tillige være relevant at undersøge, om en aftalepart er registreret som dårlig betaler eller har en dårlig credit rating hos credit rating agencies.¹⁸ Hvis en aftale skal indgås med et tyndt kapitaliseret datterselskab, kan virksomheden overveje, om der bør stilles krav om, at moderselskabet også forpligtes ved aftalen.

Endelig kan det anbefales at foretage en internet-søgning på den pågældende virksomhed via google eller andre søgetjenester. Eventuelle "sager", der har givet anledning til dårlig medieomtale, vil normalt dukke op ved en sådan søgning.

I aftaler med selskaber skal aftalen underskrives af en eller flere såkaldte tegningsberettigede personer. Ofte vil denne ret tilfalde selskabets direktør – dog således at det nogle gange kræves, at også andre medlemmer af direktionen eller bestyrelsen er medunderskrivere.¹⁹ Ved store og vigtige aftaler kan det anbefales via myndighederne²⁰ at indhente oplysning om, hvem der med bindende virkning kan tegne sel-

17. Dette kan ske via hjemmesiden www.publi-com.dk mod betaling af DKK 100. Tilsvarende vil være muligt via offentlige selskabsregistre i de fleste andre lande. Endvidere findes der en række private virksomhedsdatabaser, som vil kunne benyttes – se fx hjemmesiderne www.kob.dk og www.krak.dk.

18. I Danmark kan kreditinformation bl.a. indhentes hos RKI – se hjemmesiden www.rki.dk. Se endvidere SEC's hjemmeside www.sec.gov/answers/nrsro.htm der beskriver forskellige credit rating agencies.

19. Det kan også være relevant at undersøge, om der gælder en lovbestemt stillingsfuldmagt. Fx følger det af erhvervslovgivningen i Danmark, at såfremt en person har fået meddelt såkaldt prokura, vil denne (prokuristen) have generalfuldmagt til at handle på virksomhedens vegne i alle forhold, der vedrører driften. Se i øvrigt højesteretsdommen af 17. maj 2004 i sag nr. 247/2002 Hartz & Hartz Servicios S.L. mod Kjeld Johansen, der vedrører hvornår en underskrivende direktør risikerer at hæfte personligt sammen med selskabet. Dommen er beskrevet i Jyllands-Posten "Frifundet for personlig hæftelse for millionkrav", 9. august 2004.

20. I Danmark kan dette ske hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen via hjemmesiden www.-publi-com.dk mod betaling af DKK 100. Tilsvarende vil være muligt via offentlige selskabsregistre i de fleste andre lande.

skabet. I mindre vigtige aftaler, bør almindelig sund fornuft anvendes ved vurderingen af, om indgåelsen af aftalen overskrider den ansattes stillingsfuldmagt. Vurderingen er forskellig fra branche til branche, men generelle momenter af betydning er:

1. *Den ansattes stilling*: Jo højere stilling, jo bredere dækkende er stillingsfuldmagten.
2. *Aftalens værdi*: Jo mindre værdi, jo større er sandsynligheden for, at aftalen er omfattet af stillingsfuldmagten.
3. *Aftalens sædvanlighed*: Jo mere sædvanlig aftalen er, jo større er sandsynligheden for, at aftalen er omfattet af stillingsfuldmagten.
4. *Tidsmæssige aspekter*: Jo større behov der er for at disponere her og nu, jo større er sandsynligheden for, at aftalen er omfattet af stillingsfuldmagten.

Det bør eksplicit fremgå af aftalen, at den person der underskriver for en aftalepart, ved sin underskrift indestår for, at han/hun kan tegne selskabet. Derved vil det være muligt at gøre et personligt ansvar gældende, hvis det senere viser sig, at dette ikke var tilfældet, ligesom dette normalt animerer den ansatte til ikke at overskride sin stillingsfuldmagt.

Endelig bemærkes, at det i nogle lande vil det være påkrævet at lade den underskrevne aftale runde en notar. Sådanne lokale regler af relevans for virksomheden bør naturligvis også beskrives i programmet.

Præampel

I modsætning til de fleste common law-aftaler indeholder mange civil law-aftaler ikke en præampel. Det kan anbefales at indføje en præampel i virksomhedens standardaftaler, uanset om disse er underlagt civil eller common law.

En præampel beskriver baggrunden for og parternes hensigt med at indgå aftalen og vil kunne tjene som et vigtigt fortolkningsbidrag i tilfælde af en eventuel senere tvist om aftalens retsvirkninger. Dertil kommer, at en god præampel gør det betydeligt lettere for en udenforstående, det være sig en dommer, advokat eller ansat, der ikke har været involveret i aftalens udarbejdelse, hurtigt sætte sig ind i aftalens indhold.

Definitioner

Det kan normalt anbefales, at en aftale indledes med et definitionsafsnit. Heri opregnes i alfabetisk rækkefølge og defineres entydigt en række termer, der går igen i aftalen. Dette medvirker til at skabe klarhed, ligesom det er nemt og hurtigt at finde en forklaring på definerede termer. Sidstnævnte markeres i aftalen, hver gang de bruges – fx ved et stort begyndelsesbogstav.

De samme definitioner bør anvendes på tværs af virksomhedens standardaftaler med henblik på at sikre konsistens. Derved bliver de ansatte fortrolige med opbygningen og indholdet af aftalerne, hvilket letter arbejdet i forbindelse med kontraktforhandlinger.

Leveringsbestemmelser

Det kan anbefales, at virksomheden i aftaler er omhyggelig med ordlyden af leveringsbestemmelserne. Dette skyldes, at leveringsstedet i mangel af en værnetingsaftale ofte vil afgøre, hvor det vil være muligt at anlægge en retssag, ligesom risikoovergangen også normalt finder sted ved leveringen.

En dansk sag er illustrerende for problemstillingen.²¹ Et firma i Skanderborg havde hos et italiensk firma bestilt nogle syrefaste og rustfrie rør, der skulle anvendes ved etableringen af et gasrørsanlæg i Norge. Det danske firma havde i dets bestilling skrevet "*Levering franko Skanderborg*". Det italienske firma havde i dets ordrebekræftelse skrevet "*Franco domicile no sdognato*", hvilket oversat betyder "*Franco hjemsted, told ikke betalt*". I Danmark relaterer brug af ordet "franco" sig til leveringen.²² "Franko Skanderborg" blev derfor af det danske firma opfattet som om, at rørene ville blive leveret i Skanderborg. I Italien opfattes franco derimod som en ren omkostningsklausul, der ikke vedrører leveringen.

Efter at rørene var ankommet til Skanderborg, var de af det danske firma straks blevet videresendt til Norge. Efter nedlægning i gasrørsanlægget i Norge viste rørene sig at være utætte, hvorefter den norske entreprenør gjorde et erstatningsansvar gældende mod det danske

21. Se UfR2001.1039H og artiklen af Ketilbjørn Hertzog og Joseph Lookofsky, "CISG og værneting i UfR2001.1039H", UfR2001B.558.

22. Jf. købelovens § 65.

firma. Sidstnævnte rettede naturligvis kravet videre mod det italienske firma, der imidlertid bestred kravet.

Parterne havde ikke indgået en værnetingsaftale, og det danske firma anlagde herefter sag ved Vestre Landsret med henvisning til reglerne om opfyldelsesværneting i Domskonventionen. Som opfyldelsesværneting anses det land, hvor levering er eller burde være sket. Som nævnt ovenfor var parterne ikke enige om, hvor levering var sket, og sagen nåede helt til Højesteret, før det (efter 5½ år og betydelige sagsomkostninger) blev afgjort, om sagen kunne føres ved danske domstole.

Højesteret lagde til grund, at parterne var enige om, at italiensk ret skulle finde anvendelse på afgørelsen af, hvor leveringsstedet var, og at det ikke med den fornødne klarhed fremgik af aftalen, at leveringsstedet var aftalt til Skanderborg. Følgen var, at der ikke var opfyldelsesværneting i Danmark, og sagen blev derfor afvist. Det danske firma var således henvist til at starte forfra med anlæg af retssag i Italien.

Med henblik på at skabe klarhed over, hvad der er aftalt i relation til levering, kan det anbefales at henvise til og benytte de såkaldte Incoterms 2000²³ leveringsbestemmelser, der ofte benyttes i erhvervsaftaler.

Immaterielle rettigheder

Det er særdeles vigtigt med henblik på at skabe og fastholde stakeholder value, at virksomheden i aftaler med ansatte og forretningspartnere i videst muligt omfang sikrer sig ret til immaterielle rettigheder, ligesom virksomheden gennem fortrolighedsaftaler samt ved fastlæggelsen af procedurer og rutiner bør beskytte virksomhedens knowhow.

Hvis ikke virksomheden sørger for i en aftale at sikre sig retten over immaterielle rettigheder, er der risiko for, at opfinder/ophavsmanden – fx en ansat eller et udviklings- eller R&D-firma – opnår hel eller delvis ret hertil. Enkelte bestemmelser vedrørende rettighedsspørgsmål er ufravigelige, hvilket virksomheden naturligvis bør være opmærksom på ved udarbejdelsen af (standard)aftaler.²⁴

Råder virksomheden i vidt omfang over immaterielle rettigheder kan

23. Se hjemmesiden www.iccwbo.org/index_incoterms.asp, der under faneblade Incoterms wallchart indeholder en god grafisk oversigt over de forskellige leveringsbestemmelser.

24. I Danmark indeholder fx Lov om arbejdstageres opfindelser (Lovbekendtgørelse nr. 131 af 18. marts 1986 med senere ændringer) en række ufravigelige regler til fordel for arbejdstagere.

det eventuelt vise sig relevant at implementere rutiner og procedurer med henblik på at sikre, at rettighederne forbliver i kraft og løbende forsvares mod tredjemands eventuelle krænkelse.

I udviklings- og konsulentaftaler bør virksomheden normalt være særlig opmærksom. Udgangspunktet i mange virksomheders standardaftaler – navnlig inden for reklame- og IT-branchen – er, at virksomheden erhverver alle immaterielle rettigheder til det, der udvikles for kunder, mens kunden alene opnår en mere eller mindre begrænset brugsret hertil. Dette udgangspunkt går igen i de standardaftaler, der er udarbejdet af de pågældende virksomheders brancheforeninger. Hvis virksomheden agerer i rollen som kunde, er sådanne bestemmelser ikke rimelige, da udvikleren jo derved – ud over at blive honoreret for udviklingsarbejdet – erhverver alle immaterielle rettigheder til det udviklede. Det bør således eksplicit fremgå af sådanne aftaler, at virksomheden erhverver alle rettigheder til det udviklede, ligesom udvikleren bør indestå for, at det udviklede ikke krænker tredjemands rettigheder. Endelig ses ofte, at en bestemmelse om immaterielle rettigheder regulerer, hvorledes eventuelle krænkelsessager skal føres, herunder hvilken part der skal være den drivende kraft, og hvilken part der blot skal bistå og afholde omkostninger.

Hvis virksomheden har eller påtænker at have aktiviteter i USA, bør den være opmærksom på de amerikanske regler om beskyttelse af "trade secrets". Således bør virksomheden sikre sig – eventuelt med bistand fra en amerikansk advokat – at alle aftaler med ansatte og aftalparter, indeholder relevante og gyldige fortrolighedsbestemmelser. Det er vigtigt at være opmærksom på, at hvis virksomheden ikke opfylder betingelserne for at opretholde trade secret-beskyttelse uden for USA, vil den også miste beskyttelsen i USA.²⁵ I lyset heraf kan det anbefales, at virksomheden implementerer en generel strategi herfor.

Fortrolighedsbestemmelser

Langt de fleste aftaler indeholder en fortrolighedsbestemmelse. Hvis virksomheden ukritisk og i stort omfang forpligter sig til fortrolighed i diverse aftaler, risikerer virksomheden at blive viklet ind i et spindelvæv af fortrolighed, som kan virke begrænsende for virksomhedens

25. Se Ole R. Sandbergs artikel, "Legal Risk Management Manual For Foreign Business Startups In The United States", der kan findes på hjemmesiden www.carlsmith.com.

handlefrihed og risikerer at eksponere den for et erstatnings- og/eller konventionalbods krav. I lyset heraf kan det anbefales, at virksomheden implementerer en politik for indgåelse af fortroligheds- og hemmeligholdelsesaftaler, ligesom bestemmelser om fortrolighed normalt bør indeholde følgende undtagelser til det generelle fortrolighedsudgangspunkt:

1. Information som virksomheden selv havde på tidspunktet for aftalens indgåelse.
2. Information som på tidspunktet for oplysningens videregivelse til virksomheden var offentligt kendt eller som senere bliver offentlig kendt på anden måde end ved virksomhedens misligholdelse af aftalen.
3. Information som efter aftalens indgåelse erhverves fra tredjemand, som ikke har fået oplysningerne direkte eller indirekte fra virksomheden.
4. Information som kan kræves videregivet ifølge lov, ved retskendelse eller ifølge børsretlige regler.

Konkurrencebegrænsninger

Virksomheden bør naturligvis i videst mulig omfang undgå at blive underlagt konkurrencebegrænsninger. Som det også i hovedlinier er beskrevet i kapitel 5, vil konkurrencereglerne ofte kunne komme virksomheden til hjælp i relation hertil. I det omfang konkurrencereglerne tillader konkrete konkurrencebegrænsninger beror det på en almindelig forretningsmæssig vurdering, om virksomheden vil acceptere disse. Generelt gælder, at påtagelsen af en konkurrencebegrænsning normalt bør "kompenseres" ved opnåelse af en bedre pris eller andre forbedrede vilkår, end virksomheden ville have opnået ved indgåelsen af en "ren" aftale.

På den anden side kan det medvirke til at skabe eller fastholde stakeholder value, at virksomheden anvender konkurrencebegrænsninger rettet mod aftaleparter – naturligvis forudsat, at dette kan ske i overensstemmelse med konkurrencereglerne.

Nedenfor er anført et udpluk af sådanne konkurrencebegrænsninger, der vil være til virksomhedens fordel:

Kap. 6: Contractual risk management

1. At virksomheden opnår ret til eksklusiv forhandling af et bestemt produkt i et bestemt område.
2. At virksomheden opnår ret til eksklusiv levering af bestemte råvarer eller komponenter.
3. At kunden er pålagt eksklusivitet i en vis periode, inden for hvilken kunden ikke må købe produkter eller tjenesteydelser fra konkurrerende virksomheder.
4. At kunden er pålagt årligt at købe et minimumsantal eller -kvantum af produkterne eventuelt svarende til kundens årlige behov.
5. At kunden er pålagt visse begrænsninger i relation til at videresælge produkterne.
6. At kunden kun har ret til at afsætte produkterne i et bestemt område og er afskåret fra at markedsføre sig uden for området (forbud mod aktivt salg).
7. At en aftalepart ikke må ansætte virksomhedens ansatte i aftalens løbetid og i en vis periode derefter.²⁶
8. At en underleverandør, der bistår med at betjene en af virksomhedens kunder, ikke må udføre andre (tilsvarende) opgaver for den pågældende kunde i aftalens løbetid og i en vis periode derefter.

Produktansvar

Uanset om virksomheden mener, at risikoen ved at tabe en produktansvarssag er ubetydelig eller ikke-eksisterende kan alene advokatomkostningerne ved at skulle forsvare sig mod denne type retssager give anledning til, at virksomheden træffer en række forholdsregler. I relation til den i kapitel 4 nævnte hummersag, der verserer mod Cheminova i USA, stiller Cheminova nu som betingelse for at ville sælge det pågældende sprøjtemiddel, at køberne holder Cheminova skadesløs for omkostningerne ved at skulle føre eventuelle efterfølgende erstatningsager, hvor det i sidste ende viser sig, at Cheminova ikke kan drages til ansvar.²⁷

26. Denne typer aftaler kaldes på engelsk non-solicitationaftaler. Se Computerworld, "Hemmelige aftaler stavnsbinder ansatte", 30. juli 2004, hvoraf det fremgår, at der i de faglige organisationer er står utilfredshed med aftalerne, og at organisationerne forgæves har forsøgt at få lovgivet på området, således at aftalerne reguleres ligesom kunde- og konkurrenceklausuler omfattet af funktionærloven.

27. Se artiklerne i Jyllands-Posten, "Cheminova: Der er ingen substans i sagerne", 22. oktober 2003 og "Cheminova garderer sig mod advokatregninger", 26. oktober 2003.

I forbindelse med tegning af en produktansvarsforsikring kan det således anbefales, at virksomheden sikrer sig, at forsikringen også dækker de med sagen forbundne omkostninger til juridisk bistand og retssagsbehandling.²⁸

Det vil ofte være muligt i en aftale at fraskrive sig et produktansvar. Dette afhænger dog i vidt omfang af, hvilken lov aftalen er underlagt. Som nævnt i kapitel 5, er produktansvarsdirektivets regler ufravigelige og vil således ikke ved en forudgående aftale kunne fraviges til skade for skadelidte. Disse regler er gældende i EU/EFTA og en række andre lande.

Uden for EU/EFTA og uden for direktivets anvendelsesområde samt i forholdet mellem producenter²⁹ og mellemhandlere, vil produktansvaret derimod i vidt omfang kunne fraskrives og fordeles ved aftale.³⁰ Således bør den virksomhed, der i forhold til skadelidte har måttet udrede en erstatning,³¹ have sørget for at indgå en aftale med sin leverandør/medproducent, der regulerer et eventuelt produktansvarskrav. I fx England og Tyskland vil det være muligt at fraskrive sig et produktansvar i relation til personskade³² (dog ikke overfor skadelidte jf. ovenfor og forbrugere³³), mens dette ikke er muligt i fx Frankrig og Spanien. Dertil kommer, at det i mange lande vil være muligt at fraskrive

-
28. Herunder også dækning af såkaldte “before the event-” og “after the event-omkostninger” såsom forberedende og forebyggende juridisk rådgivning og betaling af modpartens sagsomkostninger. Den nærmere forsikringsdækning bør naturligvis undersøges nøje.
 29. Som producent regnes i direktivets forstand følgende virksomheder: Underleverandører, færdigvareleverandører, virksomheder der anbringer deres navn eller logo på et produkt og således udgiver sig for at være producent samt virksomheder der importerer varer ind i EU med henblik på afsætning.
 30. Uanset at dette ikke er et krav ifølge produktansvarsdirektivet, har Danmark ved produktansvarslovens § 10 indført et mellemhandleransvar. Mellehandlerens mulighed for regres kan ikke fraviges ved aftale i Danmark jf. produktansvarslovens § 11, stk. 3.
 31. Det fremgår af produktansvarsdirektivet, at hvis producenten af et produkt ikke kan identificeres, anses enhver leverandør af produktet som dets producent, medmindre leverandøren inden for et rimeligt tidsrum oplyser skadelidte om producentens identitet eller en fysisk eller juridisk person højere oppe i distributionskæden.
 32. Jf. Practical Law Company, “Legal Risk Management Practice Manual”, 1. september 2003, s. 4.7.
 33. Se Rådets direktiv 1993/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige vilkår i forbrugerkontrakter (EF-Tidende nr. L 095 af 21. april 1993 s. 29-34). I et bilag til direktivet fremgår det, at medlemstaterne er pligtige at anse en bestemmelse i en ikke-individuelt forhandlet forbruger aftale som urimelig, hvis den udelukker eller begrænser den erhvervsdrivendes lovbestemte ansvar i tilfælde af, at forbrugeren dør eller beskadiges legemligt som følge af en handling eller undladelse fra den erhvervsdrivendes side.

sig produktansvaret i relation til tingskade, ligesom de fleste lande tillader ansvarsfraskrivelse f.s.v.a. følgeskader og andre indirekte skader.

Som følge af produktansvarsdirektivets implementering i Danmark vil produktansvarsreglerne i produktansvarsloven ikke kunne fraviges til skade for danske skadelidte. Produktansvarsloven finder imidlertid ikke anvendelse ved tingskade i erhvervsforhold,³⁴ hvorfor det i salgsaftaler med virksomheder som slutkunder vil være muligt at fraskrive sig produktansvaret i relation hertil. I forholdet mellem flere producenter (som defineret i produktansvarsloven) vil det også i Danmark være muligt at fordele og fraskrive sig produktansvaret.

I lyset heraf er det vigtigt, at virksomheden nøje undersøger mulighederne for at minimere sin produktansvarseksposering ved i aftaler med tredjemand at indføre relevante ansvarsfraskrivelse. Kan virksomheden dokumentere overfor forsikringsselskabet, at den har implementeret et contractual risk management-program til styring heraf, vil dette alt andet lige påvirke produktansvarsforsikringspræmier i nedadgående retning.

Ud over de i afsnittet nedenfor anførte generelle bemærkninger om ansvarsfraskrivelse, kan det anbefales i en bestemmelse om produktansvar at regulere følgende:³⁵

1. I leveringsaftaler bør de sikkerheds- og kvalitetsstandarder, som produkterne skal opfylde, i nødvendigt omfang beskrives.
2. Alt afhængig af om der er tale om en leverings- eller salgsaftale, bør aftalen indeholde de fornødne garantier eller ansvarsfraskrivelse. Virksomheden bør i den forbindelse sikre sig, at eventuelle ansvarsfraskrivelse er gyldige, i lyset af den lovgivning fraskrivelsen er underlagt.
3. Det bør fremgå, hvem der har ansvaret for mærkning og brugsanvisninger mv. samt efterfølgende kommunikation med slutkunder.
4. Det bør anføres, hvem der har ansvaret for at registrere hvorledes, til hvem og til hvad, slutsalget er sket, således at det bliver muligt efterfølgende at gennemføre en fornuftig tilbagekaldelse.

34. Jf. produktansvarslovens § 2, stk. 2.

35. Se Practical Law Company's Legal risk Management Practice Manual, "Assessment of contractual documents", 1. september 2003, side 9.33.

5. Det bør aftales, hvem der har ansvaret for at tegne relevante forsikringer i relation til produktansvar og tilbagekaldelse.
6. Der bør i henhold til aftalen leveres de fornødne oplysninger i relation til product traceability, som nævnt i kapitel 5 og 8, således at det vil være muligt ved produktansvar at henvise til virksomheder højere oppe i distributionskæden.
7. Det bør fremgå, hvem der har ansvaret for at gennemføre og koordinere tilbagekaldelser og/eller udsendelser af produktadvarsler.
8. Endelig bør der være indgået en fornuftig lovvalgs- og værnetingsaftale, således at der ikke er tvivl om, hvilket lands lovgivning produktansvaret (og eventuelle ansvarsfraskrivelser) er underlagt.³⁶ Lovvalgs- og værnetingsaftaler, herunder de særlige regler, der gælder for forbrugeraftaler, er beskrevet yderligere nedenfor.

I hvilket omfang det er muligt for virksomheden i aftaler med tredjemand at begrænse dens produktansvareksponering afhænger primært af virksomhedens forhandlingsstyrke. Det er naturligvis vigtigt, at virksomheden i forbindelse med kontraktforhandlinger i videst muligt omfang forsøger at minimere risikoen for at ifalde et produktansvar. Manualen bør således indeholde forslag til ansvarsfraskrivelser, som altid bør indgå i aftaler med tredjemand, medmindre juridisk afdeling konkret har godkendt noget andet, ligesom de argumenter, som virksomheden med fordel kan benytte i sådanne kontraktforhandlinger ligeledes med fordel kan fremgå.

Ansvarsfraskrivelser

Medmindre det specifikt fremgår af ufravigelige regler, såsom fx produktansvars- eller forbrugerbeskyttelsesreglerne, er udgangspunktet, at ansvarsfraskrivelser frit kan aftales. Dette gælder både Danmark og i andre lande, Danmark normalt sammenligner sig med.

Der er dog risiko for, at domstolene efterfølgende vil tilsidesætte en ansvarsfraskrivelse, herunder bl.a. i følgende tilfælde:

36. Se i advokatfirmaet Lovells rapport til Kommissionen, "Produktansvar i den Europæiske Union", februar 2003, der i bilag 4 indeholder en oversigt over forskelle i processuelle regler og klagemuligheder i EU's "gamle" medlemsstater.

