

DONG Energy A/S
Att.: Bestyrelsesformand Fritz Schur

VERSION TIL OFFENTLIGGØRELSE

Advokatundersøgelse vedrørende Anders Eldrups fratrædelsesvilkår

DONG Energy A/S ved bestyrelsesformand Fritz Schur har anmodet mig om at vurdere, om Anders Eldrup har et retligt krav på fratrædelsesgodtgørelse i forbindelse med den fratræden, der blev aftalt med ham den 12. marts 2012, eller om Anders Eldrup har fortabt kravet grundet misligholdelse. Jeg er endvidere anmodet om at vurdere, om der kan rejses erstatningskrav mod Anders Eldrup, jf. herved kommissoriet for Norrbom Vindings undersøgelse.

Det er aftalt, at min vurdering skal foretages på baggrund af det bilagsmateriale, Norrbom Vinding har indsamlet hos DONG Energy A/S i forbindelse med, at advokatfirmaet afgiver en vurdering af ovennævnte spørgsmål. Videre baserer min vurdering sig på Anders Eldrups høringssvar.

Formålet med min udtalelse er at udgøre en second opinion i forhold til Norrbom Vindings redegørelse. Det er derfor aftalt, at min vurdering afgives skriftligt og i en form, der udgør et kortere tillæg til Norrbom Vindings redegørelse. På den baggrund har jeg ikke udfærdiget en selvstændig sagsfremstilling, men henviser i det væsentlige til fremstillingen af faktum og retsstillingen hos Norrbom Vinding.

Konklusion

Som det nærmere begrundes nedenfor, er det min opfattelse, at bestyrelsen havde en saglig begrundelse for at bringe Anders Eldrups ansættelsesforhold til afslutning, og jeg vurderer Anders Eldrups adfærd, navnlig i forbindelse med fastsættelsen af løn, bonus og andre ansættelses- samt fratrædelsesvilkår for visse medarbejdere i Corporate Affairs og den manglende oplysning herom til vederlagskomiteen, som værende misligholdelse af Eldrups pligter efter hans direktørkontrakt. Derimod mener jeg ikke, at disse forhold eller de elementer,

der i øvrigt er anført i Norrbom Vindings redegørelse, hverken enkeltvis eller tilsammen kan karakteriseres som væsentlig misligholdelse.

Konsekvensen heraf er, at bestyrelsen er berettiget til at indtage det standpunkt, at Anders Eldrup ikke har ret til fratrædelsesgodtgørelse efter direktørkontraktens punkt 3.2.1 eller punkt 3.2.2 (12 måneders + 9½ måneders vederlag). Derimod kan bestyrelsen ikke bortvise Anders Eldrup efter kontraktens punkt 3.4, og Anders Eldrup har derfor ret til et opsigelsesvarsel på 12 måneder. Bestyrelsen kan naturligvis fritstille ham, således som det er sket, men Anders Eldrup har så ret til almindelig løn i opsigelsesperioden på 12 måneder.

Jeg mener ikke, at der er grundlag for at rejse et erstatningskrav mod Anders Eldrup.

Min vurdering bygger særlig på følgende overvejelser:

1. De centrale bestemmelser i direktørkontrakten

Anders Eldrups kontrakt med DONG Energy A/S er dateret den 26. november 2006, men der er udfærdiget et tillæg af 9. oktober og 15. oktober 2008, der ændrer de centrale bestemmelser om fratrædelsesgodtgørelse.

Anders Eldrup blev ansat som administrerende direktør, og hans ansvarsområde er fastlagt i kontraktens punkt 1.2, der suppleres af en direktionsinstruks, der er vedtaget af bestyrelsen den 8. februar 2008. I det følgende gengiver jeg for sammenhængens skyld de bestemmelser, som ligger til grund for mine konklusioner og vurderinger.

Fra direktørkontrakten er der særlig grund til at citere følgende centrale bestemmelser:

"3. *Ophør.*

3.1 *Ordinær opsigelse.*

3.1.1 *I tilfælde af ansættelsesforholdets opsigelse er varslet fra Selskabets side 12 måneder og fra Direktørens side 6 måneder. Opsigelse skal meddeles skriftligt til udgangen af en måned. ...*

3.2 *Fratrædelsesgodtgørelse*

3.2.1 *Såfremt ansættelsen ophører ved Selskabets opsigelse, uden at dette skyldes Direktørens misligholdelse, har Direktøren ret til en fratrædelsesgodtgørelse svarende til 12 måneders vederlag i henhold til kontraktens 2.1.1. Beløbet udbetales ved udløbet af opsigelsesperioden.*

3.3 *Efterløn*

...