Kap. 6: Contractual risk management

1. Hvis virksomheden har handlet forsætligt eller groft uagtsomt i forbindelse med den skade, der udløser kravet, vil en domstol normalt ikke acceptere en ansvarsfraskrivelse. Dette skyldes, at det ikke ville være rimeligt, hvis virksomheden kunne fraskrive sig et ansvar for skade, som den har påført andre med vilje eller dog med en sådan hensynsløshed, at det minder om bevidst skadestilføjelse. Endvidere er forsætlige eller groft uagtsomme handlinger normalt ikke noget, som aftaleparten ved aftalens indgåelse forventer vil finde sted.
2. Ansvarsfraskrivelse skal fremgå klart og tydeligt af aftalen. Dette krav udspringer af det generelle aftaleretlige krav om, at særligt byrdefulde eller usædvanlige vilkår skal fremhæves tydeligt. En ansvarsfraskrivelse vil således blive tilsidesat, hvis den er skrevet med små bogstaver i bunden af kontrakten, hvorfor ansvarsfraskrivelse (specielt common law-aftaler) ofte fremhæves med fed og/eller store typer. I forbrugeraftaler er kravene til klarhed særligt strenge, som også anført indledningsvis i afsnittet om fortolkningsregler.
3. Det vil også have betydning, hvem aftalen er indgået med. Ansvarsbegrænsninger i erhvervsaftaler indgået mellem jævnbyrdige parter vil ofte blive opretholdt, herunder særlig hvis ansvarsbegrænsningen ikke er generel, men er begrænset til en række klart afgrænsede områder. I forbrugeraftaler er kravene anderledes strenge, før en domstol vil acceptere en erhvervsdrivendes ansvarsfraskrivelse. Dels indeholder lovgivningen en række forbrugerbeskyttende regler, hvorved urimelige bestemmelser vil blive tilsidesat,³⁷ dels vil domstolene oftere konkludere, at ansvarsfraskrivelsesklausulen ikke er gyldigt vedtaget.

Ansvarsfraskrivelsesklausuler bør således benyttes med forsigtighed, idet der ikke skal meget til, før de tilsidesættes af domstolene. I erhvervsaftaler er det klare udgangspunkt dog, at sædvanlige ansvarsfra-

37. Se Rådets direktiv 1993/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige vilkår i forbrugerkontrakter (EF-Tidende nr. L 095 af 21. april 1993 s. 29-34).

skrivelser accepteret af parter, der er rimeligt jævnbyrdige, vil blive opretholdt.³⁸

Virksomheden bør naturligvis altid i forbindelse med kontraktforhandlinger i videst muligt omfang søge at begrænse sit eget ansvar og skærpe aftaleparters ansvar.

Ofte ses at en aftalepart søger at fraskrive sig ansvaret for følgeskader og andre indirekte skader, ligesom ansvaret nogle gange maksimeres til et bestemt beløb. Virksomheden bør være tilbageholdende med at acceptere sådanne ansvarsfraskrivelser og –begrænsninger, og en ansvarsbegrænsning der går under, hvad virksomheden har betalt aftaleparten i henhold til aftalen, bør virksomheden aldrig acceptere.

Det kan anbefales, at virksomheden i manualen indfører retningslinier for, hvilke ansvarsfraskrivelser³⁹ den vil tolerere – naturligvis i overensstemmelse med, hvad der anses for “normalt” i branchen – ligesom manualen med fordel kan opregne de argumenter, som virksomheden med fordel kan anvende i forhandlingssituationer.

Konventionalbod

En række retsøkonomer⁴⁰ har den opfattelse, at jurister er naive af natur. Dette skyldes, at økonomerne har indtryk af, at de fleste jurister tror, at blot noget er forbudt ved lov eller fremgår af en aftale, vil de berørte virksomheder agere i overensstemmelse hermed.⁴¹

Retsøkonomer har den opfattelse, at virksomheder handler langt mere rationelt og kynisk end jurister forestiller sig og argumenterer for, at der i forbindelse med udarbejdelse af love og aftaler i langt højere grad end tidligere bør fokuseres på, om det kan betale sig for en virksomhed at bryde loven eller misligholde en aftale. I modsætning til de fleste jurister, mener retsøkonomerne således, at størrelsen af en straf/bøde/erstatning/bod er en særdeles vigtig faktor i relation til om love og aftaler overholdes eller ej, ligesom retsøkonomerne er af den opfattelse, at en aftalepart skal have mulighed for at bryde en aftale blot

38. I nogle tilfælde aftales det alternativt, at kunden forpligtes til inden et vist tidsrum at inspicere og undersøge det købte, hvorefter kunde ikke vil kunne gøre et ansvar gældende.

39. Tilsvarende retningslinier kan med fordel udarbejdes, hvis virksomheden ofte bliver anmodet om at skadesløsholde aftaleparten.

40. En retsøkonom forsker bl.a. i den præventive virkning af et konkret strafniveau.

41. DJØF-bladet, “Retsøkonomer i modvind”, nr. 10, 28. maj 2004.

begge aftaleparter derved stilles økonomisk bedre (dvs. at aftaleparten erstattes sit tab som følge af misligholdelsen).

Retsøkonomi er et emne, der er genstand for stor interesse USA, hvorimod emnet i Danmark endnu ikke har givet anledning til den store debat.⁴²

Det antages generelt, at mulighederne for at opnå erstatning ved misligholdelser af aftaler ikke er så gode i Danmark og visse andre civil law-lande, som i common law-inspirerede lande. Retsøkonomi er således et emne, som det er relevant for danske virksomheder at være opmærksomme på i forbindelse med koncipering af aftaler underlagt dansk eller udenlandsk lovgivning, hvor erstatningsmulighederne er mindre gode. Ved at lade bestemmelser om konventionalbod indgå i aftaler, har virksomheden mulighed for at sikre sig, at aftaleparten pålægges det fornødne økonomiske incitament til at overholde aftalen.

Det vil normalt være relevant at benytte konventionalbod i forbindelse med bestemmelser, hvis overholdelse er særlig vigtig for virksomheden, og hvor muligheden for at opnå erstatning – typisk fordi det er svært at opgøre et tab – er ringe. Dette er årsagen til at bestemmelser om konventionalbod ofte ses i forbindelse med fortroligheds- og hemmeligholdelsesaftaler. Tilsvarende er tilfældet i udviklings- og leveringsaftaler, hvor det er af afgørende betydning for virksomheden, at der udvikles/leveres til tiden. Således anvendes konventionalbod ofte ved overskridelse af tidsplaner fx i forbindelse med implementering af IT-løsninger og i bygge- og anlægsprojekter.

Virksomheden bør naturligvis være varsom med selv at underlægge sig konventionalbodsbestemmelser, idet disse risikerer at påvirke stakeholder value negativt. Dette gælder i særlig grad, hvis en bod er fortløbende i form af fx en dagbod. En bestemmelse om konventionalbod bør derfor altid godkendes af juridisk afdeling, inden aftalen indgås.

Det kan anbefales, at det eksplicit fremgår af aftalen, at udbetalingen af en eventuel konventionalbod ikke påvirker opgørelsen af en eventuel

42. Se dog Henrik Lando's artikel i *Lov & Ret*, "Hvad er retsøkonomi? – En sokratisk dialog om økonomisk teori anvendt på retssystemet", nr. 4, 2003 og Eva Aaen Skovbo's artikel i *Advokaten*, "Bør advokater forstå sig på retsøkonomi?", nr. 1, 2004.

erstatning.⁴³ En konventionalbod har pønalt karakter og har således intet at gøre med betaling af en eventuel erstatning, medmindre den – fx fordi en tabsopgørelse vil være vanskelig – har til formål på forhånd at fastsætte et rimeligt erstatningsniveau. Endelig bør det fremgå, at en bod udløses flere gange ved gentagne overtrædelser – fx af en fortrolighedsforpligtelse. Dette medvirker til at sikre, at aftaleparten fortsat har økonomisk incitamentet til at overholde aftalen efter at have betalt boden.

Change of control og overdragelse af aftalen

Udgangspunktet er, at hvis aktierne i et selskab overdrages til en virksomhedskøber, har dette ikke indflydelse på de aftaler, som selskabet har indgået med tredjemand. Dette skyldes, at selskabet ikke ændrer status som selvstændig juridisk enhed. Det er blot ejeren bag selskabet, der skifter.

I længerevarende kontrakter kan det i bestemte situationer – fx hvis aktierne i selskabet overtages af en konkurrent til virksomheden – være uhensigtsmæssigt, hvis virksomheden ikke har mulighed for at komme ud af aftalen. En sådan mulighed gives ved en såkaldt change of control-klausul, der bestemmer, at virksomheden kan opsiges aftalen eller tillægges visse beføjelser i anledning af, at selskabet har skiftet ejer. Change of control-klausler kan være helt generelle eller kan være begrænset til en række navngivne virksomheders overtagelse af selskabet og påkalder sig af naturlige årsager særlig opmærksomhed i forbindelse med due diligence-undersøgelser. Selskabets værdi risikerer nemlig at blive påvirket negativt, hvis selskabets aftaleparter som følge af klausulerne benytter sig af chancen til at opsiges eller kræve genforhandling af aftaler, der er i selskabets favør. I lyset heraf kan det anbefales, at virksomheden søger at begrænse rækkevidden af change of control-klausuler, der er til fordel for aftaleparter, samt i manualen at beskrive virksomhedens politik på dette område.

Med mindre en aftale bestemmer noget andet, vil det ikke være muligt at overdrage forpligtelserne ifølge en aftale til andre fysiske eller juridiske personer. I de fleste situationer er dette en rimelig retstilstand for to parter, der ofte har valgt at indgå en aftale i tillid til, at netop den

43. Hvis det er virksomheden, der er underlagt konventionalbuden, har den naturligvis en interesse i at mindske effekten af klausulen ved at aftale noget sådant.

pågældende aftalepart kan opfylde sine forpligtelser ifølge aftalen. I visse tilfælde, herunder hvis virksomheden har etableret en koncernstruktur, vil det kunne medvirke til en større grad af fleksibilitet, hvis de enkelte koncernselskaber har ret til at overdrage rettighederne og forpligtelserne i aftaler med tredjemænd til andre koncernselskaber, der på betryggende vis kan opfylde aftalerne. En tilsvarende adgang kan være relevant, hvis virksomheden ønsker at fusionere eller spalte koncernselskaber. Henset til at det deklaratoriske udgangspunkt er det modsatte, bør en sådan overdragelsesadgang eksplicit fremgå af virksomhedens aftaler, hvilket manualen med fordel kan udstikke retningslinier for.

Opsigelse og ophør

Det kan anbefales i aftalen at bestemme, hvorledes parterne kan afslutte deres forretningsmellemværende, således at der ikke er tvivl herom. Tingene ændrer sig ofte over tid, og det er derfor normalt i begge parter interesse, at det er muligt for parterne at komme ud af en aftale med et passende varsel. I nogle tilfælde kan det være relevant i stedet for en generel opsigelsesadgang at aftale, at visse nærmere opregnede begivenheder udløser en opsigelsesadgang. Udgangspunktet vil i så fald være uopsigelighed, medmindre opsigelsessituationen indtræder.

I øvrigt henvises til afsnittet nedenfor om manualer vedrørende ophør af aftaler, hvilket formentlig vil kunne inspirere til indholdet af en ophørsbestemmelse.

Lovvalg

Hvis parterne ikke indgår en lovvalgsaftale, vil lovvalget blive afgjort efter de internationalt privatretlige regler. De vigtigste lovvalgsregler er følgende:

1. Danmark har ratificeret den såkaldte Haager-konvention.⁴⁴ Konventionens lovvalgsregler gælder på alle erhvervsager om løsørekøb af international karakter, der bedømmes ved en domstol i et af de kontraherende lande. Ud over af Danmark er konventionen

44. Hague Convention of 15 June 1955 on the law applicable to international sales of goods. Konventionen findes på Hague Conference on Privat International Law's hjemmeside – www.hcch.net – hvor også findes en oversigt over de lande, der har ratificeret den.

ratificeret af Belgien, Finland, Frankrig, Holland, Italien, Luxembourg, Niger, Norge, Schweiz, Spanien og Sverige. Konventionens udgangspunkt er, at loven i sælgers land skal finde anvendelse.

2. I relation til de fleste andre typer af kontraktretlige forpligtelser, der ikke falder ind under Haager-konventionens anvendelsesområde, vil i Danmark den såkaldte Rom-konvention⁴⁵ finde anvendelse. Rom-konventionen er vedtaget i EU-regi og regulerer den situation, hvor der skal foretages et valg mellem lovene i forskellige lande. Udgangspunktet er, at det er loven i det land, hvor realdebitor har bopæl, der finder anvendelse. Realdebitor er den aftalepart, der skal levere den for aftalen karakteristiske ydelse – dvs. varer/tjenesteydelser i modsætning til penge (betaling).⁴⁶ Der er dog visse undtagelser hertil, herunder ved salg til forbrugere. Her vil udgangspunktet være, at det lands lovgivning, hvor forbrugeren har bopæl vil finde anvendelse. Ligesom Domskonventionen som nævnt i kapitel 4 allerede er blevet vedtaget i forordningsform, er også Rom-konventionen p.t. ved at blive transformeret til en forordning.⁴⁷ Herefter vil den være direkte anvendelig i alle EU-lande, bortset fra Danmark, der på grund af sine forbehold ikke deltager i det retslige samarbejde.
3. I sager om erstatning uden for kontrakt, vil ovennævnte konventioner ikke finde anvendelse. Som også beskrevet i kapitel 4, er udgangspunktet i sådanne sager, at loven i det land, hvor skaden er indtruffet (*lex loci delicti*) finder anvendelse. P.t. arbejdes i EU-regi med udarbejdelsen af en ny forordning,⁴⁸ der vil regulere lovvalget i relation til produktansvar og krav opstået uden for kontrakt.⁴⁹ Forordning vil ikke gælde for Danmark, der på grund af sine for-

45. Rom-konventionen af 1980 om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser (EF-Tidende nr. C 027 af 26. januar 1998 s. 34-46).

46. Østre Landsrets dom i UfR2002.1370Ø er et godt eksempel herpå.

47. Jf. Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation COM/2002/654, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – A more coherent European contract law – an action plan COM/2003/68 (EF-Tidende nr. C 63 af 15. marts 2003 s. 1-44) og Council Resolution on “A More Coherent European Contract Law” (EF-Tidende nr. C 246 af 14. oktober 2003 s. 1-2).

48. Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) COM/2003/427.

49. Arbejdet med forordningen og status p.t. er godt beskrevet på ICC's hjemmeside www.iccwbo.org/law/jurisdiction/hague/index.asp.

behold ikke deltager i det retslige samarbejde. I Danmark vil udgangspunktet være, at de danske produktansvarsregler finder anvendelse på produkter, der er markedsført og forvolder skade i Danmark, mens udenlandske produktansvarsregler finder anvendelse på produkter, der eksporteres ud af Danmark og markedsføres i et andet land, og dér forvolder skade. To lovvalgskonventioner vedrørende produktansvar, som Danmark imidlertid ikke har ratificeret, vil i en række andre lande regulere lovvalget i relation til produktansvar.⁵⁰ Lovvalget vil her blive afgjort efter en vurdering af, til hvilket land en række tilknytningsmomenter peger. Normalt falder denne vurdering ud til, at loven i det land, hvor den skadelidte bor, eller hvor skadestedet er, regulerer et eventuelt produktansvar.

Udover lovvalgsreglerne skal nævnes, at den internationale købelovskonvention (CISG)⁵¹ vil regulere parternes aftale om løsørekøb direkte (materielt), hvis parterne har deres respektive forretningssteder i forskellige stater, og (i) staterne er kontraherende stater, eller (ii) international privatrets regler fører til anvendelsen af en kontraherende stats ret. En lang række lande, herunder Danmark,⁵² har ratificeret CISG og er således kontraherende stater.⁵³

Med henblik på at undgå den usikkerhed der følger af, at lande i større eller mindre omfang har ratificeret konventioner, samt de lovgivningsmæssige forskelle der stadig er mellem lande, bl.a. i relation til

50. Se hjemmesiden www.hcch.net, hvorpå fremgår konventionen – Hague Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Products Liability – samt en oversigt over de lande, der har ratificeret den. Den anden konvention – European Convention of 27 January 1977 on Products Liability in regard to Personal Injury and Death – fremgår af Europarådets hjemmeside <http://conventions.coe.int>, hvorpå tillige findes en oversigt over de lande der har ratificeret den.

51. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980).

52. I modsætning til mange andre lande, herunder USA, har Danmark ikke ratificeret anden del af CISG om aftalers indgåelse.

53. Se hjemmesiden www.cisg.dk, hvor der findes opdateret information om danske retskilder og andet materiale vedrørende CISG. På hjemmesiden findes endvidere diverse relevante links, herunder til hjemmesiden www.uncitral.org, der under fanebladet “Status of texts” indeholder en oversigt over, hvilke lande der har ratificeret CISG og andre UN-konventioner. Af de “gamle” EU-lande er det kun Portugal og England, der ikke har ratificeret CISG.

at ifalde produktansvar og opnå erstatning, kan det anbefales, at virksomheden i videst muligt omfang gennem lovvalgsaftaler søger at styre, hvilke landes lovgivning virksomhedens koncernselskaber og aftaler bliver underlagt.

Parter der indgår en lovvalgsaftale bør eksplicit angive, at lovvalget ikke omfatter det pågældende lands internationalt privatretlige regler (og eventuelt CISG⁵⁴). Derved forhindres, at det pågældende lands lovvalgsregler – mod parternes forventning – bestemmer, at aftalen er underlagt fremmed ret.

Udgangspunktet er, at lovvalgsaftaler gyldigt kan indgås, ligesom de vil blive respekteret af langt de fleste landes domstole.

Følgende vigtige undtagelser, der fremgår af Rom-konventionen, skal dog i den forbindelse nævnes:

1. I forbrugeraftaler vil forbrugeren ikke kunne berøves den beskyttelse, der følger af ufravigelige regler i loven i det land, hvor han/hun har bopæl.⁵⁵
2. I ansættelsesaftaler vil den ansatte ikke kunne berøves den beskyttelse, der følger af ufravigelige regler i loven i det land, hvor han/hun har bopæl.
3. Lovvalgsaftaler gælder kun i forholdet mellem parterne og binder således ikke tredjemand.

Endelig fremgår det af Rom-konventionen, at en domstol, der i forbindelse med afgørelsen af en sag, er forpligtet til at anvende et fremmed lands lovgivning, kan undlade at anvende sådanne regler, der er åbenbart uforenelige med grundlæggende retsprincipper (ordre public) i domstolslandet.

54. Den danske købelov giver på en række punkter en køber en bedre retsstilling end CISG.

55. I Danmark fremgår det af aftalelovens § 38d, at hvis en forbrugeraftale indeholder en lovvalgsbestemmelse, der peger på et ikke-EØS-lands lovgivning, vil en sådan bestemmelse ikke finde anvendelse på spørgsmål om urimelige aftalevilkår (aftalelovens § 36). Som forudsætning herfor gælder dog, at aftalen uden lovvalgsbestemmelsen ville være underlagt et EØS-lands lovgivning. Endvidere fremgår det af købelovens § 87, at hvis en forbrugeraftale indeholder en lovvalgsbestemmelse, der peger på et ikke-EØS-lands lovgivning, vil en forbruger på trods heraf kunne påberåbe sig ufravigelige køberetlige regler i det EØS-land, som aftalen uden lovvalgsbestemmelsen ville have været underlagt.

Værnetingsaftaler

Hvis en tvist opstår, er spørgsmålet, hvor en retssag kan anlægges. Hvis parterne ikke har indgået en værnetingsaftale, vil det følge af lokale værnetingsregler – i Danmark retsplejeloven – om en sag kan anlægges ved landets domstole. Sidstnævnte vil lade sig vejlede af de internationale privatretlige regler. I EU/EFTA vil domskonventionen/-forordningen og Lugano-konventionen finde anvendelse, som nærmere beskrevet i kapitel 4, hvortil der henvises.

For at undgå den usikkerhed der er forbundet med at kunne blive sagsøgt i forskellige stater, kan det anbefales, at virksomheden i videst muligt omfang gennem structural risk management som nævnt i kapitel 4 og værnetingsaftaler søger at styre, i hvilke lande og ved hvilke tvist-løsningsfora virksomhedens koncernselskaber kan blive sagsøgt.

Nedenfor er beskrevet mulighederne for indgåelse af værnetingsaftaler vedrørende henholdsvis domstols- og voldgiftsbehandling.

Domstole: Udgangspunktet i Danmark er ifølge retsplejeloven, at aftaleparter gyldigt kan aftale, hvilken domstol der skal afgøre eventuelle tvister mellem parterne. Som undtagelse hertil gælder, at en værnetingsaftale i forbrugerftaler ikke er bindende for forbrugeren og dermed ugyldig. Tilsvarende forbrugerbeskyttende regler er gældende i de fleste andre lande.

I sager hvor en tvist er opstået mellem parter, der er bosiddende i to forskellige EU-/EFTA-medlemsstater, og hvor det er relevant at undersøge, om en af aftalens parter kan sagsøges uden for den stat, hvor vedkommende har bopæl, finder Domskonventionen/-forordningen og Lugano-konventionen anvendelse. Udgangspunktet er her, at en værnetingsaftale er gyldig, dog således at en sådan forudgående aftale i følgende typer sager vil være ugyldig:

1. Forsikringsaftaler.
2. Forbrugerftaler.
3. Enekompetencesager (kun én domstol er kompetent):
 - a. Sager om rettigheder over fast ejendom (domstolen i det land, hvor ejendommen er beliggende).
 - b. Sager om leje- og/eller forpagtningskontrakter vedrørende fast ejendom (domstolen i det land, hvor ejendommen er beliggende).

- c. Sager om selskabers gyldighed, ugyldighed og opløsning samt om beslutninger truffet af disses organer (domstolen i det land, hvor selskabet er stiftet).
- d. Sager om gyldigheden af indførelse i offentlige registre (domstolen i det land, hvor registeret er beliggende).
- e. Sager om registrering eller gyldighed af immaterielle rettigheder (domstolen i det land, hvor registeret er beliggende).
- f. Sager om fuldbyrdelse af retsafgørelser (domstolen i det land, hvor retsafgørelsen ønskes fuldbyrdet).

En værnetingsaftale vil normalt blive fortolket indskrænkende, således at erstatningskrav opstået som følge af upåregnelige begivenheder ikke er omfattet af aftalen. Således er det i en engelsk High Court-sag⁵⁶ vedrørende krav om erstatning som følge af kartelvirksomhed statueret, at en værnetingsaftale, der var indgået mellem sagsøgeren og kartelvirksomheden, ikke omfattede det konkrete sagsanlæg, uanset at værnetingbestemmelsen var formuleret særdeles bredt (... *applying to all disputes arising out of the legal relationship* ...). Den erstatningsøgende kunne således frit anlægge sag efter de almindelige værnetingregler. Medmindre det eksplicit fremgår af en værnetingsaftale, at den skal omfatte erstatningskrav som følge af brud på konkurrencereglerne, vil den således formentlig ikke have gyldighed. Af indlysende årsager vil en sådan tilføjelse nok ikke finde vej til virksomheders standardaftaler.

Voldgift: I erhvervsaftaler aftales det ofte, at en voldgiftsret i stedet for de almindelige domstole skal afgøre eventuelle tvister. Er der aftalt voldgift, vil et sagsanlæg ved de almindelige domstole blive afvist.

Det kan anbefales, at en voldgiftsklausul regulerer følgende forhold:⁵⁷

1. *Hvilken voldgiftsret:* Parterne bør udpege den voldgiftsret, som skal afgøre eventuelle tvister. I kapitel 7 er beskrevet en række permanente voldgiftsretter, der ofte udpeges i internationale aftaler. Hvis parterne ikke ønsker at anvende en permanent voldgiftsret, men i

56. *Provimi Limited v. Aventis Animal Nutrition SA & Ors and other cases* [2003] EWHC 961 (Comm), judgment of 6 May 2003 og the High Court.

57. De permanente voldgiftsretters hjemmesider indeholder normalt et forslag til en fornuftig voldgiftsklausul.

stedet ønsker at etablere en ad hoc voldgiftsret bør klausulen angive, hvor voldgiftsretten skal have sæde.

2. *Voldgiftregler*: Det kan normalt anbefales at benytte de voldgiftsregler, som det valgte voldgiftsinstitut anvender. Hvis parterne har valgt at etablere en ad hoc voldgiftsret, bør det positivt fremgå af klausulen, hvilke voldgiftsregler, der skal finde anvendelse, herunder f.s.v.a. udpegning af voldgiftsdommere. Det er vigtigt, at klausulen/voldgiftsreglerne regulerer den situation, at en af parterne ikke aktivt medvirker til sagens fremme. Hvis en part således ikke overholder en handlepligt inden en vis frist, bør klausulen regulere, hvorledes sagen i så fald drives fremad. Uanset at det deklaratoriske udgangspunkt⁵⁸ er, at en part på trods af en voldgiftsaftale godt kan benytte sig af foreløbige retsskridt via de almindelige domstole, såsom forbud og arrest, kan det anbefales, at dette eksplicit fremgår af voldgiftsklausulen for at fjerne enhver tvivl. Endvidere kan det anbefales at regulere, om den efterfølgende justificationssag skal føres ved domstol eller voldgiftsret.
3. *Sproget*: Det bør fremgå af klausulen på hvilket sprog voldgiftsagen skal føres. I internationale sager vælges ofte engelsk.
4. *Økonomi*: For at omkostningerne ikke skal løbe løbsk, kan klausulen med fordel regulere bl.a.: Antallet voldgiftsdommere, principper for honorering af voldgiftsdommere (fx timebetaling), taberens eventuelle betaling af vinderens sagsomkostninger etc. Eventuelt kan forskellige regler aftales alt afhængig af, hvor stort et beløb sagens genstand udgør.

En bestemmelse om, at eventuelle tvister skal afgøres ved voldgift, vil som udgangspunkt være bindende, dog således at en sådan aftale normalt vil blive fortolket indskrænkende. Voldgift egner sig kun til sager, hvor parterne kan råde over sagens genstand, hvorfor fx familieretlige sager ikke vil kunne afgøres ved voldgift.⁵⁹ Tilsvarende risikerer en voldgiftsbestemmelse at blive tilsidesat i sager, hvor samfundsmæssige hensyn – fx overholdelse af konkurrencelovgivningen – findes at veje tungere end parternes behov for voldgift.

En voldgiftsbestemmelse i en forbrugeraftale vil også som udgangs-

58. Jf. både retsplejeloven og domskonventionen/-forordningen og Lugano-konventionen.

59. I Danmark fremgår dette af voldgiftslovens § 1, stk. 2.

punkt være gyldig, forudsat vedtagelsen heraf er sket i overensstemmelse med de aftaleretlige regler, og den ikke tilsidesættes med henvisning til urimelighedsreglerne.⁶⁰

I kapitel 7 er et forholdsvis nyt fænomen i Danmark – mediation/alternative dispute resolution (ADR) – kort introduceret. I lyset af at erfaringerne med ADR hidtil har været opmuntrende⁶¹ – også i Danmark⁶² – kan det overvejes, om en værnetingklausul bør indeholde krav om en indledende ADR-fase, før en sag kan anlægges ved en domstol/voldgift. En sådan bestemmelse vil normalt være gyldig. Indholdet af en ADR-klausul kan udledes af det i kapitel 7 anførte afsnit om ADR, hvortil der henvises, ligesom inspiration også kan hentes på Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR) hjemmeside,⁶³ hvor der findes forslag til fornuftige ADR-klausuler.

Afslutningsvis bemærkes, at der kan opstå problemer i forbindelse med forkyndelse for modparten af at en retssag eller voldgiftssag indledes. Derfor kan det anbefales, at parterne i aftalen eksplicit angiver, på hvilke adresser forkyndelse kan ske, ligesom parterne bør forpligtes til at oplyse hinanden, hvis denne adresse senere ændres. I øvrigt henvises til kapitel 7, hvori beskrives den forkyndelsesforordning, der er gældende i alle EU-lande bortset fra Danmark, der på grund af sine forbehold ikke deltager i det retslige samarbejde i EU.

Manual i ophør af aftaler

Indledning

Det kan normalt anbefales, at juridisk afdeling altid involveres i forbindelse med ophør af aftaler. Hvis virksomheden fx ophæver eller opsiger en aftale med urette, er der nemlig risiko for, at den bliver mødt

60. Se bilaget til Rådets direktiv 1993/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige vilkår i forbrugerkontrakter (EF-Tidende nr. L 095 af 21. april 1993 s. 29-34), hvor voldgiftklausuler i forbrugeraftaler også er nævnt. I Danmark vil sådanne bestemmelser risikere at blive tilsidesat med henvisning til generalklausulen i aftalelovens § 36.

61. Se artiklen af Karl Mackie og Richard Shoykov i *Oil, Gas & Energy Law Intelligence*, "ADR – a useful tool in legal risk management", volume 1, nr. 2, marts 2003.

62. Se bl.a. Pia Møllers artikel i *Advokaten*, "Mægling virker i alle sager", nr. 2, 2004.

63. Se hjemmesiden www.cedr.co.uk.

med et betydeligt erstatningskrav. I lyset heraf kan det anbefales, at virksomheden udarbejder en manual i ophør af aftaler, der endvidere vil kunne medvirke til en fornuftig vidensopbygning i virksomheden og i juridisk afdeling.

I det følgende tages udgangspunkt i dansk ret. Da de fleste forbrugerbeskyttelsesregler er et resultat af EU-lovgivning, vil flere af de nævnte forbrugerbeskyttelsesregler ofte også gælde i andre EU-lande. Tilsvarende gælder grundlæggende retsprincipper, der er fælles for de fleste lande, som Danmark normalt sammenligner sig med. Det kan anbefales at virksomheden – eventuelt med bistand fra lokale advokater – udarbejder en tilrettet version af manualen f.s.v.a. ophør af aftaler underlagt udenlandsk lovgivning. Opbygningen og sondringerne anført nedenfor, vil imidlertid ofte med fordel kunne anvendes i sådanne “lokale” manualer.

Det klare udgangspunkt er, at når to eller flere aftaleparter har indgået en aftale, vil den være bindende mellem parterne.

Dette udgangspunkt er fraveget i et vist omfang, idet:

1. En aftalepart kan være tillagt en fortrydelsesret.
2. En aftale eller en bestemmelse heri kan være ugyldig.
3. En aftale kan hæves, hvis der foreligger en omstændighed, der giver anledning hertil.
4. En aftale kan opsiges, medmindre det implicit eller eksplicit fremgår heraf, at den er gældende i en bestemt periode eller er uopsigelig.

Fortrydelsesret

Medmindre en fortrydelsesret følger af selve aftalen, er udgangspunktet, at det ikke er muligt at fortryde, når først en aftale er indgået.

Der gælder dog nogle få undtagelser hertil, som bør beskrives i manualen i det omfang de er relevante for virksomheden:

1. Hvis en aftale er urimelig, vil den i visse tilfælde kunne tilsidesættes. Sådanne urimelighedsregler vil normalt kun kunne anvendes på aftaler, der er urimelige overfor en forbruger, mens reglerne kun

i undtagelsestilfælde vil kunne anvendes til fordel for en erhvervsdrivende.⁶⁴

2. Forbrugerlovgivningen kan indeholde fortrydelsesregler,⁶⁵ herunder bl.a. hvis købsaftaler er indgået uden at parterne er mødtes fysisk – såkaldt fjernsalg via fx telefon, telefax, e-mail eller internet – eller hvis en aftale er indgået under et personligt møde med en erhvervsdrivende uden for dennes faste forretningssted (dørsalg). Sådanne fortrydelsesregler vil typisk være ufravigelige.

Ugyldighed

Ugyldige bestemmelser kan normalt opdeles i følgende tre kategorier:

1. Bestemmelser, der statuerer, at forholdende omkring aftaleindgåelsen medfører ugyldighed.
2. Bestemmelser i strid med ufravigelig lovgivning.
3. Bestemmelser der er ulovlige og derfor ugyldige.

Nogle ugyldighedsgrunde med relation til aftaleindgåelsen kan altid gøres gældende, uanset om løftemodtageren var i god eller ond tro. Det gælder fx voldelig tvang og umyndighed. Ved begrebet “god tro” ses på omstændighederne ved aftaleindgåelsen, og om løftemodtageren indså eller burde have indset, at ugyldighedsgrunden var til stede. Andre former for ugyldighedsgrunde kan kun gøres gældende, hvis løftemodtageren var i ond tro, dvs. vidste eller burde vide at ugyldighedsgrunden var til stede, og at det var dette, der fik løftegiveren til at indgå aftalen. Det drejer sig fx om simpel tvang, svig og udnyttelse. Endelig vil overtrædelse af et fuldmagtsforhold – fx at en ansat ikke har ret til at tegne et selskab – også kunne begrunde en aftales ugyldighed.

Lovgivningen indeholder et stort antal bestemmelser, der ikke kan fraviges ved aftale. Reglerne har primært til formål at beskytte den svage part i et aftaleforhold, fx forbrugere,⁶⁶ agenter⁶⁷ eller ansatte⁶⁸. Det er vigtigt, at virksomheden er opmærksom på ufravigelige regler,

64. I et bilag til Rådets direktiv 1993/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige vilkår i forbrugerkontrakter (EF-Tidende nr. L 095 af 21. april 1993 s. 29-34) er angivet en række bestemmelser, der i EØS vil blive anset for urimelige. I Danmark vil sådanne bestemmelser blive tilsidesat med henvisning til generalklausulen i aftalelovens § 36.

65. I Danmark gælder forbrugeraftaleloven, der er et resultat af EU-lovgivning.

66. Se bl.a. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 1999/44/EF af 25. maj 1999 om visse

således at den ikke risikerer at indgå aftaler, hvorefter visse bestemmelser efterfølgende viser sig at være ugyldige. Udgangspunktet er nemlig, at en aftale forsat vil være gyldig på trods af, at enkelte bestemmelser viser sig at være ugyldige. Hvis de ugyldige bestemmelser var til virksomhedens fordel, vil det forrykke balancen i aftalen og eventuelt bevirke tab af stakeholder value.

Hvis en aftale eller en bestemmelse heri er (klart) ulovlig, vil dette medføre ugyldighed.⁶⁹ Hertil skal dog bemærkes, at en statuering af ugyldighed forudsætter, at det er aftalens indhold, der er ulovligt – der vil således fx ikke blive tale om ugyldighed, blot fordi virksomheden indgår en købsaftale i strid med lukkeloven, eller hvis parterne har "glemt" momslovgivningen. Som nævnt i kapitel 5 indeholder enkelte reguleringslove bestemmelser, der eksplicit erklærer ulovlige aftaler/bestemmelser ugyldige, herunder konkurrencelovgivningen.

Ophævelse af aftaler

Virksomheden kan hæve en gyldig aftale, hvis aftaleparten har misligholdt aftalen, eller hvis adgangen hertil følger af lovgivningen eller af selve aftalen.

Retsvirkningen af en ophævelse er, at aftalen bortfalder, og at parterne herefter skal stilles som om, aftalen aldrig var blevet indgået, ligesom virksomheden skal erstattes for det tab (herunder eventuelt et avancetab), der måtte være lidt. I forbindelse med ophævelsen skal parterne (om muligt) tilbagelevere de ydelser, de har modtaget i henhold til den ophævede aftale.

Det er normalt en forudsætning for virksomhedens ophævelsesadgang, at:

1. aftalen er væsentlig misligholdt, og at

aspekter af forbrugerkøb og garantier i forbindelse hermed (EF-Tidende nr. L 171 af 7. juli 1999 s. 12-16). Forbrugerstyrelsens hjemmeside www.fs.dk indeholder en oversigt over alle EU-love vedrørende forbrugerbeskyttelse.

67. Rådets direktiv 86/653/EØF af 18. december 1986 om samordning af medlemsstaternes lovgivning om selvstændige handelsagenter (EF-Tidende nr. L 382 af 31. december 1986 s. 17-21).

68. I kaptel 5 er i afsnittet om arbejdsret, arbejdsmiljø og arbejdssikkerhed opregnet de harmoniseringsinitiativer, der har fundet sted i EU.

69. Det vil normalt blot være den pågældende bestemmelse, der er ugyldig. Resten af aftalen vil således som udgangspunkt forsat være gyldig.

2. virksomheden har foretaget rettidig reklamation.

Væsentlig misligholdelse: Medmindre andet fremgår af lovgivningen eller af selve aftalen, kræves det normalt som forudsætning for en ophævelsesadgang, at misligholdelsen er væsentlig. Dette beror på en vurdering af aftalens indhold og den lovgivning, aftalen er underlagt. I nogle tilfælde vil det eksplicit være anført i aftalen, hvad der konstituerer en hævebegrundende misligholdelse. I andre tilfælde kan det være vanskeligt at vurdere, om en misligholdelse er tilstrækkelig væsentlig til, at en ophævelse er berettiget.⁷⁰ Da det risikerer at medføre betydelige erstatningskrav, hvis en aftale – som følge af at den fornødne væsentlighed ikke var til stede – uberettiget er blevet ophævet, bør juridisk afdeling altid involveres, før en ophævelse gøres gældende. Denne såkaldte standpunktsrisiko er yderligere beskrevet i kapitel 7.

Rettidig reklamation: Uanset om en aftalepart væsentligt har misligholdt en aftale, og selv om der ikke er grund til at tro, at parten er i uvidenhed om misligholdelsen, skal virksomheden normalt reklamere for i fuldt omfang at bevare sin adgang til at udøve sine misligholdelsesbeføjelser. Særligt hvor benyttelse af en mislighedsbeføjelse fører til en ændring af status quo – fx ophævelse af en aftale – stilles der krav om hurtig reklamation. Virksomheden bør i forbindelse med en (skriftlig) reklamation eksplicit angive, at aftalen hæves, ligesom virksomheden bør sikre sig, at reklamationen kommer frem – fx ved brug af anbefalet post.

Købsaftaler i erhvervsforhold indeholder ofte bestemmelser om, at en part skal reklamere inden en vis frist, hvis parten ønsker at påberåbe sig mangler og gøre misligholdelsesbeføjelser gældende. Forudsat at de kan anses for vedtaget af parterne, vil sådanne bestemmelser som udgangspunkt være gyldige. Indeholder en erhvervsaftale ingen reklambestemmelser, vil love og almindelige retsprincipper udfyldende regulere aftalen i relation hertil. Købelovens § 52 bestemmer, at i erhvervsaftaler skal en part, der ønsker at påberåbe sig en mangel, give sælgeren meddelelse herom straks og ellers uden ugrundet ophold. Afgiver køberen ikke en sådan meddelelse, uagtet at køberen har opdaget

70. Kravene til væsentlighed skærpes normalt, hvis aftalen angår en ydelse – fx et byggeri – der ikke lader sig tilbagelevere.

eller burde have opdaget manglen, kan køberen ikke senere gøre den gældende. Ønsker køberen at hæve købet, eller ønskes efterlevering eller omlevering, skal køberen uden ugrundet ophold give sælgeren meddelelse derom, og har ellers tabt sin ret til at afvise genstanden eller kræve efterlevering.

I forbruger købsaftaler vil købelovens ufravigelige reklamlationsregler i §§ 81-86 finde anvendelse, og aftaler og bestemmelser i strid hermed er således ugyldige. Det fremgår af § 81, at forbrugeren skal reklamere inden for rimelig tid, efter at have *opdaget* en mangel, idet forbrugeren i modsat fald mister retten til at påberåbe sig manglen. Er reklamation givet inden to måneder efter, at forbrugeren opdagede manglen, anses dette altid for rettidigt. Sælgeren kan dog ikke for al tid og evighed holdes ansvarlig, idet § 83 bestemmer, at køberen ikke kan påberåbe sig en mangel, hvis denne ikke inden to år efter, at salgsgenstanden er *overgivet* til køberen har påberåbt sig manglen. Toårs-reglen gælder dog ikke, hvis sælgeren har givet garanti eller på anden måde har aftalt at ville indestå for genstanden i længere tid eller har handlet i strid med almindelig hæderlighed. Denne absolutte reklamlationsfrist på 2 år gælder både i erhvervs- og forbrugeraftaler.

I forbrugeraftaler gælder der en formodningsregel om, at mangler, der viser sig inden for de første seks måneder efter leveringen, formodes at have været til stede ved leveringen. Sælgeren er derved pålagt at bevise, at varen ikke var mangelfuld på leveringstidspunktet. Denne bevisbyrde kan ofte være svær at løfte.

Inkluder sælgeren sig på realitetsforhandlinger med forbrugeren, selv om ovennævnte frister er sprunget, mister sælgeren normalt muligheden for at påberåbe sig, at forbrugeren har reklameret for sent

Opsigelse af aftaler

Ved aftaler, der skal løbe over længere tid om løbende levering af varer eller tjenesteydelser, bliver det relevant at undersøge mulighederne for opsigelse. Oftest vil det fremgå direkte af aftalen, om og i givet fald hvornår og hvordan opsigelse kan ske. I visse tilfælde gælder der imidlertid en lovbestemt opsigelsesadgang.

Ved virksomhedens aftaler med forbrugere følger det af forbrugeraftaleloven, at forbrugere har en ufravigelig opsigelsesadgang i relation til bestemte typer af aftaler om løbende levering af varer og tjenesteydelser som nærmere opregnet i lovens § 14. Nogle af disse aftaler kan

opsiges efter ni måneder og med tre måneders varsel (i alt et års binding), mens de øvrige kan opsiges efter tre måneder og med tre måneders varsel (i alt seks måneders binding). Bortset herfra er udgangspunktet, at det i forbrugerftaler frit kan aftales, hvor lang en bindingsperiode aftalen skal have, dog således at længerevarende uopsigelighedsbestemmelser risikerer at blive modificeret af urimelighedsreglerne. Alt afhængig af de nærmere omstændigheder er tommelfingerreglen, at uopsigelighedsbestemmelser med en binding på et år eller derunder vil kunne opretholdes.

I erhvervsftaler vil bestemmelser om uopsigelighed i en vis periode som altovervejende hovedregel være bindende. Endvidere vil uopsigelighedsbestemmelser – i modsætning til forbrugerftaler – kun hvis helt usædvanlige forhold gør sig gældende risikere at blive tilsidesat med henvisning til urimelighed. Dog bemærkes, at speciallovgivningen, herunder fx konkurrencelovgivningen, kan medføre, at aftaler eller bestemmelser heri kun har gyldighed i en vis korterevarende periode.

Hvis det ikke fremgår af aftalen, om aftalen skal være uopsigelig, og en manglende regulering heraf må antages at bero på en lapsus, vil en aftale kunne opsiges med et *passende* varsel. Hvad der anses for et passende varsel afhænger af de nærmere omstændigheder ved aftalen, herunder:

1. Hvor lang tid aftalen har været i kraft mellem parterne – jo længere en aftale har været i kraft, jo længere varsel bør en modpart typisk have med henvisning til, at vedkommende har indrettet sig i tillid til aftalen.
2. Om forholdene har ændret sig siden aftalen blev indgået, således at der kan argumenteres for bristede forudsætninger.

Alt afhængig af aftalens nærmere omstændigheder følger det af retspraksis, at et opsigelsesvarsel på mellem tre og seks måneder normalt anses for passende.

Inkasso-regler

Ved inkasso forstås inddrivelse af et tilgodehavende ved henvendelse til en fysisk eller juridisk person, der ikke betaler i overensstemmelse med en tidligere indgået aftale.

Inkassosager er sager vedrørende inddrivelse af udestående beløb/

ting, hvor debitor *ikke* har fremsat indsigelser. Selv om debitor måtte have fremsat indsigelser, vil inddrivelsen stadig udgøre en inkassosag, hvis indsigelserne fremstår som værende åbenbart ubegrundede.

Hvis derimod debitor fremsætter indsigelser, der ikke er åbenbart ubegrundede, bør der ikke indledes en inkassosag. I stedet bør sagen overgives til juridisk afdeling, der vil træffe afgørelse om, hvorledes virksomheden får sin ret fastslået med henblik på efterfølgende inddrivelse af den udestående fordring.

Det er vigtigt, at virksomheden kan dokumentere sit tilgodehavende, hvorfor virksomheden bør have implementeret et fornuftigt dokumenthåndteringssystem, som beskrevet i kapitel 8. Hvis dokumentationsgrundlaget i øvrigt er i orden, kan virksomheden med fordel beskrive følgende tre emner i manualen:

1. Rykkergebyrer og inkassoomkostninger
2. Muligheden for at opkræve morarenter
3. God inkassoskik

Endvidere bør manualen beskrive, hvem der skal føre inkassosager, og hvordan disse nærmere gennemføres. Virksomheden kan vælge selv at føre sådanne sager, eller at outsource sådanne aktiviteter til andre.

Hvis virksomheden vælger at lade andre foretage inkassovirksomhed på vegne af virksomheden – fx den faste advokat eller et firma specialiseret i inkassovirksomhed – vil advokaten/inkassofirmaet i Danmark være underlagt reglerne i inkassoloven. Hvis virksomheden vælger selv at foretage inkassovirksomhed, skal blot reglerne i markedsføringsloven overholdes.

Uanset hvorledes virksomheden vælger at indrette sig, bør manualen beskrive sådanne rutiner og procedurer, som virksomheden bør følge (god inkassoskik).

På EU-niveau er der vedtaget regler med henblik på at lette mulighederne for virksomheder for at gennemføre inkasso.⁷¹ Som følge af Danmarks forbehold, deltager Danmark ikke i dette samarbejde.

71. Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 805/2004 af 21. april 2004 om indførelse af et europæisk tvangsfuldbyrdsdokument for ubestridte krav (EF-Tidende nr. L 143 af 30. april 2004 s. 15-39).

Litigation risk management

Indledning

I 1989 indgik den danske enzym- og ingrediensvirksomhed Chr. Hansen Holding A/S en aftale med et lokalt bosiddende ægtepar om oprettelsen af et joint venture-selskab i det daværende Jugoslavien.¹ Chr. Hansen investerede DKK 1 mio. i projektet, der havde som forretningssidé, at joint venture-selskabet med Chr. Hansens knowhow og maver fra lokalt slagtede kalve skulle producere osteløbe til afsætning på det jugoslaviske marked.

Samarbejdet kom dårligt fra start, fordi et jugoslavisk slagteforbud umuliggjorde fremskaffelsen af det nødvendige antal kalvemaver. Parterne aftalte derfor i stedet at basere produktionen på import af osteløbekoncentrat fra Chr. Hansen i Danmark, og med sidstnævntes knowhow kom produktionen i 1991 endelig i gang. Jugoslaviens opbrud, krigen og de efterfølgende handelssanktioner medførte imidlertid, at det marked, som parterne havde haft så store forventninger til, blev ødelagt, hvilket naturligvis påvirkede joint venture-selskabets omsætning negativt.

I begyndelsen af 1995 anlagde ægteparret sag mod Chr. Hansen Holding A/S ved voldgiftsretten i Beograd, der i joint venture-aftalen var udpeget til at skulle afgøre eventuelle tvister mellem parterne. Ægteparret gjorde gældende, at Chr. Hansen ikke havde leveret den oprindeligt aftalte knowhow med et betydeligt avancetab for joint venture-selskabet til følge. Chr. Hansen mente modsat, at i lyset af det ændrede produktionssetup var den aftalte knowhow blevet leveret, ligesom Chr. Hansen ikke var enig i tabsopgørelsen.

Serbien var på det tidspunkt på sammenbruddets rand og gennemsyret af korrupsion. Udpegningen voldgiftsdommere og proceduren ved

1. Manden i "ægteparret" blev direktør i joint venture-selskabet og var således den drivende kraft i selskabets efterfølgende udvikling.

Kap. 7: Litigation risk management

voldgiftsretten bar præg heraf, og selv ikke grundlæggende retsprincipper blev fulgt. Således blev Chr. Hansen indkaldt til et vigtigt syns- og skønsmøde med to dages varsel, på trods af at det på daværende tidspunkt tog tre uger at opnå et indrejsevisum. Dette resulterede i, at voldgiftsretten kun fik ekspertudsagn fra eksperter indkaldt af ægteparret.

Sagen endte i marts 2000 med, at voldgiftsretten dømte Chr. Hansen Holding A/S til at betale DEM 10 mio. i erstatning til ægteparret for misligholdelse af joint venture-aftalen samt procesrente på fem procent at regne fra sagens anlæg i 1995 – alt ca. DKK 53 mio.

Som nævnt i kapitel 6, har over hundrede lande tiltrådt den såkaldte New York-konvention, der bestemmer, at et land er forpligtet til at anerkende og fuldbyrde voldgiftskendelser afsagt i de andre lande, som har tiltrådt konventionen. Med voldgiftskendelsen fra Beograd i hånden rejste ægteparret herefter til Frankrig, hvor et fuldbyrdelsessøgsmål blev anlagt ved La Cour d'Appel de Paris. Den franske domstol gav i februar 2003 ægteparret medhold i, at voldgiftskendelsen kunne fuldbyrdes i Frankrig.

Chr. Hansens CEO, Erik Sørensen, udtalte efterfølgende til pressen:

Sagen er fuldstændig grundløs og opdigtet, og jeg kan ikke forstå den franske kendelse. Det har været en farce uden lige, helt ufor- enelig med retsordenen i Danmark.

Uanset at sagen straks blev anket til den franske højesteret, var Chr. Hansen nødt til i sit budget for 2002/03 at hensætte DKK 60 mio. som et muligt tab på sagen, hvilket udgjorde en reducere- ring af det forventede overskud med ca. 40 procent.