3.4 Misligholdelse

Skulle Selskabet eller Direktøren gøre sig skyldig i væsentlig misligholdelse af sine pligter efter denne kontrakt, kan den anden part ophæve kontrakten uden varsel eller opsigelse den til et vilkårligt fastsat tidspunkt. Direktøren har, hvis ophævelsen eller opsigelsen skyldes hans misligholdelse, kun krav på vederlag indtil fratrædelsestidspunktet. Den part, der har misligholdt sine forpligtelser, er pligtig at erstatte tab, som den anden part måtte lide ved misligholdelsen."

Ved det nævnte tillæg af oktober 2008 blev der fastsat følgende bestemmelser, som beskrives som en erstatning for direktørkontraktens afsnit 2.1.5, der angik en særlig bonusordning for direktøren til udbetaling efter en velgennemført børsnotering, og afsnit 3.2. Direktørkontraktens afsnit 3.2.1 blev med, hvad der betegnes som "en mindre præcisering", overført til tillægget, og bestemmelserne fik følgende ordlyd:

"3.2.1 Såfremt ansættelsen ophører ved Selskabets opsigelse, uden at dette skyldes Direktørens misligholdelse, har Direktøren ret til en fratrædelsesgodtgørelse svarende til 12 måneders vederlag i henhold til kontraktens 2.2.1, der inkluderer Selskabets pensionsbidrag, jf. 2.4. Beløbet udbetales ved udløbet af opsigelsesperioden.

3.2.2 Såfremt ansættelsen ophører ved Selskabets opsigelse, ved Direktørens opsigelse eller af andre grunde, der ikke skyldes Direktørens misligholdelse, herunder ved Direktørens død, har Direktøren i tillæg til punkt 3.2.1 ret til en fratrædelsesgodtgørelse svarende til 9½ måneders vederlag i henhold til kontraktens 2.2.1, der inkluderer Selskabets pensionsbidrag, jf. 2.4. Beløbet udbetales ved udløbet af opsigelsesperioden."

De citerede bestemmelser i direktørkontrakten må forstås således, at Anders Eldrup ved hans egen opsigelse af kontrakten ville få løn i opsigelsesperioden, 6 måneder, og en fratrædelsesgodtgørelse på 9½ måneders løn efter punkt 3.2.2, medmindre opsigelsen skyldtes hans misligholdelse.

Hvis opsigelsen finder sted fra selskabets side, gælder som udgangspunkt en opsigelsesperiode på 12 måneder, og ved udløbet af opsigelsesperioden ville Anders Eldrup have ret til både en fratrædelsesgodtgørelse på 12 måneders løn, jf. punkt 3.2.1, og en særlig godtgørelse på 9½ måneders løn, jf. punkt 3.2.2, altså i alt 21½ måneders løn, beregnet på samme grundlag.

Vederlaget på de 21½ måneders løn fortabes, hvis direktørens fratræden skyldes hans misligholdelse.

Det fremgår af direktørkontraktens punkt 3.4, at selskabet kan bringe samarbejdet til afslutning ved ophævelse af kontrakten, dvs. bortvisning af direktøren, hvis han gør sig skyldig i

væsentlig misligholdelse. I denne situation forkortes opsigelsesperioden til 0, og direktøren får således intet vederlag fra det tidspunkt, hvor kontrakten er ophævet.

Når disse bestemmelser læses i sammenhæng fremgår det således, at enhver misligholdelse medfører fortabelse af det vederlag, der er fastsat i punkt 3.2.1 og 3.2.2, men hvis direktøren vel har misligholdt kontrakten, men der dog ikke er tale om en væsentlig misligholdelse, har han ret til løn i opsigelsesperioden på 12 måneder, selv om han måtte blive fritstillet forinden.

At direktørkontrakten skal forstås således, at fratrædelsesgodtgørelsen bortfalder ved almindelig misligholdelse fra direktørens side, mens løn i opsigelsesvarslet på 12 måneder først bortfalder, hvis der foreligger væsentlig misligholdelse, bekræftes af Jørgen Boe og Claus Juel Hansen, Direktørkontrakten, 6. udgave, 2009, side 276-281 og 287-297, og Højesterets dom i UfR 2006, side 183 H, navnlig dissensen, samt UfR 2007, side 1263 H.

Således som direktørkontrakten er udformet, er der ikke pligt for bestyrelsen til at afveje en misligholdelsessituation med den værdi, direktøren i øvrigt har skabt for virksomheden i sin ansættelsesperiode. Der gælder således ikke en slags proportionalitetsgrundsætning, [resterende del af afsnit udeladt af hensyn til DONG Energy's forretningsmæssige interesser. Indholdet har ingen betydning for konklusionen ovenfor].