Da Chr. Hansen gennem etablering af en koncernstruktur har gennemført en risikospredning, som beskrevet i kapitel 4, lader det til, at ægteparret måske alligevel ikke får held til at indkassere millionerne. Således forsøgte ægteparret med kendelsen fra Paris, at fuldbyrde ken- delsen mod Chr. Hansens datterselskab i Frankrig. Men fordi sidst- nævnte er en selvstændig juridisk person, og fordi voldgiftskendelsen er rettet mod Chr. Hansen Holding A/S i Danmark og ikke det franske datterselskab, havde ægteparret ikke held hermed. Da Chr. Hansen Holding A/S ikke har aktiver i Frankrig, er ægteparret således henvist

til at anlægge en fuldbyrdelsessag i Danmark eller et andet sted, hvor selskabet har aktiver.

Selv om Danmark har tiltrådt New York-konventionen og dermed som udgangspunkt er forpligtet til at anerkende og fuldbyrde udenlandske voldgiftskendelser, indeholder konventionen enkelte undtagelser, som Chr. Hansen vil kunne påberåbe sig. Således vil en voldgiftskendelse ikke blive anerkendt og fuldbyrdet, hvis den er åbenbart uforenelig med et lands grundlæggende retsgrundsætninger (ordre public). Den 14. juni 2004 valgte ægteparret at anlægge en fuldbyrdelsessag i Tyskland, hvor Chr. Hansen Holding A/S har visse aktiver. Under fuldbyrdelsessagen i Tyskland vil Chr. Hansen formentlig gøre gældende, at en anerkendelse og fuldbyrdelse af voldgiftskendelsen fra Beograd vil stride mod ordre public.

Uanset om sagen² måtte få et for Chr. Hansen fornuftigt udfald, er den illustrerende for, hvilke risici der lurder, hvis litigation risk management ikke prioriteres i fornødent omfang.

Den bedste måde at håndtere juridiske tvister på er naturligvis at undgå, at de opstår, hvilket taler for, at virksomheden implementerer et fornuftigt legal risk management-system. Endvidere bør enhver juridisk tvist medføre en undersøgelse af, om det er muligt at forhindre tilsvarende tvister i at opstå i fremtiden. Er dette tilfældet, bør virksomhedens structural risk management-program, compliance-programmer og contractual risk management-program tilrettes i overensstemmelse hermed.

Da virksomheden imidlertid ikke kan undgå i et eller andet omfang at blive involveret i juridiske tvister, er det vigtigt, at virksomheden gennem diverse forbyggende foranstaltninger har minimeret risikoen for at blive sagsøgt og underlagt loven i "uheldige" lande, ligesom den bør have implementeret fornuftige rutiner og procedurer til håndtering af juridiske tvister.

2. Sagen er beskrevet i Jyllands-Posten, "Chr. Hansen i serbisk slagsmål", 6. februar 2001, "Chr. Hansen sendt til tælling af tidligere partner", 28. februar 2003 og "Chr. Hansen ramt af held i bizar retssag", 6. maj 2003, Børsen, "Chr. Hansen hensætter 60 mio. til tab", 28. februar 2003 samt i fondsbørsmeddelelserne fra Chr. Hansen "Chr. Hansen rejects Serbian claim", 6. februar 2001 og "Surprising decision in La Cour d'Appel de Paris concerning Serbian claim resulting in a provision of DKK 60 million", 27. februar 2003. Endelig er den seneste udvikling i sagen nævnt i Chr. Hansens måneders meddelelse udsendt den 5. juli 2004.

Kap. 7: Litigation risk management

I forbindelse med juridiske tvister kan der med fordel skelnes mellem henholdsvis defensive og offensive tvister.³

Defensive tvister er tvister, som virksomheden ikke selv har initieret og omfatter sager anlagt af ansatte, kunder, leverandører, konkurrenter, samarbejdspartnere, offentlige myndigheder m.fl. Der er ikke meget virksomheden kan gøre for at forebygge denne type tvister bortset fra at implementere et fornuftigt litigation management-program med retningslinier for førelse af rets- og voldgiftssager, forligsforhandlinger samt eventuelt gennemførelse af alternative dispute resolution.

Offensive tvister er tvister, som virksomheden selv har initieret fx med henblik på at kræve erstatning for brud på indgåede aftaler, at forhindre krænkelse af virksomhedens immaterielle rettigheder, at forhindre konkurrenters retsstridige adfærd mv. Denne type tvister indleder virksomheden med det formål at beskytte virksomhedens aktiver og sikre den fremtidige indtjening og mulighed for at drive virksomhed.

Det er vigtigt, at antallet af defensive tvister begrænses i videst muligt omfang gennem forebyggende foranstaltninger, således at juridisk afdeling har tid og ressourcer til at identificere og udnytte juridiske muligheder og føre offensive tvister. Juridisk afdeling bør være i stand til løbende at vurdere omfanget af defensive og offensive tvister, hvorfor det kan anbefales at juridisk afdeling løbende registrerer sit tidsforbrug på disse to typer tvister.

I tilknytning til de øvrige risk management-programmer, der er beskrevet i denne bog, kan det anbefales, at virksomheden udarbejder og implementerer et litigation risk management-program.

Indholdet af et sådant program kan opsummeres som følger:

1. Virksomhedens litigation risk management-politik.
2. En beskrivelse af litigation risk management-organisationen og hvem der har ansvaret for hvad. Et organisationsdiagram kan eventuelt vedlægges som bilag.
3. En beskrivelse af relevante forbyggende foranstaltninger, herunder:
 - a. Lovvalg

3. Jf. bl.a. Stephen E. Nowlan i Chief Legal Officer, "Communicating the Strategic Value of Your Law Department", sommeren 2002.

- b. Valg af tvistløsningsforum
- c. Alternative dispute resolution
4. Manual i håndtering af henholdsvis offensive og defensive tvister, herunder retningslinier for bl.a.:
 - a. Early case assessment
 - b. Bevisindsamling
 - c. Fastlæggelse af strategi
 - d. Økonomi
5. En beskrivelse af relevante rutiner og procedurer.
6. En beskrivelse af relevante rapporteringsforpligtelser.
7. Relevante interne og eksterne kontaktpersoner og videnstrømme. Eventuelt vedlægges som bilag en knowledge map.
8. En beskrivelse af hvordan programmet implementeres i virksomheden.
9. Retningslinier for løbende opdatering, kontrol og overvågning af programmet.⁴

Nedenfor er beskrevet en række forhold, som virksomheden eventuelt kan lade sig inspirere af i forbindelse med udarbejdelsen af programmet.

Forebyggende foranstaltninger

Indledning

Som beskrevet i kapitlerne 4 og 6 bør virksomheden i videst muligt omfang søge at styre, hvor de enkelte koncernselskaber kan sagsøges, og hvilken lovgivning de underlægges. Dette kan ske ved at virksomheden etablerer en hensigtsmæssig koncernstruktur og ved i aftaler med tredjemand at indføre fornuftige lovvalgs- og værnetingsklausuler. Sidstnævnte vil som nævnt i kapitel 6 som udgangspunkt være bindende for parterne.

Lovvalg og valg af egnet tvistløsningsforum er typisk noget der aftales sidst i forhandlingerne, hvor alle aftalens materielle forhold er

4. Der findes en række fagblade, der kan være til inspiration for virksomheden i dens arbejde med litigation risk management, herunder fagbladet Litigation Management – se hjemmesiden www.chieflegalexecutive.com.

forhandlet på plads. Der er desværre en tendens til, at virksomheder overser vigtigheden af, at aftalens underlægges en fornuftig lov, og at tvister afgøres af et fornuftigt tvistløsningsforum.

Spørgsmålet er imidlertid, hvilken lov og hvilket tvistløsningsforum, som virksomheden bør vælge. Dette er emnet for de følgende afsnit.

Lovvalg

I forbindelse med koncipering af lovvalgs klausuler kan det normalt anbefales i aftaler at vælge den lovgivning, der finder anvendelse i det land, hvor domstolen/voldgiftsretten har sæde (*lex fori*). Det vil nemlig ofte medføre betydelige omkostninger til oversættelser, ekspertbistand mv., hvis parterne vælger, at aftalen skal være underlagt en lovgivning, som er fremmed for domstolen/voldgiftsretten, ligesom der kan være usikkerhed om, hvorvidt og i hvilket omfang domstolen i praksis vil benytte fremmed ret. Hvis virksomheden således ønsker, at et bestemt tvistløsningsforum skal afgøre eventuelle tvister, er dette et moment, som bør influere på, hvilken lov aftalen skal være underlagt.

Virksomheder søger ofte at undgå at blive underlagt amerikansk lovgivning. Dette skyldes bl.a.:

1. Risikoen for at blive idømt punitive damages.
2. Brugen af jury-afgørelser i civile sager og den dermed forbundne usikkerhed vedrørende erstatningsniveauet.
3. Risikoen for at blive inddraget i class action-retssager.
4. De strenge regler om partseditionspligt, som beskrevet nedenfor.
5. De høje advokatomkostninger sammenholdt med den manglende mulighed for at blive tillagt sagsomkostninger, hvis sagen vindes.
6. Den forøgede risiko for at blive sagsøgt, bl.a. på grund af at sagsøgere, som beskrevet i kapitlerne 2 og 5, har mulighed for at indgå contingency fee-aftaler.

Som også den indledningsvis nævnte sag er et eksempel på, er det ikke kun amerikanske love og tvistløsningsfora, der kan være forbundet med risici. Virksomheden bør ligeledes undgå at blive underlagt lovgivningen/tvistløsningsfora i ustabile eller korrupte lande. Oplysning om hvilke lande, der er risikofyldte, kan indhentes hos bl.a. Transparency

International,⁵ der vurderer og ranglister lande på en række parametre, herunder korrupsion. Endvidere vil det ofte være muligt at opnå generel rådgivning om lokal lovgivning og domstolsbehandling gennem de danske ambassader og konsulater rundt omkring i verden.⁶ Dette vil ofte være betydeligt billigere end at gøre brug af en lokal advokat, ligesom sidstnævnte formentlig også vil være en kende inhabil, da det jo potentielt giver mere arbejde til advokaten jo flere aftaler, der underlægges loven i det pågældende land.

EU-landenes lovgivning er efterhånden i betydelig grad blevet harmoniseret, om end en række forskelle stadig består. Som tidligere nævnt anses fx England og Irland for i Europa at have lovgivninger, der tilgodeser skadelidte, mens mulighederne for erstatning ikke er gode i fx Danmark. Inden for Norden er forskellene i den materielle lovgivning naturligvis små, og det bør derfor ikke være et kardinalpunkt for virksomheden, om en aftale underlægges dansk i stedet for fx svensk lovgivning. Endelig bør omfanget af partseditionspligten som nævnt nedenfor og legal privilegier som nævnt i kapitel 8 også være parametre, som virksomheden tager i betragtning i forbindelse med vedtagelsen af lovvalgsklausuler.

Er der derimod tale om en offensiv tvist, kan det være relevant for virksomheden at undersøge, om fx en erstatningssag kan underlægges en lovgivning, der tilgodeser skadelidte. Det ses ofte, at sagsøgere prøver at anlægge sager i USA i håb om dér at opnå en højere erstatning.⁷ Hvis en sag har en vis tilknytning til USA, er dette således et forhold, som bør undersøges nærmere. Er sagens tilknytning til USA imidlertid lille, synes mulighederne for et sagsanlæg i USA at være blevet begrænset efter Supreme Courts dom den 14. juni 2004 i Hoffmann-La Roche-sagen, som beskrevet i kapitel 4.⁸ En amerikansk domstol vil således afvise en sag, hvis retten skønner, at det er mere hensigtsmæssigt, at den føres andre steder i verden (med en latinsk betegnelse kaldet “forum non conveniens”).⁹ Forum non conveniens anvendes i common law-lande, hvor domstolen ud fra et skøn tager stilling til hensigtsmæs-

5. Se hjemmesiderne www.transparency.org og www.transparency.dk.

6. Se hjemmesiden www.eksportraadet.dk.

7. Se *The Economist*, “The alien problem”, 19. juni 2003.

8. Se kapitel 4, note 74.

9. Se David W. Rivkin og Suzanna M. Grosso i *Business Law International*, “Forum Non

sigheden af, at sagen pådømmes i det pågældende land. Dette skøn er principielt uafhængig af, hvorvidt en tilsvarende tvist mellem de samme parter måtte være anlagt i et andet land.

I civil law-lande vil domstolene derimod normalt have kompetence til at pådømme en tvist, uanset om det måtte være mere hensigtsmæssigt, at tvisten blev pådømt i et andet land. I tilfælde af "konkurrerende" sagsanlæg anvender domstolene i civil law-lande typisk den i kapitel 4 nævnte *litis pendens*-regel, hvorefter et sagsanlæg i ét land, i en sag hvor der er hjemmel til at anlægge en retssag i flere stater samtidig, blokerer for sagsanlæg i andre lande.¹⁰

Det kan anbefales, at litigation risk management-programmet indeholder en liste over, hvilke landes lovgivning, som virksomheden kan godtage i lovvalgsklausuler og som i henholdsvis offensive og defensive retssager vil give virksomheden en fornuftig retsstilling. Listen over egnede lovgivninger kan med fordel opregnes i prioriteret orden med relevante argumenter for og imod, der kan anvendes i konkrete forhandlingssituationer. Ønsker en modpart, at en konkret aftale skal underlægges en lov, der ikke fremgår af listen, bør de ansatte instrueres om, at en godkendelse af lovvalgsklausulen skal indhentes fra juridisk afdeling eller virksomhedens faste advokat, inden aftalen underskrives.

Tvistløsningsforum

Som nævnt ovenfor, kan det anbefales, at lade aftalen være underlagt den lovgivning, der er gældende i det land, hvor domstolen/voldgiftsretten har sæde (*lex fori*). Hvis virksomheden således ønsker at en aftale skal være underlagt et bestemt lands lovgivning, er dette et punkt, som også bør påvirke valget af tvistløsningsforum.

Inden for Danmarks grænser er det formentlig ikke af afgørende betydning for virksomheden, om det er i Jylland eller på Sjælland en eventuel juridisk tvist skal afgøres.

Hvis derimod virksomhedens aftalepart har hjemsted i et andet land,

Conveniens: A Doctrine on the Move", volume 5, nr. 1, januar 2004 og Owen C. Pell and Willina R. Spiegelberger i *International Financial Law Review*, "Allegations of foreign court corruption no bar to dismissal under forum non conveniens", maj 2004.

10. Denne regel kan eventuelt af virksomheden benyttes som led i en forhandlingstaktik i tilfælde af, at virksomheden har indtryk af, at den er ved at blive sagsøgt.

vil det være en fordel, at få tvisten afgjort på “hjemmebane”. Dette skyldes bl.a. følgende forhold:

1. Retsmøder risikerer at skulle afholdes på for virksomheden uhen-sigtsmæssige steder, med et betydeligt forbrug af tid og rejseom-kostninger til følge.
2. Sagen vil normalt blive ført på et fremmed sprog med deraf føl-gende omkostninger til oversættelser.
3. Det risikerer at blive betydeligt dyrere i advokatregninger og andre sagsomkostninger.
4. Førelse af tvister på “udebane” tager ofte længere tid.
5. Sagen risikerer at blive ført og afgjort efter regler, som virksom-heden ikke kender eller er tryk ved.
6. Der kan være risiko for at retten tager parti for den lokale virk-somhed eller er korrupt.
7. Der kan være problemer med at fuldbyrde en fremmed dom/ken-delse.

I alle internationale aftaler bør virksomheden således sørge for, at even-tuelle tvister skal afgøres af et hensigtsmæssigt tvistløsningsforum. Hvis virksomheden i en værnetingsaftale har haft held til at få igennem, at “hjemmebanen” er rette værneting, kan dette være et moment, der kan give modparten incitament til at indgå et forlig i tilfælde af senere tvister. Dette incitament er i særlig grad til stede, hvis en dom skal fuldbyrdes uden for EU/EFTA, hvor domskonventionen/-forordnin-gen og Lugano-konventionen jo ikke gælder.

Modparten vil naturligvis også ønske tvister afgjort på “hjemme-bane”, og det er derfor ofte nødvendigt at indgå et kompromis og aftale værneting på neutral bane – fx voldgift.

Ofte står parterne overfor et valg mellem enten domstol eller vold-giftsret. Fordele og ulemper ved disse to tvistløsningsfora kan opsum-meres som følger:¹¹

11. Yderligere information om voldgift kan bl.a. hentes i Alan Redfern og Martin Hunter, “Law and Practice of International Commercial Arbitration”, 3. udgave, 1999, Mark Huleatt-James og Nicholas Gould, “International Commercial Arbitration”, 2. udgave, 1999 samt i International Council for Commercial Arbitration, “Yearbook: Commercial Arbitration”, Deventer, Holland, Kluwer.

1. *Hurtighed*: Parterne opnår ved voldgift typisk en hurtigere afgørelse, der ikke vil kunne ankes. Deres mellemværende bliver derved løst en gang og for alle, uden at parterne er nødt til at vente på, at deres sag når igennem diverse retsinstanser.¹² Ved at vælge voldgiftsbehandling kan virksomheden ofte afskære modparten fra at benytte visse indledende forhalingstaktikker.¹³
2. *Manglende ankemulighed*: Den manglende ankemulighed i forbindelse med voldgiftssager rummer en risiko, som virksomheden nøje bør overveje, om den kan godtage. Den indledningsvis nævnte Chr. Hansen-sag er et eksempel herpå.
3. *Offentliggørelse*: En voldgiftskendelse bliver i modsætning til en domstolsafgørelse ikke offentliggjort, og parterne kan således få afgjort deres strid i det stille. Dertil kommer, at voldgift normalt anses for at være en mindre "fjendtligt" tvistløsningsmetode, end hvis parterne lader deres tvist afgøre i offentlighed ved de almindelige domstole. Hvis parterne ønsker at fortsætte deres forretningsmellemværende, er voldgift – eventuelt efter et mislykket forsøg på alternative dispute resolution jf. nedenfor – ofte at foretrække.
4. *Fuldbyrdelse*: En vigtig fordel ved at vælge voldgift som tvistløsningsforum i internationale sager er, at kendelsen er rets- og eksekutionskraftig i næsten alle lande. Dette skyldes, at over 130 lande har ratificeret den såkaldte New York-konvention.¹⁴ Opnås således en voldgiftskendelse i et land, vil det normalt være muligt at få den fuldbyrdet i andre lande (eventuelt med hjælp fra den lokale foged eller lignende). Dette er særlig relevant for så vidt angår virksomhedens aftaler med virksomheder beliggende i lande uden for EU/

12. Efter den indledende udveksling af processkrifter, der alt afhængig af sagens kompleksitet i sig selv kan tage lang tid, kan berammelsestiden – dvs. tiden der går fra sagens forberedelse er afsluttet, og indtil sagen domsforhandles (parterne mødes i retten) – i Danmark være op til et år. Hvis sagen ankes, vil dette normalt forlænge sagens afgørelse med yderligere 1-2 år. Skal en sag således behandles i tre instanser, kan der i Danmark gå mange år, før sagen bliver endeligt afgjort.

13. Se The European Lawyer, "European court ruling promotes delaying tactics", juni 2004, der beskriver implikationerne af EF-domstolens domme i Turner og Gasser sagerne (C-159/02 og C-116/02).

14. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, 1958. På hjemmesiden www.uncitral.org findes under fanebladet "Status of texts" en oversigt over, hvilke lande der har ratificeret New York-konventionen.

EFTA-området, hvor domskonventionen/-forordningen og Lugano-konventionen ikke finder anvendelse. Som nævnt i kapitel 6, har en domstol kun få muligheder for at nægte at fuldbyrde en udenlandsk voldgiftskendelse, herunder hvis voldgiftsaftalen er ugyldig, eller sagen har været ført i strid med grundlæggende retsgrundsætninger (ordre public).

5. *Økonomi*: Som nævnt i kapitel 5 har de høje omkostninger ved at anlægge erstatningssager i Danmark givet anledning til kritik. I Danmark beregnes retsafgiften som en procentsats (p.t. to procent i første instans) af tvistens påstandsbetrag. Er sidstnævnte høj, kan det vise sig særdeles omkostningskrævende at føre en sag ved domstolene. Afgøres sagen derimod ved voldgift, vil parterne i vid udstrækning selv kunne aftale sig frem til voldgiftssagens omkostningsniveau. I de fleste internationale voldgiftssager vil omkostningsniveauet dog være betydeligt, og voldgift egner sig formentlig ikke til sager med en sagsgenstand på under DKK 500.000, medmindre parterne aftaler at etablere en "lille" ad hoc voldgiftsret. Da det i civil law-lande er normalt ved en domstolsafgørelse, at taberen skal betale vinderens sagsomkostninger, har parterne, ved sager der skal føres i civil law-lande, ofte et incitament til at undersøge mulighederne for at indgå en efterfølgende aftale om at løse tvisten ved voldgift. Derved er der mulighed for at sikre en fornuftig sammensætning af voldgiftsretten i lyset af den konkrete sag. I "små" sager¹⁵ kan det anbefales, at blot én voldgiftsdommer afgør parternes krav, mens det i større sager er normalt, at hver part udpeger en voldgiftsdommer, og at den tredje udpeges af en uafhængig instans – fx voldgiftsretten eller en domstol.
6. *Særlig sagkundskab*: Ved at vælge voldgift opnår parterne en høj grad af fleksibilitet og kan frit aftale, hvorledes voldgiftsretten skal sammensættes. Derved kan parterne sikre sig, at voldgiftsdommerne har den fornødne ekspertise og forståelse for eventuelle særlige brancheforhold.¹⁶ Føres en sag ved domstolene har parterne

15. Fx med en sagsgenstand under DKK 500.000.

16. Da voldgiftsdommere ofte vælges blandt en forholdsvis lille personkreds kan det nogle gange være svært at finde voldgiftsdommere med den fornødne uafhængighed – se The European Lawyer, "Independence in arbitration involves many shades of gray", juni 2003.

derimod ingen indflydelse på valget af dommer, hvorved parterne risikerer, at deres sag vil blive pådømt af en "generalist" uden den fornødne brancheindsigt.

7. *Processuelle forhold*: Det udgør en ulempe ved at vælge voldgift som tvistløsningsforum, at der i modsætning til domstolene normalt er sværere at få modparten at fremlægge dokumenter (editionspligt) eller at pålægge vidner at afgive forklaring for retten, ligesom eventuelle urigtige forklaringer ikke er underlagt straffelovens regler om falsk forklaring. Dertil kommer, at en domstol ofte har bedre mulighed for at forhindre en modpart i at trække sagen i langdrag, fordi domstolsdommeren har en række sanktionsværktøjer, som en voldgiftsdommer ikke råder over. En voldgiftsdommer har i forhold til en domstolsdommer endvidere ofte en tendens til at ville finde en løsning, der i højere grad er præget af rimelighedsbetragtninger end formelle juridiske betragtninger.¹⁷ Endelig er det ved en domstol muligt at kumulere en række sager om samme emne og således føre dem samlet.¹⁸ Dette er ikke muligt ved voldgift, hvor hver part skal samtykke til en sådan kumulation, medmindre andet er bestemt i voldgiftsklausulen.

På trods af de nævnte ulemper, er der meget, der taler for i internationale erhvervsaftaler at vælge voldgift som tvistløsningsforum, og antallet af voldgiftssager i Europa er da også steget i de senere år.¹⁹

Hvis parterne vælger voldgift som tvistløsningsforum, er det vigtigt, at parterne vælger en voldgiftsret, der opfylder de fornødne retssikkerhedsmæssige garantier. Den indledningsvis nævnte Chr. Hansen-sag er et eksempel herpå.

Danske virksomheder vil ofte søge at udpege Den Danske Voldgiftsret i København som tvistløsningsforum.²⁰ Hvis det viser sig nødven-

17. Se The European Lawyer, "Arbitrators under scrutiny", juni 2003.

18. Det kan også være en ulempe ved en voldgiftskendelse, at den i modsætning til en domstolsdom ikke skaber præcedens. Således er andre voldgiftsretter ikke bundet af en voldgiftskendelse om samme emne (om end en sådan kendelse naturligvis vil have en vis vejledende effekt). Problemet er ofte, at voldgiftsafgørelser ikke bliver voldgiftsretten og parterne bekendt pga. manglende offentliggørelse.

19. Se The European Lawyer, "The smart alternative to dispute resolution", juni 2003.

20. Se hjemmesiden www.denarbitra.dk, der bl.a. indeholder forslag til konkrete voldgiftsbestemmelser.

digst at indgå et kompromis og udpege en “neutral” voldgiftsret, kan følgende voldgiftsretter anbefales i større internationale sager:²¹

1. London Court of International Arbitration,²²
2. ICC International Court of Arbitration i Paris,²³
3. International Arbitration at Zurich Chamber of Commerce.²⁴
4. Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce.²⁵
5. American Arbitration Association i New York.²⁶

Ved virksomheders investering i fremmede lande, hvor der er behov for beskyttelse af investorerne over for staten og/eller statslige institutioner i værtslandet, vil International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)²⁷ ofte blive valgt som tvistløsningsforum.²⁸

Det kan anbefales, at litigation risk management-programmet indeholder en liste over, hvilke landes domstole og voldgiftsretter virksomheden kan godtage som tvistløsningsfora. Listen over egnede tvistløsningsfora kan med fordel opregnes i prioriteret orden med relevante argumenter for og imod, som kan anvendes i konkrete forhandlingssituationer. I lyset af den indledningsvis nævnte Chr. Hansen-sag, kan det anbefales, at der udstikkes klare instrukser til de ansatte om, at intet tvistløsningsforum må udpeges, medmindre dette fremgår af ovennævnte liste eller alternativt er godkendt af juridisk afdeling eller virksomhedens faste advokat.

Alternative dispute resolution (ADR)

I stedet for at føre en langvarig og omkostningskrævende rets-/voldgiftssag, der eventuelt risikerer at eksponere virksomheden for dårlig

21. Se International Bar Association, “IBA Guidelines on Conflict of Interest i International Arbitration”, 22. maj 2004.

22. Se hjemmesiden www.lcia-arbitration.com.

23. Se hjemmesiden www.iccwbo.org/index_court.asp.

24. Se hjemmesiden www.zurichcci.ch. På hjemmesiden www.swissarbitration.ch findes links til de øvrige voldgiftsretter i Schweiz, herunder også til den ligeledes ofte benyttede voldgiftsret i Geneve.

25. Se hjemmesiden www.sccinstitute.com.

26. Se hjemmesiden www.adr.org.

27. Se hjemmesiden www.worldbank.org/icsid.

28. Se Ole Spiermanns artikel i Juristen, “International voldgift under Danmarks bilaterale investeringsoverenskomster”, nr. 9, 2003.

omtale, vil en forligsløsning ofte være at foretrække. Medmindre en sag er fuldstændig grundløs, bør virksomheden derfor ved en snarlig kontakt til modparten undersøge, om en forligsmæssig løsning er mulig. Dette kan også medvirke til på et tidligt tidspunkt at teste, hvor stejlt modparten står på sine krav og ønsker at forfølge dem.

Nogle gange indeholder lovvalgs- og værnetingsklausuler krav om, at eventuelle tvister skal henvises til direktørerne for aftaleparterne. Direktørerne har herefter et vist tidsrum til at finde en mindelig løsning, før sagen af en af parterne kan indbringes for domstol/voldgift. Dette kan i nogle typer aftaler udgøre en fornuftig "optrappingsmekanisme", der som udgangspunkt vil være gyldig og bindende for parterne.

Mediation og andre ADR-former går skridtet videre og udgør en konfliktløsningsform, der er et alternativ/supplement til de traditionelle tvistløsningsfora. I modsætning til ved domstols-/voldgiftsbehandling skal parterne ved ADR selv forhandle sig frem til en holdbar løsning – med inspiration, hjælp og vejledning fra en mediator. ADR bygger grundlæggende på almindelig sund fornuft og udgør en formaliseret mæglingsfase, der indskydes, inden parterne kan indlede en sag ved domstol eller voldgift. Da sådanne sager som nævnt ofte vil være langvarige og medføre betydelige omkostninger, kan det anbefales at undersøge, om alle muligheder for at finde en mindelig løsning er udtømte, herunder om det eventuelt er muligt bevare samarbejdsforholdet.²⁹ Selv hvor tvisten måtte være på et fremskredent stadie, kan det anbefales at undersøge, om parterne kan enes om ADR eller tilsvarende hurtigere og mindre omkostningskrævende tvistløsningsmetoder.

I USA har ADR været praktiseret i mange år, ligesom flere af de ovennævnte permanente voldgiftsretter også har betydelig erfaring med at tilbyde ADR-services.³⁰

I Danmark stiftedes primo 2003 foreningen Mediatoradvokater³¹

29. I USA anvendes i større sager ofte såkaldt "early neutral evaluation", hvor parterne lader en neutral person – typisk en nuværende eller tidligere dommer eller professor – give sin umiddelbare indstilling til, hvorledes en sag bør falde ud. Dette kan i nogle tilfælde vise sig befordrende for de efterfølgende forligsforhandlinger.

30. Se fx hjemmesiden www.nyed.uscourts.gov/adr/ der indeholder en række links til andre ADR-hjemmesider. I Europa kan nyttig information hentes på Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR) hjemmeside www.cedr.co.uk.

31. Se hjemmesiden www.mediatoradvokater.dk.

med henblik på at skærpe opmærksomheden om ADR.³² Endvidere blev der i marts 2003 i et samarbejde mellem Justitsministeriet, Domstolsstyrelsen, Den Danske Dommerforening og Advokatrådet indledt en forsøgsordning vedrørende retsmægling.³³ Forsøgsperioden, der løber indtil udgangen af 2004, har til formål at tilvejebringe praktiske erfaringer til brug for overvejelser i Retsplejerådet om en eventuel permanent retsmæglingsordning.

Som nævnt i kapitel 6 medvirker en ADR-klausul i en aftale til at formalisere forligsforhandlingerne. Dertil kommer, at klausulen forpligter parterne til at indlede forligsforhandlinger, hvor en parts henvendelse til en anden part efter opståelsen af en tvist måske i mangel af klausulen ville blive anset for "svaghed". Da erfaringerne med ADR hidtil har været opmuntrende – også i Danmark – er det sandynligt, at virksomheder i fremtiden i større omfang end hidtil vil benytte sig af denne tvistløsningsmetode.

Håndtering af juridiske tvister

Indledning

Uanset at lovvalgs- og værnetingsklausuler i vidt omfang kan medvirke til at forhindre, at virksomheden bliver sagsøgt i uhensigtsmæssige lande, er det vigtigt at være opmærksom på, at der stadig består en risiko for, at virksomheden sagsøges i sådanne lande – fx i sager om erstatning uden for kontrakt. Et eksempel herpå er hummersagen mod Cheminova i USA.³⁴ Den eneste mulighed virksomheden har for at imødegå de risici, der knytter sig hertil, er (i) at gennemføre en hensigtsmæssig risikospredning ved hjælp af structural risk management, (ii) at implementere relevante compliance-programmer, (iii) at implementere et contractual risk management-program og endelig (iv) at implementere fornuftige procedurer for håndtering af juridiske tvister.

Ved starten af defensive tvister – og før en sag anlægges f.s.v.a.

32. Se Formand for Mediatoradvokater Henrik Hougaards artikel i Advokaten, "Hvorfor mediation nu?", nr. 4 2003.

33. Se artiklerne i Advokaten, Keld Pagh, "Retsmægling – en anden måde at løse konflikten på", nr. 4, 2003 samt Pia Deleuran og Tuk Bagger, "Retsmægling – om advokaten som bisidder og partsrepræsentant", nr. 7/8, 2003.

34. Hummer-sagen mod Cheminova er beskrevet i kapitel 4 i afsnittet om handel over grænser og mellem koncernselskaber.

Kap. 7: Litigation risk management

offensive tvister – kan det anbefales, at virksomheden lader sig inspirere af følgende afsnit, der forhåbentlig også kan være til inspiration i forbindelse med virksomhedens udarbejdelse af et litigation risk management-program, som er tilpasset virksomhedens individuelle forhold.

Early case assessment

Som også beskrevet i kapitel 2, har den amerikanske kemikalievirksomhed DuPont siden 1992 anvendt den såkaldte DuPont Legal Model. Modellen forpligter juridisk afdeling og virksomhedens eksterne advokater til at udvikle hensigtsmæssige rutiner og procedurer med henblik på at spare tid og penge på at føre retssager samt at forbedre kvaliteten af den juridiske rådgivning i forbindelse hermed.³⁵

Hjørnestenen i modellen er en såkaldt “early case assessment”³⁶, der bl.a. indebærer, at den ansvarlig person i juridisk afdeling, den eksterne advokat og en person fra den relevante business unit, inden en vis frist efter at en tvist er identificeret, skal gennemføre en grundig analyse af sagen i overensstemmelse med de i modellen angivne retningslinier, herunder anbefale om sagen skal føres, forliges eller opgives. Ifølge DuPont har implementeringen af modellen været en stor succes og har bl.a. medført en omkostningsreduktion på 28 procent.³⁷

En early case assessment kan med fordel bestå af følgende trin:

1. Indsamling af de vigtigste beviser for at kunne vurdere styrken heraf og for at undersøge, om der er huller. Fx vil det ikke hjælpe, at virksomheden har retten på sin side, hvis den ikke er i stand til at opgøre og dokumentere et tab.
2. Interviews med nøglevidner med henblik på at vurdere, hvor stærkt virksomheden står bevismæssigt.
3. Diskussion af sagen med relevante eksperter (tekniske/juridiske) med henblik på at opnå deres foreløbige vurdering.
4. En foreløbig vurdering af de vigtigste strategiske elementer ved sagen samt foretagelse af en cost-benefit vurdering i lyset heraf.

35. De fleste virksomheder vil formentlig kunne hente værdifuld inspiration fra DuPont Legal Model i arbejdet med at udarbejde et fornuftigt og cost-effective litigation risk management-program.

36. Se hjemmesiden www.dupontlegalmodel.com samt Chief Legal Officer, “Metrics for success in DuPont’s legal risk analysis”, sommeren 2002.

37. Dette fremgår af en undersøgelse foretaget af Deloitte & Touche.

5. Udarbejdelse af en foreløbig vurdering af sagen med en anbefaling af, i hvilken retning den skal gå – skal sagen opgives, forliges eller føres.

Ovennævnte punkter er mere udførligt beskrevet i de følgende afsnit.

Indhentelse af baggrundsoplysninger

Indledningsvis er det vigtigt, at juridisk afdeling indhenter en række baggrundsoplysninger, herunder:

1. Er alle muligheder for at finde en forligsmæssig løsning udtømte?
2. Hvilket tvistløsningsforum kan eller skal afgøre tvisten? Hvis en sag kan anlægges flere steder, bør virksomheden naturligvis søge at lade tvisten afgøre af det tvistløsningsforum, der må formodes at løse sagen til virksomhedens fordel.
3. Hvilken lov kan eller skal tvisten være underlagt? Hvis en sag kan anlægges flere steder, bør det undersøges, om dette påvirker hvilken lov, der finder anvendelse på tvisten. Virksomheden bør naturligvis søge at lade tvisten afgøre efter den lov, der giver virksomheden den bedste retsstilling.
4. Forventes loven og tvistløsningsforummet at opfylde almindelige retssikkerhedsmæssige garantier.³⁸
5. Kan der gøres formelle indsigelser gældende – fx at tvistløsningsforummet ikke er kompetent, eller at lovvalget ikke er det rette? I internationale sager kan sådanne formelle indsigelser i nogle tilfælde medvirke til at forhale sagen og derved give modparten incitament til at indgå et forlig.
6. Hvordan er mulighederne for fuldbyrdelse med en dom/kendelse fra det pågældende tvistløsningsforum?
7. Er der forsikringsdækning, hvis virksomheden måtte tabe sagen, og i hvilket omfang er sagsomkostningerne dækket?
8. Hvad forventes omkostningerne ved at føre sagen at blive, og hvor megen tid bør juridisk afdeling og ledelsen forvente at bruge på sagen?
9. Har modparten mulighed for at betale omkostninger og en eventuel

38. Se i den forbindelse det ovenfor anførte i relation til lovvalget.

erstatning, hvis virksomheden måtte vinde sagen, og hvor har modparten aktiver med henblik på den efterfølgende fuldbyrdelse?

10. Vil det være hensigtsmæssigt eller påkrævet at indlede foreløbige retsskridt, såsom arrest og forbud.

Partseditionspligt

En partseditionspligt indebærer, at en virksomhed, der er part i en retssag, forpligtes til indledningsvis at fremlægge dokumenter eller andre bevismidler, som skønnes relevante for sagens udfald.

Der er stor forskel på partseditionspligtens omfang i de forskellige lande, og også her kan der overordnet sondres mellem common law-lande og civil law-lande, idet partseditionspligten generelt er stærkere i common law-lande end i civil law-lande.³⁹ I USA og England er parterne i en retssag således forpligtet til at udlevere alle dokumenter af relevans for sagen til modparten, inden sagen for alvor går i gang, herunder også dokumenter der skader partens sag. For de fleste danske virksomheder vil det formentlig komme som en overraskelse, hvor krævende, langsommelig og omkostningskrævende denne såkaldte discovery-fase er – specielt i USA.⁴⁰ Baggrunden for reglerne er, at lovgiver har fundet, at chancerne for et forlig inden sagens start er større, når parterne på forhånd ved, hvilke beviser de hver især ligger inde med, ligesom selve rettergangen bliver mere retfærdig. Den amerikanske højesteret har udtrykt det som følger:⁴¹

Modern instruments of discovery ... make a trail less a game of blind man's bluff and more a fair contest with the basic issues and the facts disclosed to the fullest practical extent.

I Danmark er der i retsplejelovent hjemmel til at retten kan pålægge en part en begrænset editionspligt, forudsat at den, der begærer edition,

39. Forskellene fremgår bl.a. af Lovells, "Produktansvar i den Europæiske Union", februar 2003.

40. Se Finn Martensen, "Juridiske forhold i USA – En introduktion om etablering, skatteforhold og immigration", der findes på hjemmesiden www.danskebank.dk/Link/jurausa. Ofte lader retten modparten slippe af sted med at kræve dokumenter udleveret, der synes at have lille relevans for sagen. Modparten håber derved at finde beviser, der måske styrker modpartens sag – heraf navnet fishing expeditions. Ulempen er, at discovery-fasen derved ofte bliver særdeles langvarig.

41. Jf. sagen *United States v. Procter & Gamble Co.*, 365 U.S. 677 (1958).

kan identificere de dokumenter, der ønskes fremlagt, og konkretisere de kendsgerninger, der skal bevises ved hjælp af dokumenterne.⁴² Hvis en part nægter at udlevere dokumenterne vil det processuelt kunne komme vedkommende til skade, ved at retten tillægger unkladelsen virkning til fordel for modparten. I modsætning til tredjemandseditionspligten,⁴³ kan partitionspligten derimod ikke i Danmark håndhæves ved direkte tvang i form af bøder mv. Editionspligten i Danmark er derfor ikke nær så stærk som i USA og England, hvor en manglende fremskaffelse relevante dokumenter vil udgøre “contempt of court” med deraf følgende risiko for bøder.⁴⁴

Det er vigtigt, at virksomheden er klar over, at følgende dokumenter i de fleste lande normalt ikke vil være omfattet af partseditionspligten:

1. Dokumenter omfattet af legal privilege. Reglerne om legal privilege er beskrevet i kapitel 8, hvortil der henvises.
2. Dokumenter der indeholder forligstilbud eller refererer til forligstilbud.
3. Dokumenter, hvis indhold risikerer at udsætte virksomheden for strafforfølgning (også kaldet selvinkrimination).
4. I nogle civil law-lande, herunder Danmark, vil også følsomme og fortrolige dokumenter i visse tilfælde være undtaget fra partseditionspligten, mens denne undtagelse er forholdsvis begrænset i common law-lande.

Det kan anbefales, at virksomheden i litigation risk management-programmet beskriver parts- og tredjemandseditionsreglerne i de lande, hvori den er aktiv, således at der er klarhed over, hvilke dokumenter der vil kunne kræves udleveret i forbindelse med retssager. Derved har virksomheden mulighed for ved starten af juridiske tvister hurtigt at få samlet relevant materiale, således at den bliver i stand til at foretage en indledende evaluering af sagens omfang og alvorlighed. Virksomhedens dokumenthåndteringssystem som beskrevet i kapitel 8 bør naturligvis

42. Jf. retsplejelovens kapitel 28. De danske regler om partsedition er beskrevet i artiklen af Peter Bang, “Partsedition”, UFR1997B.268.

43. En tredjemand kan derimod ifalde en bøde, hvis en editionspligt ikke overholdes.

44. Se Oluf Engell, “Editionspligt, discovery og andre metoder til fremskaffelse af bevis”, Det 36. Nordiske Juristmøde i Helsingfors 15-17 august 2002.

udarbejdes, således at det i lyset af editionsreglerne, yder virksomheden optimal beskyttelse i forbindelse med retssager.

Bevisindsamling

Virksomheden bør snarest opnå et overblik over relevante dokumenter og andre bevismidler, ligesom relevante retningslinier i den forbindelse bør udstikkes til de ansatte:

1. Hvilke beviser råder virksomheden selv over eller kan få adgang til hos modparten eller tredjemand?
2. Hvilke dokumenter vil være omfattet af editionspligt, og vil dokumenterne være til skade for virksomhedens sag?
3. Hvilke dokumenter vil ikke være omfattet af editionspligten som følge af undtagelsesreglerne?
4. Skal der indhentes beviser i udlandet? Her vil Haager-konventionen om bevisoptagelse i udlandet ofte finde anvendelse, hvilket dog bør undersøges nærmere f.s.v.a. det pågældende land.⁴⁵ I EU har den såkaldte bevisoptagelsesforordning⁴⁶ ensrettet reglerne. Forordningen gælder dog ikke i Danmark, der på grund af sine forbehold ikke deltager i det retslige samarbejde i EU.
5. Hvilke eventuelle vidner vil være relevante for sagen, og må det antages, at de vil udtale sig til virksomhedens fordel – eller omvendt?

Hvis en sag skal føres i et land, hvor partitionspligten er stærk, såsom USA, og hvor omfanget af bevismateriale normalt er omfattende, kan det betale sig at kontakte modparten med henblik på at aftale, hvilket dokumenthåndteringssystem parterne skal benytte under discovery-fasen. I samme forbindelse bør der indgås aftale om, hvem der skal betale for udgifterne ved at oprette systemet – fx ligedeling, taberen betaler

45. Se Hague Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters, der findes på Hague Conference on Private International Law hjemmeside www.hcch.net. Her findes også en oversigt over de mange lande, der ligesom Danmark har ratificeret konventionen.

46. Rådets forordning (EF) nr. 1206/2001 af 28. maj 2001 om samarbejde mellem medlemsstaternes retter om bevisoptagelse på det civil- og handelsretlige område (EF-Tidende nr. L 174 af 27. juni 2001 s. 1-24).

eller hver part afholder egne omkostninger. Forskellige typer dokumenthåndteringssystemer er beskrevet i kapitel 8, hvortil der henvises.

Fastlæggelse af strategi

På baggrund af ovennævnte oplysninger, og før modparten kontaktes med henblik på at undersøge mulighederne for en forligsmæssig løsning, bør virksomheden lægge en strategi for, hvad virksomhedens mål med tvisten er, hvordan målet kan nås, og hvad der sker, hvis målet ikke nås. Det vil i den forbindelse være relevant bl.a. at overveje følgende:

1. Ønsker virksomheden fortsat at have et forretningsmellemværende med modparten, eller er dette definitivt slut som følge af tvisten eller andre forhold?
2. Hvorledes må det formodes, at pressen vil dække tvisten, og risikerer dækningen i betydelig grad at påvirke stakeholder value negativt?⁴⁷
3. Er der omstændigheder, fx en igangværende børsnotering, frasalg eller andre omstændigheder, der gør, at al negativ omtale bør undgås?
4. Har virksomheden interesse i at sende et signal til omverdenen eller at tvisten "blæses op" – fx hvis virksomheden ønsker at vise, at den skrider hårdt ind overfor krænkelse af dens immaterielle rettigheder, eller hvis virksomheden forventer at få den offentlige opinion på sin side?

Det bør altid være et mål, at tvisten i mindst mulig omfang påvirker virksomhedens løbende drift. Det er således vigtigt at undgå, at en sag "udvikler" sig i unødigt omfang på grund af store egoer eller stædighed hos visse personer. Det kan derfor normalt anbefales løbende at holde strategimøder, hvor også relevante forretningsfolk deltager, med henblik på at sikre, at sagen drives i den for virksomheden mest optimale retning.

47. F.s.v.a. fastlæggelse af mediestrategi kan inspiration hentes i artiklerne Global Counsel af Chris Hinze og Jon Mcleod, "Managing Litigation PR", 15. august 2002 og Michael Smyth and Susan Poffley, "Managing a media crisis: preventing reputational damage", 2. juni 2004.

Interne retningslinier

Virksomheden bør straks ved sagens start sørge for at relevante retningslinier udstikkes til virksomhedens ansatte, herunder:

1. Ved henvendelser fra offentlige myndigheder, politiet, forsikrings-selskaber, revisorer, advokater og pressen bør de ansatte henvise til juridisk afdeling, der bør have fastlagt retningslinier for, hvem der skal udtale sig på virksomhedens vegne i sagen, samt hvad vedkommende kan/skal sige.
2. De ansatte bør ikke kontakte tredjemand vedrørende tvisten, medmindre dette på forhånd er godkendt eller koordineret af juridisk afdeling.
3. Ingen dokumenter⁴⁸ af relevans for sagen må ødelægges eller makuleres af de ansatte, før juridisk afdeling har haft lejlighed til at gennemgå dem og givet grønt lys for, at normale dokumenthåndteringsprocedurer kan genoptages.
4. Medmindre juridisk afdeling forinden har godkendt dette, må ingen ansatte udarbejde nye dokumenter vedrørende tvisten – fx med henblik på at forklare sig – idet sådanne dokumenter ofte også vil være omfattet af editionspligten og potentielt vil kunne skade virksomhedens sag.

Forkyndelse

Ved offensive tvister skal sagens start forkyndes overfor modparten. Udgangspunktet er, at dette skal ske i overensstemmelse med de forkyndelsesregler, der gælder i det land, hvor sagsøgte har bopæl (forkyndelseslandet). I Danmark sker forkyndelse efter reglerne i retsplejelovens kapitel 17, hvoraf det fremgår, at forkyndelse kan ske ved brev-, post- eller stævningmandsforkyndelse. Hvis en person/virksomhed, der er sagsøgt i Danmark, har bopæl uden for Danmark, kan forkyndelse ske på en af følgende måder:⁴⁹

48. Begrebet "dokument" skal forstås bredt og omfatter ud over breve og notater også fotografier, båndoptagelser, computer-filer, e-mails, (mikro)film, tegninger mv.

49. Jf. retsplejelovens § 158. Nægter forkyndelseslandets myndigheder at bistå med forkyndelse eller er sagsøgtes bopæl ukendt, kan forkyndelse ske i Statstidende jf. retsplejelovens § 159, stk. 1. Retsplejelovens § 160 bestemmer, at en part i borgerlige sager kan give afkald på at få underretning om processuelle meddelelser ved forkyndelse. Som anført i

1. Gennem Justitsministeriet ved forkyndelse efter forkyndelseslandets regler.
2. Frivillig forkyndelse gennem dansk ambassade eller konsulat.
3. Brevforkyndelse.
4. Fremsendelse direkte til den embedsmand i forkyndelseslandet, der skal foretage forkyndelsen.

Danmark og en lang række andre lande har ratificeret den såkaldte forkyndelseskonvention,⁵⁰ der beskriver reglerne for forkyndelse i andre lande.⁵¹

I EU har den såkaldte forkyndelsesforordning⁵² ensrettet reglerne. Forordningen, der har forrang i forhold til forkyndelseskonvention, gælder dog ikke i Danmark, der på grund af sine forbehold ikke deltager i det retslige samarbejde i EU. I forordningen fastlægges procedurerne for forkyndelse overfor sagsøgte med bopæl i andre EU-lande. Forordningen bestemmer, at forkyndelseslandet skal forkynde den processuelle meddelelse enten i overensstemmelse med forkyndelseslandets lovgivning eller på den særlige måde, som domstolslandet har anmodet om, medmindre denne måde er uforenelig med forkyndelseslandets lovgivning. Forkyndelse skal ske hurtigst muligt. Har det ikke været muligt at forkynde dokumentet senest en måned efter modtagelsen, er forkyndelseslandet forpligtet til at underrette domstolslandet herom.

Det kan anbefales, at virksomheden i litigation risk management-

kapitel 6, kan virksomhedens standardaftaler med fordel indeholde en bestemmelse, der regulerer, hvordan og på hvilken adresse sådanne processuelle meddelelser skal ske.

50. Se Hague Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters. Konventionen, der findes på Hague Conference on Private International Law hjemmeside www.hcch.net. Her findes også en oversigt over de lande, der ligesom Danmark har ratificeret konventionen. Virksomheden vil endvidere kunne hente information i Justitsministeriets vejledning om Haager-konventionen af 15. november 1965 om forkyndelse i udlandet af retslige og udenretslige dokumenter i sager om civile eller kommercielle spørgsmål (Vejledning nr. 21 af 28. januar 1970).
51. En række konventioner, som Danmark dog ikke har ratificeret, har harmoniseret diverse andre processuelle regler i andre lande, herunder konventionen af 17. juli 1905 angående civilprocessen, konventionen af 1. marts 1954 angående civilprocessen og konventionen af 25. oktober 1980 om international retshjælp. Disse konventioner findes på Hague Conference on Private International Law hjemmeside www.hcch.net.
52. Rådets forordning (EF) nr. 1348/2000 af 29 maj 2000 om forkyndelse i medlemsstaterne af retslige og udenretslige dokumenter i civile og kommercielle sager (EF-Tidende nr. L 160 af 30. juni 2000 s. 37-52).

programmet beskriver relevante forkyndelsesregler, idet en manglende overholdelse heraf risikerer at bevirke, at en eventuel udeblivelsesdom/-kendelse ikke vil kunne fuldbyrdes i andre lande, fordi den findes at stride mod fundamentale procesgrundsætninger.

Hvem skal føre sagen?

Førelse af rets- og/eller voldgiftssager er som regel noget, som juridisk afdeling overlader til eksterne advokater, fordi sådanne sager kræver en høj grad af specialisering. Det er imidlertid vigtigt, at juridisk afdeling følger sagerne tæt og har en systematisk måde at gribe dem an på, således at de ikke eksponerer virksomheden for unødige risici/omkostninger eller optager for megen af juridisk afdelings og/eller ledelsens tid.

Rets- og voldgiftssager falder normalt i kategorien specifik juridisk rådgivning som defineret i kapitel 2, og det hænder ofte, at virksomheden i stedet for at gøre brug af den/det faste advokat(firma) vælger at engagere en ekstern advokat, der har specialistviden og proceserfaring på netop det retsområde, som tvisten vedrører. Valg af advokat kan i den forbindelse med fordel ske med inspiration i de i kapitel 2 nævnte vurderingskriterier.⁵³

I større sager bør virksomheden sørge for at få sammensat et velfungerende team. Ud over den ansvarlige person fra juridisk afdeling kan teamet med fordel bestå af den ansvarlige partner i det valgte advokatfirma samt de øvrige ansatte i advokatfirmaet, der er tilknyttet sagen. Teamet bør sammensættes af eksterne jurister på forskellige niveauer, således at hoveddelen af arbejdet i videst muligt omfang foretages af "billige" jurister og/eller para-legals, mens de erfarne og "dyre" jurister blot har en superviserende rolle og deltager i forhandlinger og retsmøder. Med henblik på at sikre kontinuitet kan det anbefales, at advokatfirmaet instrueres om, at virksomheden skal orienteres om eventuelle udskiftninger på teamet, inden disse finder sted.⁵⁴

Endelig vil det ofte være en fordel at udarbejde en oversigt med kontaktdetaljer og eventuelle ferieplaner på team-medlemmerne, herunder kontaktdetaljer og ferieplaner for relevante kontaktpersoner i de

53. Se afsnittet i kapitel 2 om beauty contests.

54. Sådanne og andre instrukser til advokatfirmaet kan med fordel anføres i et engagement letter, som beskrevet i kapitel 2, hvortil der henvises.

af virksomhedens afdelinger, hvorfra information med relevans for sagen kan indhentes.

Omkostninger

Når virksomheden har valgt, hvilken advokat der skal føre sagen, bør denne anmodes om at udarbejde et budget for, hvad sagen må formodes at medføre af sagsomkostninger. Erfarne advokater bør være i stand til at fremkomme med et realistisk budgetoverslag, der med fordel kan inddeles i en række delbudgetter, som svarer til de faser, som sagen naturligt kan opdeles i. Tilsvarende bør advokaten kunne angive en realistisk tidsplan for sagens forløb. Det kan anbefales, at advokaten salærafregner hver måned, således at virksomheden løbende er i stand til at holde afregningerne op imod budgettet. Advokaten bør naturligvis anmodes om en forklaring, hvis budgettet eller tidsplanen overskrides, eller hvis advokaten ønsker at ændre strategi med forsinkelser eller øgede omkostninger til følge. I øvrigt henvises til kapitel 2, hvor konkrete anbefalinger til salærafregningen og til indholdet af salærspecifikationer er beskrevet.

Document risk management

Indledning

Verdens tredjestørste olieselskab, Royal Dutch/Shell, har gennem mange år være en af de mest beundrede virksomheder i verden indenfor ledelse og strategisk planlægning.

Den 9. januar 2004 offentliggjorde Shell pludselig en nedjustering af sine "proved"¹ olie- og gasreserver med en femtedel.² Sidstnævnte blev omkategoriseret til "probable" eller andre mindre "sikre" kategorier. Om end der fra tid til anden forekommer sådanne omkategoriseringer i olieindustrien, og selv om ledelsen i et olieselskab har en vis skønsmargin i relation hertil, var Shells nedjustering af et omfang aldrig tidligere set. Da et olieselskabs oliereserver og "sikkerheden" heraf, er et vigtigt parameter ved værdisætningen af selskabet, chokerede nedjusteringen i betydelig grad aktiemarkedene, og straks efter nedjusteringen faldt Shells aktier da også med otte procent.

Indholdet af interne dokumenter mv. begyndte at sive til pressen. Med henblik på at lægge låg på sagen, hyrede Shell det amerikanske advokatfirma Davis Polk & Wardwell til at udarbejde en rapport, med det formål at udpege hvem der internt i Shell havde ansvaret for de oppustede reserver. Rapporten, der citerer fra en lang række interne dokumenter, viser med al tydelighed, at topledelsen gennem flere år, havde været klar over, at Shells kategorisering af sine oliereserver ikke opfyldte de af det amerikanske børstilsyn (SEC) udstukne regler.

Sir Philip Watts havde i en årrække haft ansvaret for olieeftersøgning og produktion, inden han medio 2001 blev bestyrelsesformand og overlod posten til senior executive Walter van de Vijver. Sidstnævnte "arvede" således de oppustede oliereserver fra Sir Philip Watts og gav

-
1. Defineres af SEC som olie- og gasreserver, som olieselskabet har konkrete planer om hurtigt at bringe på markedet.
 2. Efterfølgende er der foretaget yderligere en række mindre nedjusteringer af Shells "proved" oliereserver.

efterfølgende udtryk for, at han ønskede at komme af med “arvegodsset”. Bl.a. fremgår det af en e-mail dateret 22. oktober 2002 fra Walter van de Vijver til Sir Philip Watts:

I must admit that I become sick and tired about arguing about the hard facts and also cannot perform miracles given where we are today.

If I was interpreting the disclosure requirements literally (Sarbanes-Oxley Act etc.) we could have a real problem.

Endvidere skrev Walter van de Vijver i en e-mail dateret 9. november 2003 til Sir Philip Watts efter at have fået en – syntes han – uberettiget kritisk evaluering:

I am becoming sick and tired about lying about the extent of our reserves issues and the downward revisions that need to be done because of far too aggressive/optimistic bookings.

Endelig skrev Walter van de Vijver den 2. december 2003 følgende i en e-mail, som svar på et udkast til et af sin afdeling udarbejdet notat, der klart fastslog, at Shell handlede i strid med de amerikanske børsregler:

This is absolute dynamite, not at all what I expected and needs to be destroyed.

Efter offentliggørelsen af en foreløbig rapport af Davis Polk & Wardwell den 1. marts 2004, hvoraf omfanget af regulatory non-compliance skinnede igennem, trådte Sir Philip Watts og Walter van de Vijver den 3. marts 2004 tilbage.

Ikke overraskende var børsmyndighederne af den opfattelse, at Shell gennem den fejlagtige kategorisering af oliereserverne havde overtrådt børsreglerne, og Shell indvilgede efterfølgende i at betale ca. USD 151 mio. i bøde til de amerikanske og britiske børsmyndigheder. Dertil kommer, at Shells CFO i USA har måttet fratræde sin stilling til fordel for en stilling som “rådgiver”, og det kan ikke udelukkes, at straffesager vil blive indledt i USA mod de ansvarlige topfolk i Shell – eventuelt med fængselsstraf til følge.

Kap. 8: Document risk management

Endvidere har en række amerikanske advokatfirmaer anlagt class action-retssager mod Shell på vegne af investorer, der led tab som følge af kursfaldet, der fulgte efter nedjusteringen. En advokat fra et af disse firmaer udtalte i den forbindelse følgende om indholdet af ovennævnte e-mails:

This makes our case a hole lot easier, because these emails show that people high up in Shell clearly knew what was going on and hid it from investors.

Der er således ikke tvivl om, at e-mailene vil udgøre vigtige beviser i disse sager og risikerer at medføre, at Shell i sidste ende bliver forpligtet til at betale en betydelig erstatning.³

Som et andet eksempel, der har medført betydelige omkostninger for de involverede virksomheder, kan nævnes, at det også primært var indholdet af interne e-mails, der i april 2003 fik en række af de største investment banker på Wall Street til at indgå et forlig med anklagemyndigheden i New York. Bankerne indvilgede i at betale en bøde på USD 1,4 mia., som følge af at bankerne havde offentliggjort for positive "aktieanalyser" af børsnoterede virksomheder i håbet om efterfølgende enten at få eller beholde virksomhederne som kunder. Anklagemyndigheden havde haft held til at beslaglægge et stort antal e-mails fra aktieanalytikerne, hvori de i hånlige vendinger rakkede de selskaber ned, som de i deres "aktieanalyser" anbefalede investorer at investere i. Følgende citater er uddrag af to af disse e-mails:

Well, rating and price targets are fairly meaningless anyway ... but, yes, the "little guy" who isn't smart about the nuances may get misled, such is the nature of my business.

If I so much as hear one more peep out of them [det børsnoterede

3. Sagen er grundigt beskrevet i Davis Polk & Wardwell, "Report of Davis Polk & Wardwell to the Shell Group Audit Committee", 31. marts 2004 samt i følgende artikler i The Economist, "Shell shock", 17. januar 2004, "What, if anything, can Sir Philip Watts do to survive at Royal/Dutch Shell", 31. januar 2004, "Royal/Dutch Shell – Oil's not well", 6. marts 2004, "Royal/Dutch Shell – Another Enron?", 13. marts 2004 og "Royal/Dutch Shell – Sick and tired about lying", 24. april 2004 og "Royal Dutch/Shell", 31. juli og 28. august 2004.

selskab] we will put the proper rating on this stock which every single smart buysider feels is going to zero.

Sagen medførte bl.a., at der blev indført chinese walls mellem investment bankerne og aktieanalytikerne med henblik på at forhindre lignende interessekonflikter i at opstå i fremtiden. En lang række erstatningssager er p.t. undervejs, der bl.a. baserer sig på indholdet af førnævnte e-mails. Disse sager samt andre sager med relation til bankernes interessekonflikter og mangelfulde analyser forventes at ville medføre betydelige omkostninger for bankerne og aktieanalytikerne personligt. I et samlet forlig i en række af class action-retssagerne indvilgede investment bankerne således medio 2003 i at betale USD 1 mia. De øvrige sager fortsætter, ligesom en række andre stater også har meldt sig på banen med sagsanlæg.⁴

Ovennævnte eksempler er illustrerende for, hvor ødelæggende interne dokumenter med et uheldigt indhold kan være for virksomheden. Sådanne udsagn betegnes på engelsk som "smoking gun statements", fordi de i betydelig grad risikerer at eksponere virksomheden for betydelige bøde- og erstatningskrav i efterfølgende straffe- og retssager.

Der er således mange gode argumenter for, at virksomheden bør fokusere og anvende ressourcer på implementering af fornuftige rutiner og procedurer i relation til kommunikation og dokumenthåndtering. I tilknytning til de øvrige risk management-programmer, der er beskrevet i denne bog, kan det således anbefales, at virksomheden udarbejder og implementerer et document risk management-program, hvis indhold kan opsummeres som følger:

1. Virksomhedens document risk management-politik.
2. En beskrivelse af document risk management-organisationen og hvem der har ansvaret for hvad. Et organisationsdiagram kan eventuelt vedlægges som bilag.
3. En beskrivelse af retningslinierne for intern og ekstern kommuni-

4. Sagen er bl.a. beskrevet i The Economist, "No rest", 27. februar 2003, "Day of reckoning", 29. april 2003, "Unsettling", 1. maj 2003, "Whose skunk is it?", 5. juni 2003, "The shakedown continues", 27. juni 2003, "Dismissed", 3. juli 2003 og "Sound and fury", 27. november 2003. Se endvidere Jyllands-Posten, "Investeringsbanker slipper for tiltale", 20. december 2002 og "Låg på skandale på Wall Street", 7. april 2003 samt Børsen, "Historisk forlig i Wall Street", 29. april 2003.

kation med henblik på implementering af en fornuftig kommunikationskultur i virksomheden.

4. En beskrivelse af reglerne om legal privilege samt en beskrivelse af de procedurer, som virksomheden bør følge med henblik på at opnå videst mulig legal privilege-beskyttelse.
5. En beskrivelse af relevante dokumenthåndteringsprocedurer samt retningslinierne for virksomhedens kategorisering af dokumenter.
6. En beskrivelse af retningslinierne for virksomhedens dokumenthåndtering, herunder med principper og metoder til lokalisering af relevant information.
7. En beskrivelse af retningslinierne for virksomhedens opbevaring af dokumenter, herunder relevante opbevaringsperioder for forskellige kategorier af dokumenter.
8. En beskrivelse af retningslinierne for virksomhedens bortskaffelse af dokumenter.
9. En beskrivelse af andre relevante rutiner og procedurer.
10. En beskrivelse af relevante rapporteringsforpligtelser.
11. Relevante interne og eksterne kontaktpersoner og videnstrømme. Eventuelt vedlægges som bilag en knowledge map.
12. En beskrivelse af hvordan programmet implementeres i virksomheden. Retningslinier for eventuel indledende legal due diligence samt relevante tjeklister, handlingsplaner, aktionslister og uddannelsesplaner vedlægges som bilag.
13. Retningslinier for løbende opdatering, kontrol og overvågning af programmet.

Nedenfor er beskrevet en række forhold, som virksomheden eventuelt kan lade sig inspirere af i forbindelse med udarbejdelsen af programmet.

Virksomhedens dokumenter

Indledning

Som også beskrevet i de kapitel 5, har diverse offentlige myndigheder hjemmel til at aflægge virksomheden uanmeldte kontrolbesøg (dawn

raids),⁵ hvilket udgør et vigtigt værktøj for myndighederne til at afsløre lovovertrædelser. Dawn raids giver oftest anledning til overskrifter, når de foretages af konkurrencemyndighederne, men også kontrolbesøg af andre myndigheder, såsom skatte-, miljø- og arbejdsmiljømyndighederne, giver jævnlige anledning til medieomtale.

Når myndighederne beslutter sig for at foretage et kontrolbesøg, sker det ofte på baggrund af klager eller "tips" fra konkurrenter, kunder, leverandører eller andre, der synes at indikere, at virksomheden overtræder lovgivningen. For virksomheden kan et kontrolbesøg både være forstyrrende og generende i forhold til det daglige arbejde, og det er således vigtigt, at den kender sine rettigheder og forpligtelser, ligesom de ansatte bør vide, hvordan de skal forholde sig. Som nævnt i kapitel 5 kan dette med fordel beskrives i en dawn raid-manual, som tilknyttes de enkelte compliance-programmer.⁶

Risikoen forbundet med udlevering af dokumenter til myndigheder, er primært, at virksomheden derved ikke længere har kontrol over dem, hvorved de ofte vil komme til tredjemands kundskab og blive brugt i efterfølgende erstatningssager. Den indledningsvis nævnte sag mod Wall Street investment bankerne er et eksempel herpå, idet anklagemyndighedens offentliggørelse af de førnævnte hånlige e-mails, med god grund gav potentielle erstatningssøgende investorer blod på tanden.

I lyset heraf er det vigtigt, at virksomheden har implementeret en fornuftig kommunikationskultur og er bevidst om reglerne om legal privilege, hvilket er emnet for de følgende afsnit.

Kommunikationskultur

Virksomhedens ansatte bør naturligvis altid opfordres til at orientere deres foresatte om uregelmæssigheder og bekymringer og må aldrig blive mødt med repressalier, hvis de gør det. Dette udgør som bekendt en af hjørnestenene i god corporate governance. De ansatte bør imidlertid udvise varsomhed med at nedfælde noget på skrift, der kan mis-

5. Efter EU's konkurrencelovgivning og visse nationale konkurrencelovgivninger er der endvidere hjemmel til at gennemse visse ansattes private hjem.

6. Se fx Jon Iversens, Morten Lau Smiths og Niels Christian Ersbølls artikel i Revision & Regnskabsvæsen, "Dawn Raids – hvilke rettigheder har virksomheden?", nr. 8, august 2002. Endvidere henvises til Advokatrådets vejledning om compliance-programmer, der også opregner en række gode råd til indholdet af en dawn raid-manual.

Kap. 8: Document risk management

forstås, eller som udgør overdrivelser, sladder, pralerier, jokes eller meget subjektive vurderinger. Dette kan nemlig medvirke til at give et forkert indtryk af, at virksomheden fx bevidst har overtrådt lovgivningen eller set stort på produktsikkerheden med den følge, at bøde-/erstatningsniveauet i efterfølgende straffe- og/eller erstatningssager skærpes betydeligt.

Ud over at virksomheden kan forpligtes til at udlevere diverse dokumenter under et dawn raid, kan editionsreglerne som beskrevet i kapitel 7 indebære, at virksomheden forpligtes til at udlevere en række dokumenter i forbindelse med retssager.

Den udbredte brug af IT har i den forbindelse bevirket, at risikoen for, at uheldig information kommer myndigheder eller modparter i hænde, i betydelig grad er øget. E-mails bør fremhæves som en særlig risikofaktor, hvilket primært skyldes følgende forhold:

1. E-mails kan hurtigt og let distribueres til en stor modtagerkreds.
2. Indholdet af e-mails kan efterfølgende ændres eller rettes.
3. E-mails har en intim karakter, der minder om at kommunikere mundtligt, hvilket animerer til impulsiv kommunikation uden gennemgang eller kontrol af indholdet, inden det sendes.
4. Elektroniske dokumenter såsom e-mails og attachments er svære at slette. Som nævnt i kapitel 5, vil det ofte være muligt fra harddiske og andre elektroniske lagermedier at gendanne tilsyneladende "slettede" filer.

I lyset heraf bør virksomhedens ansatte være påpasselige med, hvordan de kommunikerer internt og eksternt, herunder i særdeleshed hvad de nedfælder på skrift. Udsagn som "*Hvis dette bliver lækket, er virksomheden færdig*", "*Det ville ikke være godt, hvis konkurrencemyndighederne opdagede dette*" eller "*Vi burde foretage en tilbagekaldelse af produktet, men det er billigere at betale erstatning til eventuelle ofre*" bør for alt i verden undgås.

Et vigtig formål med implementeringen af et document risk management-program er at sikre, at en fornuftig kommunikationskultur opstår

i virksomheden.⁷ I forbindelse med udfærdigelsen af specielt skriftlig kommunikation, bør de ansatte vænnes til løbende at stille sig følgende spørgsmål: Kan dette tåle at blive overgivet til myndighederne eller fremlagt i en retssal? Er den ansatte i tvivl herom, er det ofte tilrådeligt ikke at nedfælde noget på skrift, men i stedet at drøfte forholdet mundtligt med den person, der var tiltænkt som modtager eller at kontakte juridisk afdeling med henblik på at undersøge mulighederne for at “beskytte” dokumentet.

Nogle gange vil det naturligvis være nødvendigt for de ansatte at nedfælde følsomme vurderinger på skrift. I vigtige sager kan det anbefales, at dette sker ved brug af en understøttende argumentation og med angivelse af de fakta, hvorpå argumentationen hviler, idet risikoen for misforståelser derved formindskes. Tilsvarende kan det anbefales, at de ansatte undlader at føre “private” dagbøger eller noter, herunder specielt hvis det sker på virksomhedens IT-systemer mv., idet disse ofte er en kilde til belastende materiale i forbindelse med dawn raids og retssager.

Endelig bør de ansatte tilskyndes til at være bevidste om, hvordan, i hvilket omfang og til hvem, de distribuerer dokumenter. Implementering af en fornuftig need to know-politik i relation til visse typer dokumenter vil ofte kunne medvirke til at minimere risikoen for, at “uheldige” eller følsomme dokumenter lækkes. Tilsvarende kan virksomheden med fordel udstikke fornuftige retningslinier med det formål at bevare integriteten af virksomhedens dokumenter, herunder ved hjælp af passwords og/eller kryptering eller instrukser om, at bestemte dokumenter skal fremsendes i skannet form (fx som pdf-filer).

Legal privilege

I forbindelse med myndigheders kontrolbesøg/dawn raids og i relation til editionspligten i forbindelse med retssager, som nævnt i kapitel 7, er det særdeles vigtigt, at virksomheden er opmærksom på reglerne om legal privilege. Hvis et dokument⁸ er omfattet af legal privilege, vil

7. For at understrege vigtigheden af programmet kan det anbefales eksplicit at anføre heri, at det risikerer at få ansættelsesmæssige konsekvenser, såfremt de ansatte begår grove overtrædelser af de udstukne kommunikations- og dokumenthåndteringsregler.

8. Som nævnt i kapitel 7 skal begrebet “dokument” fortolkes bredt og omfatter således også fotografier, båndoptagelser, computer-filer, e-mails, (mikro)film, tegninger mv.

virksomheden ikke være forpligtet til at udlevere det til modparten under en retssag, ligesom det ikke skal udleveres til myndighederne i forbindelse med dawn raids. Derimod vil følsomme og fortrolige dokumenter – såsom referater fra bestyrelsesmøder og ledelsesbriefinger – normalt ikke være omfattet af legal privilege og vil derfor som udgangspunkt skulle udleveres.⁹

I de fleste europæiske lande, herunder Danmark, indrømmes kun legal privilege f.s.v.a. juridisk rådgivning, som virksomheden modtager fra eksterne advokater. Juridisk rådgivning ydet af virksomhedens interne advokater er i disse lande således ikke omfattet af legal privilege. Årsagen til denne forskelsbehandling er primært, at interne advokater ikke findes at have den samme grad af uafhængighed af virksomheden som eksterne advokater, og de sidestilles derfor med virksomhedens øvrige ansatte.¹⁰

Når Kommissionen foretager kontrolbesøg/dawn raids med hjemmel i EU-reglerne, vil der som retstilstanden er p.t. ligeledes kun gælde legal privilege for virksomhedens kommunikation med eksterne advokater.¹¹ Den juridiske holdbarhed af denne begrænsede legal privilegebeskyttelse er imidlertid usikker, og det er sandsynligt, at virksomhedens kommunikation med interne advokater i fremtiden vil blive omfattet af EU-retlig legal privilege.¹²

Dertil kommer, at der er tvivl om rækkevidden af legal privilege i relation til juridisk rådgivning ydet af en virksomhedsjurist ansat i en anden juridisk enhed – fx juridisk rådgivning ydet af koncernjuridisk afdeling til et koncernselskab. Da argumentet om manglende uafhængighed ikke er stærkt i denne situation, kan der argumenteres for, at

9. Som nævnt i kapitel 7, vil følsomme og fortrolige dokumenter i visse civil law-lande ikke være omfattet af partseditionsreglerne, mens det modsatte normalt er tilfældet i common law-lande.

10. Det er en af European Company Lawyers Association's vigtigste opgaver at arbejde for at opnå legal privilege for interne advokater i Europa – se hjemmesiden www.ecla.org.

11. Dette følger af EF-domstolens dom af 18 maj 1982 i sag 155/79, AM&S Europe Limited mod Kommissionen (Samling af Afgørelser 1982 s. 1575).

12. Præsidenten for Retten i første instans har således i en foreløbig kendelse den 30. oktober 2003 i de forenede sager T-253/03 og T-125/03, Akzo Nobel Chemicals Ltd og Akcros Chemicals Ltd mod Kommissionen tilkendegivet, at tiden er løbet fra AM&S-dommen, og at legal privilege i visse tilfælde bør udvides til også at omfatte virksomhedens kommunikation med interne advokater. Se desuden *The European Lawyer*, "Courts clash over privilege", maj 2004.

denne form for juridisk rådgivning bør være omfattet af legal privilege.¹³

En række lande indrømmer en bredere beskyttelse, end hvad der p.t. indrømmes i førnævnte lande og EU, Således vil der i Belgien, England, Grækenland, Irland,¹⁴ Portugal,¹⁵ Spanien og USA¹⁶ gælde legal privilege-beskyttelse for virksomhedsjurister, og det er sandsynligt at flere lande i de kommende år vil følge efter.

Uanset hvilket land der er tale om, bør virksomheden imidlertid være opmærksom på, at et dokument ikke omfattes af legal privilege, blot fordi der på forsiden af dokumentet står "*Strictly confidential – legal professional privilege*" eller på dansk "*Strengt fortroligt – omfattet af advokatprivilegiet*". Legal privilege-beskyttelse opnås ej heller ved, at den faste advokat/juridisk afdeling fx har modtaget en e-mail i kopi. Kun hvis det objektivt må konstateres, at indholdet af dokumentet vedrører rådgivning om juridiske rettigheder og forpligtelser – i modsætning til forretningsrådgivning eller praktisk information – vil dokumentet være beskyttet.¹⁷ Hvis fakta i et dokument er vævet ind i den juridiske rådgivning og ikke kan adskilles herfra, vil førstnævnte imidlertid også nyde legal privilege-beskyttelse.

Da det således er vigtigt, at skidt og kanel holdes adskilt, kan det anbefales, at juridisk afdeling udarbejder en politik for, hvordan virksomhedens dokumenter i videst muligt omfang opnår legal privilege-beskyttelse. En sådan politik bør naturligvis også kommunikeres til virksomhedens faste advokat(er), hvilket med fordel kan ske i det i kapitel 2 beskrevne engagement letter.

Lokale legal privilege-regler vil i den forbindelse eventuelt kunne medføre, at virksomheden med henblik på at opnå legal privilege-be-

13. Hvis den pågældende (koncern)virksomhedsjurist er medlem af det lokale advokatsamfund og dermed underlagt de lokale advokatetiske regler, taler dette i endnu højere grad for, at legal privilege bør indrømmes.

14. Legal privilege omfatter dog kun juridisk rådgivning i forbindelse med retssager.

15. Forudsat virksomhedsjuristen er advokat og medlem af det portugisiske advokatsamfund.

16. I rapporten udarbejdet af Lex Mundi, "In-House Counsel and the Attorney-Client Privilege", 2002 findes en oversigt over, hvilke lande der indrømmer legal privilege til virksomhedsjurister. Oversigten findes på hjemmesiden www.lexmundi.com.

17. Jf. British Court of Appeal i sagerne *Three rivers District Council & Ors v. The Bank of England*, 2004 og *USA v. Philip Morris Inc. & Others and British American Tobacco (Investments) Ltd.*, 2004.

skyttelse i visse lande vælger at lade eksterne advokater yde virksomheden rådgivning på bestemte retsområder eller i bestemte situationer. Fx vil dokumenter, der udarbejdes efter at en tvist er opstået, som nævnt i kapitel 7, ofte være omfattet af partseditionspligten. Virksomheden bør derfor nøje overveje, hvem der skal udarbejde eventuelle interne rapporter/notater om tvisten, ligesom de samme overvejelser med fordel kan gøres i relation til interne undersøgelser, der udgør "tvist-kandidater". Hvis virksomheden lader en ekstern advokat forestå undersøgelsen, vil legal privilege-beskyttelsen som nævnt ovenfor normalt være mere dækkende, end hvis undersøgelsen foretages af en jurist/advokat fra juridisk afdeling.

Endelig kan lokale legal privilege-regler medføre, at det vil være til virksomhedens fordel at opbevare bestemte typer dokumenter i jurisdiktioner, hvor legal privilege-beskyttelsen er stærk (og editionspligten svag). Da indhentelse af beviser i udlandet som nævnt i kapitel 7 normalt er en svært gennemførlig og omstændelig proces, der under alle omstændigheder vil trække en sag i langdrag, kan placering af følsomme og fortrolige dokumenter i koncernselskaber i bestemte lande, nogle gange være en fornuftig beslutning fra en document risk management-synsvinkel.

Virksomhedens dokumenthåndtering

Kategorisering af dokumenter

Advokatsamfundet anbefaler, at dokumenter kategoriseres på følgende måde, når der i forbindelse med et virksomhedssalg oprettes et/en datarum/database med relevante oplysninger om virksomheden, således at de potentielle købere kan gennemføre en juridisk due diligence.¹⁸

1. Selskabsretlige dokumenter
2. Regnskabsforhold
3. Skatteretlige dokumenter
4. Moms og afgifter
5. Medarbejderforhold

18. Se Advokatsamfundet, "Vejledning i gennemførelse af Juridisk Due Diligence", juni 2002.

6. Finansieringsforhold, herunder kautioner, garantier og andre inde-
ståelser
7. Kontraktforhold med kunder og leverandører samt eventuelt for-
handlere og agenter
8. Visse vedvarende kontraktforhold
9. Dokumenter vedrørende selskabets forhold til nærtstående, herun-
der tidligere virksomhedsdeltagere (aktionærer/anpartshavere),
medlemmer af bestyrelsen, direktionen og ledergruppen m.fl.
10. Dokumenter vedrørende driftsmidler, varelagre og debitorer
11. Forsikringsforhold
12. Verserende eller varslede tvister
13. Immaterielle rettigheder
14. IT-forhold
15. Offentlige tilladelser
16. Dokumenter med relation til konkurrence- og markedsføringslov-
givningen
17. Miljøforhold
18. Fast ejendom

Ovennævnte hovedpunkter indeholder naturligvis en række under-
punkter, der sonderer mellem yderligere typer dokumenter. Det kan
anbefales, at virksomheden lader sig inspirere heraf ved opbygningen af
et hensigtsmæssigt dokumenthåndteringssystem, idet dette bl.a. vil vise
sig hensigtsmæssigt, hvis virksomheden eller dele heraf senere sættes til
salg.

Virksomheden vil også kunne opnå ekstern bistand til at implemen-
tere en fornuftigt dokumenthåndteringssystem. Således tilbyder en lang
række virksomheder forskellige dokumenthåndteringssystemer, som
med en tilpasning til virksomhedens individuelle forhold umiddelbart
vil kunne implementeres.¹⁹

Dokumenthåndteringsprocedurer

Eksterne advokater, der bistår i forbindelse med virksomhedsoverdra-
gelse, oplever tit, at virksomheders dokumenthåndtering lader noget
tilbage at ønske. I forbindelse med frasalg af virksomheder hænder det

19. Se fx hjemmesiderne www.scanjour.dk, www.tietoenator.dk, [www.schultz-informati-
on.dk](http://www.schultz-informati-
on.dk) og www.ementor.dk.

Kap. 8: Document risk management

ikke sjældent, at virksomhederne bliver nødt til at foretage en grundig og omkostningskrævende sælger due diligence, før salgsprocessen kan indledes. Har virksomheden et eksternt advokatfirma til at bistå sig hermed, kan fx oprettelsen af et datarum blive en særdeles omkostningskrævende affære, hvis virksomheden har rod i aftaler og andre dokumenter.

F.s.v.a. virksomhedens aftaler er der ofte tale om følgende former for uregelmæssigheder:

1. En aftale er indgået af en forretningsenhed, der går på tværs af virksomhedens koncernselskaber, og der er således usikkerhed om, hvilket koncernselskab, der er forpligtet af aftalen.
2. Det er uklart, om en bestemt aftale fortsat er i kraft.
3. Hele eller dele af aftalen er blevet væk.
4. Efter indgåelsen af aftalen har virksomheden indgået en række tillægs- eller ændringsaftaler, der ikke er arkiveret sammen med hovedaftalen.
5. Aftalen henviser til betingelser, bestemmelser, andre aftaler eller bilag, som ikke længere er gældende eller som ikke længere findes.
6. Aftalen er udløbet eller stiller krav om genforhandling efter en bestemt periode, men forlængelse eller genforhandling har aldrig fundet sted, og parterne er blot fortsat med at agere i henhold til aftalen.

Som nævnt i kapitel 6 kan det i forbindelse med indgåelsen af aftaler overvejes, at lade den ansvarlige for indgåelsen af en konkret aftale underskrive en tjekliste, således at det sikres, at der er taget hånd om alle vigtige forhold i aftalen. Denne tjekliste kan herefter arkiveres sammen med aftalen.

Dertil kommer, at der i forbindelse med arkiveringen af dokumenter med fordel kan registreres en række relevante oplysninger med henblik på den efterfølgende dokumenthåndtering. Sådanne oplysninger kan fx være følgende:

1. Hvilken type dokument er der tale om?²⁰

20. Er der tale om en/et koncerninternt dokument/aftale, bør dette også registreres.

2. Hvilket koncernselskab (den juridiske person) har indgået aftalen eller er ansvarlig for udarbejdelsen af dokumentet?
3. Hvilken dato træder aftalen i kraft/er dokumentet udarbejdet?
4. Ved aftaler bør følgende endvidere registreres:
 - a. Hvem er aftaleparten/-erne?
 - b. Hvilken dato udløber aftalen?
 - c. Hvilke datoer skal/bør en eventuel genforhandling henholdsvis indledes og afsluttes? Derved er det muligt – eventuelt automatisk ved hjælp af en IT-løsning – løbende at blive informeret om, hvilke aftaler der er ved at udløbe, og hvornår genforhandling bør iværksættes.
 - d. Hvilke andre dokumenter henviser aftalen eller dokumentet til? Hvis nye aftaler eller dokumenter henviser til aftalen, hvorved sidstnævnte bliver en del af de nye aftaler/dokumenter, bør dette efterfølgende registreres med henblik på at undgå, at aftalen bortskaffes, mens de nye aftaler/dokumenter er i kraft.
5. Hvilken ansat er ansvarlig for dokumentet/aftalen?
6. I hvor lang tid skal dokumentet arkiveres?

På baggrund af ovennævnte oplysninger og med henblik på at sikre en entydig identifikation bør hvert dokument tildeles et dokumentnummer, der med fordel også kan indgå i filnavnet, hvis dokumentet som beskrevet nedenfor lagres elektronisk. Et dokumentnummer kan fx sammensættes af en række bogstavkoder, der indikerer aftale-/dokumenttypen, den ansvarlige ansatte og hvilket koncernselskab der er aftalepart/ansvarlig for dokumentet samt en række talkoder, der fx viser kunde-/leverandørnummeret og datoen for ikrafttrædelsen/udarbejdelsen. Udformningen af et sådant dokumentnummersystem bør naturligvis tilpasses virksomhedens individuelle forhold.

En eller flere af følgende IT-værktøjer benyttes ofte i forbindelse med dokumentopbevaring:²¹

1. *Almindelig indeksering*: Ved indeksering registreres en række oplysninger jf. ovenfor – fx dokumentnummeret, dokumenttypen, parterne, datoen mv. – hvorefter det er muligt at søge efter disse

21. Det kan også være relevant at benytte disse værktøjer ved etablering af datarum i forbindelse med due diligence-aktiviteter og som en del af discovery-fasen før en retssag.

oplysninger. Hvis ikke virksomheden benytter en IT-løsning, der er specielt møntet på dokumenthåndtering, kan det anbefales at udarbejde listerne i et Excel regneark, således at det er muligt at søge på udvalgte kategorier af oplysninger.²²

2. *Skanning*: Det er muligt ved hjælp af skanning at producere elektroniske kopier af dokumenter, hvorved store mængder data kan opbevares på harddiske og andre elektroniske lagermedier med omkostnings- og pladsbesparelser til følge. Ved skanning er det i modsætning til tekstsøgning, som beskrevet nedenfor, ikke muligt at søge efter bestemte ord i de skannede dokumenter. Omkostningerne forbundet med arkivering og opbevaring af fysiske dokumenter har bevirket, at en række virksomheder har truffet beslutning om at overgå til elektronisk dokumenthåndtering.²³
3. *Tekstsøgning*: Ved tekstsøgning anvendes optical character recognition (OCR), hvorved det i modsætning til ved blot skannede dokumenter er muligt at søge efter bestemte ord i elektronisk arkiverede dokumenter. Da brug af OCR (endnu) er forbundet med flere omkostninger, end hvis dokumenter blot skannes, bør virksomheden ud fra en cost benefit-vurdering overveje, i hvilket omfang og for hvilke dokumenttyper, den ønsker at gøre brug heraf – om overhovedet.

Den nærmere udformning af virksomhedens dokumenthåndteringssystem vil naturligvis afhænge af virksomhedens individuelle forhold, herunder ikke mindst dens størrelse og omfanget af dens brug af dokumenter. Hvis virksomheden skal udarbejde et dokumenthåndteringssystem for første gang, vil det ofte være muligt at indhente værdifuld inspiration fra andre virksomheder i branchen eller fra brancheorganisationer.

Opbevaring af dokumenter: Det er vigtigt, at virksomheden opbevarer

22. Mange advokatfirmaer er ikke fortrolige med brugen af Excel, og benytter derfor af gammel vane Word-dokumenter ved udarbejdelse af datarumslistre i forbindelse med M&A-transaktioner. Da søgemulighederne er betydeligt bedre i Excel i forhold til Word, kan det anbefales, at virksomheden instruerer advokatfirmaet om at benytte Excel-regneark ved udarbejdelsen af datarumslistre.

23. Se også IT-Sikkerhedsrådets vejledning "Digitale dokumenters bevisværdi", 15. januar 1999, der findes på hjemmesiden www.fsk.dk/fsk/div/itsikraad/digubilag.

sine dokumenter på et sikkert sted, der yder fornøden beskyttelse mod ildebrand og andre udefra kommende naturfænomener. Af samme grund kan det tilrådes, at elektroniske kopier af fysiske dokumenter og backup filer opbevares adskilt fra originalerne og helst i en anden bygning.

I koncerner udstikkes ofte retningslinier om, at bestemte typer dokumenter skal opbevares i bestemte koncernselskaber. Ud over de førnævnte legal privilege- og editionsregler er det ofte praktiske forhold, der afgør, hvor dokumenter opbevares fysisk. Nogle dokumenter har de ansatte brug for løbende at have hurtig adgang til i forbindelse med det daglige arbejde, mens det modsatte er tilfældet med andre typer dokumenter. Ofte ses retningslinier om, at lokale aftaler mellem aftaleparter i samme land opbevares lokalt,²⁴ mens grænseoverskridende aftaler opbevares centralt – fx i koncernjuridisk afdeling.

Hvis virksomheden ikke selv ønsker at anvende tid, plads og ressourcer på arkivering af dokumenter, vil det være muligt at outsource arkiveringen til firmaer, der har specialiseret sig i at tilbyde sådanne serviceydelser.²⁵

Opbevaringsperioden: Det kan anbefales, at virksomheden udstikker en politik for, hvor længe virksomheden skal opbevare diverse dokumenter. Som det nærmere er forklaret afslutningsvis i dette kapitel, er det vigtigt, at virksomheden følger denne politik systematisk på tværs af afdelinger og koncernselskaber.

For visse dokumenters vedkommende fremgår det af lovgivningen, hvor lang tid de som minimum skal opbevares. Fx er det i Danmark ifølge bogføringsloven et krav, at bogføringspligtige virksomheder opbevarer regnskabsmateriale (regnskaber, regnskabsbilag, fakturaer, bestillingsbøger, fabrikationssedler, kassestrimler, lageroptællingslister mv., samt den årlige lageropgørelse) i mindst fem år fra udløbet af det regnskabsår, som materialet hidrører fra. Skattelovgivningen kræver i en række situationer endvidere, at bestemte dele af regnskabsmaterialet

24. Ofte gælder der også retningslinier om, at en elektronisk kopi af lokalt indgåede og opbevarede aftaler skal sendes til koncernjuridisk afdeling, således at sidstnævnte har en kopi af og overblik over alle koncernens aftaler. Koncernjuridisk afdeling opnår derved tillige, at kunne tjekke den juridiske kvalitet af de aftaler, der indgås lokalt, og kan således gribe ind, hvis kvaliteten er for ringe.

25. Se fx hjemmesiderne www.storebucks.dk og www.steria.dk.

opbevares i en længere periode end fem år (fx aktieavancebeskatningsloven vedr. dokumentation for køb af aktier m.m. og momsloven vedr. dokumentation for anskaffelse af visse investeringsgoder). Virksomheden bør naturligvis for hvert af sine koncernselskaber undersøge, om der gælder sådanne lokale regler.

For andre typer dokumenter, hvor der ikke ved lov er fastsat en minimumsopbevaringsperiode, bør virksomheden selv fastsætte retningslinier for, hvor længe dokumenterne skal opbevares. Et forhold, som virksomheden i den forbindelse bør overveje, er omkostningerne ved arkivering, der kan være betydelige i "dokumenttunge" virksomheder. En række større danske virksomheder har indført følgende retningslinier, der eventuelt kan være til inspiration i forbindelse med virksomhedens udarbejdelse af sit eget dokumenthåndteringssystem:

1. *Permanent opbevaring*: Visse dokumenter vil virksomheden typisk vælge at opbevare altid, herunder børs- og selskabsretlige dokumenter, bestyrelsesreferater, virksomhedsoverdragelsesaftaler mv.
2. *25 år*: Reviderede årsregnskaber opbevaret ofte i mindst 25 år. Skatteregnskaber og interne regnskaber opbevares normalt i en kortere periode.
3. *Seks år*: Virksomhedens aftaler, oplysninger om ansatte,²⁶ retssager og andre juridiske tvister opbevares typisk i seks år efter aftalens, ansættelsesforholdets eller tvistens ophør.
4. *Tre år*: Forsikringspolicer opbevares typisk i tre år efter policens ophør.
5. *Et år*: Øvrige dokumenter, såsom memoer, notater, breve, e-mails mv. vil normalt blot blive opbevaret et år, medmindre de relaterer sig til en af ovennævnte dokumentkategorier.

Alt afhængig af karakteren af de produkter, som virksomheden sælger, bør virksomheden sørge for, at dens dokumenthåndteringssystem gør den i stand til at gennemføre en fornuftig produkttilbagekaldelse, hvis

26. Det kan anbefales, at virksomheden hvert år arkiverer en oversigt over nøglemedarbejdere samt en beskrivelse af deres ansvarsområder. Tilsvarende bør virksomheden holde kontakt til sådanne medarbejdere, selv om de måtte have forladt virksomheden. Skulle problemer opstå i fremtiden, vil virksomheden derved have mulighed for at kontakte de ansatte og hente oplysninger.

dette på et tidspunkt måtte vise sig påkrævet. Det kan i den forbindelse anbefales, at virksomheden, som minimum i den periode et produktansvar kan gøres gældende,²⁷ opbevarer følgende dokumenter.

1. *Produktionsoplysninger*: Med henblik på at kunne identificere defekte produkter hurtigt, bør virksomheden have registreret oplysninger om bl.a. antallet af producerede produkter, produktnumre og -koder, produktionsdatoer samt hvilke komponenter produkterne er sammensat af mv. I kvalitetsstyringssystemer indgår product traceability normalt som en integreret del af systemet.
2. *Distributionsoplysninger*: Hvis virksomheden er i stand til at identificere, til hvem produkterne er distribueret, herunder hvem der er slutbrugere, vil en produkttilbagekaldelse kunne målrettes – fx til et bestemt land. Dette kan vise sig at være en betydelig omkostningsbesparelse for virksomheden, idet en generel og global produkttilbagekaldelse ofte vil være særdeles omkostningskrævende bl.a. i annonceudgifter.
3. *Kvalitetskontroloplysninger*: Med henblik på at kunne tilbagevise et eventuelt produktansvarskrav, kan det anbefales, at virksomheden opbevarer oplysninger om eventuelle kvalitetstests af produkterne foretaget inden eller i forbindelse med leveringen. Såfremt virksomheden benytter sig af underleverandører, kan det eventuelt være relevant i indkøbsaftaler at stille krav om, at produkterne kvalitetstesttes inden levering, og at resultatet af sådanne tests vedlægges i kopi.

Endelig skal nævnes, at en række landes lovgivning stiller krav om, at visse dokumenter altid skal opbevares i original form og aldrig må bortskaffes. Virksomheden bør naturligvis undersøge, om sådanne lokale regler eksisterer i forbindelse med etablering i andre lande. En undersøgelse heraf kan sammen ved en undersøgelse af, om der gælder andre lovkrav vedrørende opbevaring af dokumenter, fx indgå som et spørgsmål i det i kapitel 4 nævnte standardspørgeskema.

Bortskaffelse af dokumenter: Tidligere søgte mange virksomheder i

27. Produktansvarsreglerne er beskrevet i kapitel 5, hvortil der henvises.

USA løbende at makulere mest muligt med det formål at slippe for at blive omfattet af de strikse og omkostningskrævende regler om part-sedition. Under efterfølgende retssager kunne virksomhederne derved blot henvise til, at der ikke var nogen dokumenter at udlevere. I takt med den øgende fokusering på god corporate governance synes udviklingen i USA nu at gå i den modsatte retning.

En forklaring om at alle dokumenter er blevet bortskaffet vil ikke blive godtaget af en (amerikansk) domstol, medmindre virksomheden er i stand til at henvise til en fornuftig dokumentbortskaffelsespolitik, som virksomheden har fulgt systematisk og gennem lang tid. Hvis dokumenter er bortkommet, som ikke burde være bortkommet, eller hvis det kommer frem, at virksomheden eller dens ansatte med vilje har bortskaffet bevismidler, vil det i USA udgøre "obstruction of justice" med potentielt alvorlige sanktioner til følge.

Ud over at den i medierne meget omtalte dokumentbortskaffelse,²⁸ der fandt sted i forbindelse med Enron-skandalen, og som førte til revisionsfirmaet Arthur Andersens fald, kan som eksempel nævnes, at der den 3. maj 2004 blev sat punktum i en anden sag om obstruction of justice i form af dokumentbortskaffelse. I sagen *United States of America v. Frank Quattrone* var sidstnævnte anklaget for i en e-mail at have instrueret en række ansatte om at foretage et "clean up" af deres arkivskabe, efter at SEC og en federal Grand Jury havde påbegyndt en undersøgelse af Credit Suisse First Boston's (CSFB)'s modtagelse af store kommissioner fra såkaldte hedge funds, som betaling for modtagelse af aktier i "hotte" børsintroduktioner.²⁹ Juryen mente ikke, at det udgjorde en formildende omstændighed, at Quattrone troede han blot havde handlet i overensstemmelse med CSFB's document retention policy. Ud over en bøde på USD 90.000, kan Quattrone nu se frem til over halvandet år i fængsel,³⁰ ligesom han forventes at blive sagsøgt personligt af et betydeligt antal investorer.³¹

28. Der er beretninger om, at Enrons ledelse i dagene op til kuppet benyttede lastbiler til at køre dokumenter væk med henblik på bevisbortskaffelse.

29. Ud over det indledningsvis nævnte USD 1,4 mia. investment banker-forlig, som CSFB betalte USD 200 mio. af, betalte CSFB i kølvandet på Grand Jury-undersøgelsen ved et forlig USD 100 mio.

30. Straffudmålingen fandt sted i september 2004.

31. Se *The Economist*, "Friendless Frank", 6. maj 2004 og Associated Press, "No New Trial for Ex-Banker Quattrone", 12. juli 2004.

Som det fremgår af ovennævnte eksempler, er det af stor vigtighed, hvis virksomheden inddrages i en retssag, at det er muligt at forklare eventuelle “forsvundne” dokumenter med, at dette blot er sket i overensstemmelse med virksomhedens almindelige dokumentbortskaffelsesprocedurer.³² Procedurer, som virksomheden eventuelt kan overveje implementeringen af, er bl.a. følgende:³³

1. En pligt for mødedeltagere til at efterlade noter mv. efter bestemte typer møder, hvorefter der udarbejdes ét mødereferat med henblik på efterfølgende arkivering, mens alle øvrige dokumenter makuleres.
2. Sletning og makulering af e-mails og øvrige risikofyldte dokumenter efter en vis periode – fx efter et år. I den forbindelse er det vigtigt at sikre sig, at alle sådanne elektronisk lagrede dokumenter reelt slettes, således at det ikke er muligt at genskabe dem. Det er i dag muligt at erhverve IT-applikationer, der sikrer, at en sådan sletning løbende og forsvarligt finder sted.
3. Selv om dokumenter, som virksomheden sender til makulering, ikke længere har kommerciel værdi for virksomheden, vil disse kunne have værdi for fx en konkurrent eller indeholde følsomme personoplysninger, som nævnt i kapitel 5. I lyset heraf bør virksomheden sikre sig, at selve dokumentbortskaffelsen gennemføres effektivt og forsvarligt, ligesom de fornødne sikkerhedsinstrukser også bør udstikkes f.s.v.a. transporten af dokumenterne til destruktions.

Afslutningsvis bemærkes, at selv om der i nogle afdelinger/koncernselskaber formentlig i højere grad end i andre afdelinger/koncernselskaber vil være risiko for, at skadelige dokumenter udarbejdes eller lækkes, bør virksomheden være varsom med at implementere forskellige dokumentbortskaffelsesregler. Dette skyldes, at virksomheden ved at lade forskellige afdelinger og koncernselskaber være underlagt forskellige

32. Inspiration til indholdet af en konkret dokumenthåndteringspolitik kan hentes i artiklen i Global Counsel, “Document retention around the world: QuickGuide”, 16. september 2003.

33. Visse af nedennævnte retningslinier kan endvidere med fordel indarbejdes i virksomhedens persondataretlige compliance-program i afsnittet om IT-sikkerhed, som er beskrevet i kapitel 5.

Kap. 8: Document risk management

regler, eksponerer sig for kritik gående ud på, at virksomheden ikke har en systematisk dokumentbortskaffelsespolitik. Da dette risikerer at forøge virksomhedens bevisbyrde i fremtidige retssager, bør udgangspunktet være, at virksomheden ruller dokumentbortskaffelsessystemet ud i hele virksomheden, og at forskelle i reglerne kun bør være sådanne, der følger af lokale lovkrav.

Diverse links

EU institutioner

Kommissionen DG Miljø: www.europa.eu.int/comm/environment

Kommissionen DG Konkurrence:

www.europa.eu.int/comm/competition

Europa-kommissionen i Danmark: www.europa-kommissionen.dk

Kommissionen DG Indre Marked:

www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/index.htm

Kommissionen DG Indre Marked (persondatabeskyttelse):

www.europa.eu.int/comm/internal_market/privacy

Kommissionen DG Skat:

www.europa.eu.int/comm/taxation_customs/index_en.htm

Kommissionen DG Sundhed og forbrugerbeskyttelse:

www.europa.eu.int/comm/consumers/index_en.htm

Europa-Parlamentet: www.europarl.eu.int/home/default_en.htm

EF-domstolen: www.curia.eu.int/en/index.htm

Myndigheder i Danmark

Arbejdsskadestyrelsen: www.ask.dk

Arbejdstilsynet: www.at.dk

Folketinget: www.folketinget.dk

Forbrugerstyrelsen: www.fs.dk

Datatilsynet: www.datatilsynes.dk

Elektricitetsrådet: www.elraadet.dk

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen (Webreg og Publicom):

www.eogs.dk

Erhvervs- og Boligstyrelsen (eksportkontrol):

www.ebst.dk/eksportkontrol

Konkurrencestyrelsen: www.ks.dk

Told og Skat: www.toldogskat.dk

Udenrigsministeriet/Eksportrådet: www.eksportraadet.dk

Myndigheder i USA

US Consumer Product Safety Commission: www.cpsc.gov

US Department of Commerce (safe harbor):

www.export.gov/safeharbor

Diverse links

US Department of Commerce, Bureau of Industry and Security
(eksportkontrol): www.bis.doc.gov/enforcement/eeprogrm.htm
US Equal Employment Opportunity Commission: www.eeoc.gov
US Securities and Exchange Commission: www.sec.gov
US Sentencing Commission: www.ussc.gov

Børser

Københavns Fondsbørs: www.cse.dk
London Stock Exchange: www.londonstockexchange.com
NASDAQ: www.nasdaq.com
New York Stock Exchange: www.nyse.com

Domstole og voldgiftsretter

American Arbitration Association i New York: www.adr.org
Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce:
www.sccinstitute.com
Centre for Effective Dispute Resolution: www.cedr.co.uk
Danmarks domstole: www.domstol.dk
International Arbitration at Zurich Chamber of Commerce:
www.zurichcci.ch
International Centre for Settlement of Investment Disputes.
www.worldbank.org/icsid
International Court of Arbitration i Paris:
www.iccwbo.org/index_court.asp
London Court of International Arbitration: www.lcia-arbitration.com
Voldgiftsretten i København: www.denarbitra.dk

Find en advokat

Center for Commercial Law (Legal 500): www.legal500.com
Global Counsel 3000 – Which lawyer?:
www.practicallaw.com/jsp/article.jsp?item=19020 International
Martindale-Hubbell: www.martindale.com
Chambers Global: www.chambersandpartners.com

Revisionsfirmaer og deres organisationer

American Institute of Certified Public Accountants: www.aicpa.org
Deloitte & Touche: www.deloitte.com
Ernest & Young: www.ey.com

Diverse links

Foreningen af Statsautoriserede Revisorer: www.fsr.dk
KPMG: www.kpmg.com
PricewaterhouseCoopers: www.pwc.com

Jurist- og advokatforeninger

Council of the Bars and Law Societies of the European Union:
www.ccbe.org

European Company Lawyers Association: www.ecla.org

International Bar Association: www.ibanet.org

Dansk Forening for Europaret: www.europaret.dk

Dansk Forening for Konkurrenceret:

www.konkurrenceretsforeningen.dk

Dansk Forening for Virksomhedsjurister: www.dfvj.dk

Dansk Forening for Voldgift: www.voldgiftsforening.dk

Dansk Selskab for Miljørets hjemmeside: www.selskabformiljoret.dk

Mediatoradvokater: www.mediatoradvokater.dk

Corporate governance

Business Roundtable: www.brtable.org

CalPERS: www.calpers-governance.org

Corporate governance i Danmark: www.corporategovernance.dk

Corporate Governance NETwork: www.corpgov.net

Commerce & Industry Group of the Law Society of England & Wales:
www.cigroup.org.uk

Committee of Sponsoring Organisations of the Treadway Commission
(COSO): www.erm.coso.org

European Corporate Governance Institute (indeholder diverse
corporate governance links): www.ecgi.org

International Chamber of Commerce (ICC): www.iccwbo.org/cg.htm

International Corporate Governance Network: www.icgn.org

Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD):
www.oecd.org

Informationssøgning og diverse juridiske medier

Advokaten: www.advokatsamfundet.dk

Arbejdsretsportalen: www.schultz-information.dk

Business Law International: www.ibanet.org

Butterworths: www.butterworths.com

Diverse links

Celex: www.europa.eu.int/celex
Chief Legal Executive: www.chieflegalexecutive.com
EUR-Lex: www.europa.eu.int/eur-lex
Getting the deal through handbooks: www.gettingthedealthrough.com
Global Antitrust Weekly: www.nera.com/Newsletters.asp
Global Counsel Competition Law Handbook:
www.practicallaw.com/comphandbook
International Business Lawyer www.ibanet.org
International Financial Law Review Handbook:
www.legalmediagroup.com
International Law Office: www.internationallawoffice.com
Karnov Online: www.thomson.dk
Law Media Group: www.legalmediagroup.com
Legal Week: www.legalweek.net
LexisNexis: www.lexisnexis.com
Litigation Management: www.chieflegalexecutive.com
Magnus: www.magnus.dk
Miljøretlige afgørelser og domme: www.mad-jura.dk
Miljødatanøglen: www.miljodatanoglen.dk
Practical Law Company: www.practicallaw.com
Retsinformation: www.retsinfo.dk
Revision & Regnskabsvæsen: www.thomson.dk
Themis: www.themis.dk
The European Antitrust Review: www.global-competition.com
The European Lawyer: www.europeanlawyer.co.uk
The In-House Lawyer: www.legalease.co.uk/mags_ih.php
Westlaw International: www.westlawinternational.com

Internationale konventioner mv.

CISG: www.cisg.dk
Europarådet: www.coe.int
Hague Conference on Privat International Law: www.hcch.net
International Chamber of Commerce (Incoterms):
www.iccwbo.org/index_incoterms.asp
United Nations Commission on International Trade Law:
www.uncitral.org

Andre links

Aon: www.aon.com

Class Action Litigation information: www.classactionlitigation.com

DuPont Legal Model: www.dupontlegalmodel.com

Eco-Management & Audit Scheme: www.emas.org.uk

Global Law Review (DuPont Legal Model):

www.globallawreview.com/dupontlegal.html

Handelshøjskolen i København (Jan Trzaskowski):

www.legalriskmanagement.com

ISO 14000: www.iso14000.com

Marsh: www.marsh.com

RiskMetrics: www.riskmetrics.com

Transparency International: www.transparency.org

Stikordsregister

A

Adresseløs post 204
Adresseret post 204
ADR (Alternative dispute resolution) 261, 281
ADR-klausul 261, 283
Advarselsregister 210
Advokaters timepris 76
Advokatsalær 73
Adækvens 133
Afholdelse af bestyrelsesmøder 176
Afholdelse af generalforsamling 177
Afregningstidspunkt 79
Afskedigelsesregler 171
Aktiebog 175
Aktivt salg 191, 246
Aldersdiskrimination 166
Almindelig indeksering 307
Ambulance chase 122
American Depositary Receipts 20
Anbefalinger 172
Anprisninger 205
Ansvarsfraskrivelse 219, 231, 234, 247, 249
Ansættelsesprocedurer 169
Anti-chikanepolitik 173
Anti-diskriminationspolitik 173
Arbejdsmarkedsdirektivet 168
Arbejds miljø 172
Arbejds miljø- og arbejdssikkerhedspolitik 173
Arbejdsret 165
Arbejdsretligt compliance-program 173
Arbejdssikkerhed 172
Arbejdstageres opfindelser 243
Assignment e-mail 83, 97, 107

B

Beauty contests 64
Bevisoptagelsesforordning 288

Bindende videresalgspriser 160, 191
Bortvisning 171
Brugsret 244
Bøde 97, 110, 112, 140, 152, 155, 163, 174, 179, 183, 185, 190, 194, 199, 202, 203, 209, 224, 225, 251, 287, 296, 300
Bødeimmunitet 190
Børs- og selskabsretligt compliance-program 175
Børsret 174

C

Cadbury-rapport 27
Catch all-klausul 225
Change of control 253
Change of control-klausul 253
Chikaneregler 167
Chinese walls 68, 297
Chr. Hansen-sagen 269
CISG 256
Civil law 129, 219, 220, 238, 286
Civile søgsmål 144
Class action-retssag 142, 153, 166, 184, 274, 296, 297
Combined Code 27
Common law 129, 219, 220, 237, 250, 286
Compliance-mål 97
Compliance-program 113, 158
Comply or explain-princippet 22, 25, 26, 27
Contingency fees 75, 195, 223, 274
Contractual risk management 52, 227
Contractual risk management-program 92, 97, 112, 121, 231
Coporate governance Danmark 23
Corporate governance 14
Corporate governance EU 21
Corporate governance OECD 18
Corporate governance USA 19

Stikordsregister

- Corporate social responsibility 94, 153, 194
COSO-rapporten 33, 35, 88
CPR-nummer 210
Credit rating agencies 240
Culpa 133, 220, 221
- D**
Dagbod 252
Danfoss-sagen 167
Dansk Forening for Virksomhedsjurister 117
Databehandler 211
Datatilsynet 209, 213
Dataansvarlig 211
Dawn raid 106, 151, 299, 301
Dawn raid-manual 192, 299
De minimis-aftaler 188
Debiteringskrav 70
Defekt produkt 221
Defensiv tvist 272
Definitioner 242
Den globale domskonvention 149
Den nordiske domskonvention 148
Den tredelte bundlinie 194
Det Europæiske Samarbejdsområde (EØS) 74
Det relevante marked 104, 109, 187
Direct marketing 202
Disclosure committee 182
Diskriminationsregler 167
Document risk management 52, 294
Document risk management-politik 297
Document risk management-program 92, 112, 121, 211, 297
Dokumentbortskaffelse 311
Dokumentopbevaring 308
Dokumentopbevaringsperiode 309
Dominerende stilling 104
Domsforordningen 144, 148, 258, 279
Domskonventionen 144, 148, 243, 258, 279
Domstol 258, 277
Dual use-produkter 225
Due diligence 64, 101, 107, 128, 157, 159, 162, 183, 212, 213, 232, 235, 253, 298, 304
DuPont Legal Model 72, 76, 284
- Dørsalg 204, 263
- E**
Early case assessment 284
Early warning-system 216
Editionspligt 274, 275, 280, 286, 288, 301, 304, 312
Egne aktier 181
Eksekutionsfundament 147
Eksklusiv forhandling 246
Eksklusiv levering 246
Eksportkontrol 224
Eksporttilladelse 225
Ekstern juridisk rådgivning 60
Elkartellet 185, 191
E-mail- og internetpolitik 173, 211
EMAS 198
Enekompetencesager 258
Engagement letter 61, 77, 79, 81, 82, 84, 97, 107, 292, 303
Enron-skandalen 16, 19, 89, 116, 312
Enterprise risk management 29
Enterprise risk management-udvalg 99
Erhvervs- og Selskabsstyrelsen 240
Erhvervsbegrænsningsklausuler 172
Erhvervsevnetab 218
Erstatning i kontrakt 219
Erstatning uden for kontrakt 123, 130, 145, 147, 149, 220, 255, 283
Erstatningsansvar 36, 78, 109, 112, 123, 127, 129, 132, 133, 136, 141, 149, 152, 165, 167, 169, 174, 183, 186, 188, 194, 198, 199, 203, 217, 219, 223, 231, 242, 245, 246, 251, 252, 253, 257, 259, 262, 265, 270, 274, 279, 286, 296, 299, 300
Eternit-sagen 137, 142, 215
European Company Lawyers Association 117
EU's konkurrenceregler 184
EU's kontrolliste 225
External legal counsel management-program 60, 91, 92, 96, 107, 112, 116, 120
Exxon Valdez-katastrofen 74, 194
- F**
Fast salæraftale 78
Fixed fees 78
Fjernsalg 207, 263

- Forbrugeraftale 145, 207, 219, 221, 227, 229, 230, 247, 249, 250, 255, 257, 258, 260, 266
- Forbrugerombudsmanden 199, 203, 205, 228, 229
- Forebyggende juridisk rådgivning 50
- Forkyndelse 261, 290
- Forkyndelsesforordning 261, 291
- Forkyndelseskonvention 291
- Forlig 223, 282
- Forretningsorden 176
- Forsikringsdækning 111, 159, 224, 234, 249
- Forsvarende juridisk rådgivning 50
- Fortegnelse over ledende medarbejdere 175
- Fortolkningsregler 239
- Fortrolighedsaftale 252
- Fortrolighedsbestemmelse 244
- Fortrydelsesret 262
- Forum non conveniens 146, 275
- Forældelsesregler 220, 222
- Fuldbordelse 147, 259, 277, 278, 285
- Fuldstændige forslag 178
- Full-service advokatfirma 63, 64, 68, 76
- Fusionskontrol 80, 109, 192, 193
- Fusionstilsagn 110, 114
- Fængselsstraf 140, 152, 183, 196, 202, 225, 295, 312
- Følgeskade 220, 248, 251
- Følsomme personoplysninger 210
- G**
- Gambelli-dommen 103
- Garanti 205, 219, 231, 234
- General jurisdiction 147
- Generalforsamlingsprotokollen 178
- Generel juridisk rådgivning 49
- God inkassoskik 268
- God markedsføringskik 200
- God tro 263
- Gruppefritagelse 104, 189
- Grænseoverskridende effekt 184
- Gyldighedsreglen 239
- H**
- Hard core-begrænsninger 189, 191
- Hemmeligholdelsesaftale 245, 252
- Higgs-rapporten 28
- High Level Group of Company Law Experts 21
- Horisontale aftaler 189
- Hovedsædeteorien 134
- Hummersagen 142, 149, 246, 283
- Hæftelsesgennembrud 132, 174
- Haager-konventionen om bevisoptagelse 288
- Haager-konventionen om lovvalg 254
- I**
- Immaterialretligt compliance-program 201
- Immaterielle rettigheder 243
- Incoterms 243
- Individuel fritagelse 190
- Indremerkeds klausul 206
- Ingen reklamer – Tak-ordningen 204
- Inkasso 267
- Inkorporationsteorien 134
- Insider-regler 171, 180
- Investment banker-sagen 296
- Investor relations 180
- Investor relations-politik 180, 182
- ISO 14001 198
- IT-sikkerhedspolitik 211
- J**
- Juridisk litteratur 57
- Justifikationssag 260
- K**
- Kartelaftaler 160
- Kausalitet 133
- Klientkonflikt 55, 56, 68
- Knowledge map 158, 159, 187, 232, 273, 298
- Knowledge risk management 37, 60, 106, 108, 155
- Koblingssalg 184
- Kollektive overenskomster 169
- Kommunikationskultur 299
- Koncipistreglen 239
- Konkurrencebegrænsende aftale 188, 245
- Konkurrenceklausul 172
- Konkurrencepolitik 194
- Konkurrencer 205

Stikordsregister

- Konkurrenceret 183
Konkurrenceretligt compliance-program 156, 194
Konventionalbod 234, 245, 251
Kryptering 301
Kundeklausul 172
Københavns Fondsbørs 24
Køber due diligence 107
Kønsdiskrimination 166
- L**
Legal privilege 55, 193, 301
Legal risk management 85
Legal risk management-udvalg 100
Leveringsbestemmelse 242
Lex fori 274, 276
Lex loci delicti 123, 133, 145, 255
Ligebehandlingsdirektivet 168
Litigation risk management 52, 269
Litigation risk management-politik 272
Litigation risk management-program 92, 112, 121, 272
Litis pendens-regel 145, 276
Livscyklusvurdering 199
Lobbyisme 103
London Stock Exchange 27
Lovvalg 254, 274
Lovvalgsaftale 234, 249
Lovvalgsklausul 276
Lugano-konventionen 144, 148, 258, 279
- M**
Manual i aftaleindgåelse 235
Manual i ophør af aftaler 261
Markedsafgrænsning 186
Markedsandele 104, 186
Markedsdelingsaftaler 160
Markedsføringretligt compliance-program 207
Markedsføringspolitik 208
Markedsføringsret 199
Medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer 176
Meddelelsesprotokol 175
Mediation 261, 282
Melleghandler 221
Mestergis 191
Midtfyns-dommen 135
- Miljøafgift 196
Miljøledelse 198
Miljøpolitik 198
Miljøret 194
Miljøretligt compliance-program 197
Miljøteknisk gennemgang 199
Minimum contacts 146
Minimumskøb 246
Minimumsreglen 239
Misbrug af dominerende stilling 104, 184, 186, 187
Misligholdelse 265
Misrekommandering 205
Mission 95
Multiple-filings 193
Mængdebegrænsning 205
- N**
NASDAQ 21
Nationalitetsprincippet 144
Need to know-policy 301
New York Stock Exchange 21
New York-konventionen 148, 270, 271, 278
No cure-no pay-aftaler 74, 223
Noget for noget-program 18
Nordisk Fjer-skandalen 23, 141, 176
Notar 241
Nørby-rapport I 24, 182
Nørby-rapport II 25, 31
- O**
Objektivt ansvar 221
Offensiv tvist 272, 275
Offentliggørelsesregler 181
Ond tro 263
Open door-policy 118
Operationelle mål 96
Opfyldelsesværneting 145, 243
Ophævelse af aftaler 264
Oplysningsforpligtelser 179, 181
Opsigelse 254, 266
Opsigelsesvarsel 171, 254
Ordre public 257, 271, 279
Overskudsdeling 66
- P**
Pactum de quota litis 74
Parallelimport 184

- Passivt salg 191
 Password 301
 Personalepolitik 173
 Persondatapolitik 211
 Persondataret 208
 Persondataretligt compliance-program 211
 Plea agreement 152
 Post marketing-system 216
 Prisangivelser 205
 Producent 221
 Product traceability 224, 249, 311
 Produktansvar 213, 219, 246
 Produktansvarsdirektivet 218, 221, 223, 247
 Produktansvarsforsikring 247
 Produktansvarsloven 221
 Produktansvarspolitik 224
 Produktsikkerhed 213
 Produktsikkerheds compliance-program 215
 Produktsikkerhedsdirektivet 215
 Produktsikkerhedspolitik 215
 Produkttilbagekaldelse 214, 216, 224, 248, 310
 Prokura 240
 Prom-sagen 195
 Præampel 241
 Præsumptionsansvar 220
 Punitive damages 123, 142, 217, 218, 274
 Påregnelighed 133
 Påvirkelighedspyramide 40, 113
- Q**
- Quattrone-sagen 312
- R**
- Rabat- og bonussystem 104
 Rabatmærker 205
 Racedirektivet 168
 Race-diskrimination 166
 Rapporteringsmål 96
 Regulatory risiko 154
 Regulatory risk management 52, 112, 151
 Regulatory risk management-program 92, 120, 154
 Reklamation 265
 Repressalier 21, 157, 162, 169, 299
 Restricted jurisdiction 146
 Retsafgift 223, 279
 Retshjælp 223
 Retsmægling 283
 Retsøkonomi 251
 Revisionskomité 20, 23, 25
 Risici 30
 Risikoaccept 113
 Risikoeliminering 111
 Risikokultur 89, 90, 96, 121, 155
 Risikoreduktion 111
 Risikospredning 113
 Risikostrategi 35, 36, 45, 82, 89, 93, 94, 115, 120, 154, 231, 233
 Risikovillighed 36, 89, 90, 158, 231, 233
 Risk management 30
 Risk management-system 30
 Risk management-udvalg 110
 Risk matrix 39
 Robinson-liste 204
 Rom-konventionen 134, 255, 257
 Rørkartellet 186
- S**
- Safe harbor 212
 Sagsomkostninger 223
 Salæroversalg 78
 Salærspesifikation 80
 Sammenlignende reklame 205
 Sarbanes-Oxley Act 19, 22, 25, 140, 162, 295
 SAS/Mærsk Air-sagen 163
 Second opinion 84
 Securities and Exchange Commission 19
 Selskabsret 174
 Selskabsstatuttet 134
 Selvforsikring 112
 Selvinkrimination 287
 Sentencing Advisory Panel 196
 SE-selskab 131
 Sexchikane 166
 Shell-sagen 294
 Sikre tredjelände 212
 Skanning 308
 Slutbrugererklæring 226
 Smith-rapporten 27

Stikordsregister

- Smoking gun statements 297
Spam 202
Specifik juridisk rådgivning 50
Spørgsmålsskema 224
Stakeholder value 16
Standard contractual clauses 213
Standardaftaler 234
Standardspørgeskema 126, 135, 311
Standpunktsrisiko 265
Statsstøtte 192
Stillingsfuldmagt 241
Strafansvar 139
Strategiske mål 95
Structural risk management 52, 113, 122
Structural risk management-program 92, 120, 126
Støtteerklæringer 137
Svie og smerte 218
Svig 263
Sælger due diligence 107, 233, 306
- T**
Take-over direktiv 25, 103
Tegningsberettiget person 240
Tekstsøgning 308
Telefonsalg 204
Territorialprincippet 143
Thorotrast-sagerne 222
Tilgift 205
Time-/sagsregnskabssystem 81
Tobakssagerne 74, 214
Trade secrets 244
Transfer pricing 125
Treadway Commission 33
True partnership 66
Turnbull-rapporten 29, 30, 116
TV2-sagen 192
Tvang 263
Tying 184
- U**
Udbudsret 192
Udnyttelse 263
Udviklingsskader 222
- Ufravigelige regler 219, 222, 247, 249, 258, 263, 266
Ugyldighed 263
Uklarhedsreglen 239
Umyndighed 263
Uniform task-based management system (UTBMS) 78
Union Carbide-katastrofen 122
United States Sentencing Commission 89, 141, 156
Uopsigelighed 267
Uretmæssig afskedigelse 166
Urimelighedsregler 219, 229, 250, 261, 262, 267
Utilbørlig markedsføring 205
- V**
Value drivers 100
Vertikale aftaler 189
Videnbank 106
Videndeling 108
Videndelingens kultur 45, 89, 108
Videnopbygning 155
Videresalgsforbud 246
Vildledende markedsføring 205
Virkningsprincippet 143
Virksomhedens stakeholders 16
Virksomhedsoverdragelse 50, 64, 75, 77, 79, 80, 101, 107, 114, 199, 213, 232, 305, 310
Vision 95
Vitaminkartelsagen 151, 163, 183, 185
Voldgiftsklausul 259
Voldgiftsret 259, 277, 281
Værdisikringsmål 97
Værnetingsaftale 234, 249, 258, 276
- W**
Whistle blower 20, 152
- Å**
År 2000-problem 103
Årsagssammenhæng 133
Årsregnskab 179