Jeg tilføjer, at selv om der måtte foreligge en så væsentlig misligholdelse, at direktøren kan bortvises, er dette ikke ensbetydende med, at direktøren er erstatningsansvarlig for det tab, selskabet lider ved hans beslutninger. Selv om man måtte mene, at Anders Eldrup ikke på egen hånd kunne bevilge visse medarbejdere i Corporate Affairs en løn og en fratrædelsesgodtgørelse som sket, jf. nærmere nedenfor, punkt 2, kan DONG Energy således ikke stille krav om, at Anders Eldrup skal refundere DONG Energy udgiften til (dele af) disse medarbejders løn og i givet fald godtgørelse. Erstatningsansvar kommer kun på tale, hvis den væsentlige misligholdelse er meget dadelværdig, f.eks. fordi den er udtryk for, at direktøren har forfulgt andre interesser end, hvad han har opfattet som selskabets interesser. Jeg henviser herved til den noget ældre dom afsagt af Østre Landsret i UfR 1956, side 1122 Ø, samt Thorbjørn Sofsrud, Bestyrelsens beslutning og ansvar, 1999, side 115 og side 244.

2. Anders Eldrups beføjelser og pligter

Anders Eldrup har som administrerende direktør haft til opgave at varetage den daglige ledelse af selskabet sammen med koncernøkonomidirektør Carsten Krogsgaard Thomsen.

Der ses ikke at foreligge en nærmere beskrivelse af ansvars- og opgavefordelingen mellem Anders Eldrup og Carsten Krogsgaard Thomsen. Det følger af direktionsinstruksen, punkt 4.1, at Anders Eldrup som administrerende direktør varetager den løbende kontakt mellem direktionen og bestyrelsens formand. Efter direktørkontraktens punkt 1.2.1 påhviler der den

administrerende direktør et særligt ansvar for samarbejdet inden for direktionen og i forhold til bestyrelsen.

Det henhører som udgangspunkt under den daglige ledelses kompetence at fastsætte løn- og ansættelsesvilkår for selskabets medarbejdere. Det er i direktionensinstruksen, punkt 1.8 in fine, fremhævet som en af direktionens særlige forpligtelser; "*at ansætte og afskedige selskabets personale inden for rammerne af godkendte driftsbudgetter og at fordele arbejdet mellem medarbejderne. Bestyrelsen skal orienteres om ansættelse og afskedigelse af medlemmer af koncernledelsen*".

Bestyrelsen har nedsat en vederlagskomite. Det fremgår af vederlagskomiteens kommissorium, at den bl.a. har til opgave at vurdere og udarbejde indstillinger til bestyrelsen vedrørende løn, bonus og øvrige ansættelsesvilkår for koncernledelsen, samt principper for løn og bonus- og øvrige ansættelsesvilkår for medarbejdere i chefstillinger, som refererer til medlemmer af koncernledelsen.

Ved udøvelsen af den daglige ledelse skal direktionen følge de anvisninger, der er givet af bestyrelsen i form af konkrete beslutninger eller fastsatte retningslinjer. Dette gælder også retningslinjer, der af direktionen måtte være forelagt bestyrelsen eller vederlagskomiteen til godkendelse.

Det fremgår af Norrbom Vindings redegørelse, punkt 3.2 i kapitel 6, at "Retningslinjer for kompensationsforhold i DONG Energy" (i det følgende benævnt "Retningslinjerne") har været forelagt for og godkendt af vederlagskomiteen.

Det fremgår af Retningslinjerne, punkt 1, at koncerndirektørerne "*inden for rammerne af retningslinjerne [har] ansvaret for løndannelsen i egne forretningsområder med P&D PRM som sparringspartner*". For medarbejdere omfattet af "Leadership Forum", der bl.a. omfatter Vice Presidents og Senior Vice Presidents, er anført følgende i punkt 2.2:

"Lønfastsættelse for direktører og chefer bygger på en stillings- og tyngdestruktur, som baserer sig på Mercers IPE-system. [...] For Leadership Forum gælder, at der er en fast aftalt benefitpakke, performance reward-aftale, samt udvidede opsigelsesvilkår. Se bilag 1 for oversigt."

Bilag 1 til Retningslinjerne indeholder en overordnet kompensations- og vilkårsmodel, hvorefter lønnen består af grundløn, ferietillæg, pension, bonusramme (20-25 %), forskellige forsikringsydelser og endelig "fleksible benefits", der opdeles i bilordning og arbejdsrelaterede benefits (fri telefon, ADSL, avishold). Bilaget indeholder endvidere retningslinjer for fratrædelsesgodtgørelse, hvorefter der kun skulle ydes godtgørelse til Vice Presidents (3 måneder) og Senior Vice Presidents (6 måneder).

Om engangsvederlag anføres i Retningslinjerne, punkt 3.2, at der kan ydes et engangsvederlag som belønning for ekstraordinær resultatskabelse, men normalt kun ét vederlag pr. medarbejder pr. år. Størrelsen er normalt maksimalt én månedsløn.

Det fremgår af Retningslinjerne, punkt 1, at *"Retningslinjerne er dynamisk, hvorfor de løbende tilrettes og opdateres af People & Development, Performance & Reward Management (P&D PRM)"*.

Selv om Anders Eldrup som udgangspunkt har kompetence til at fastsætte løn- og øvrige ansættelsesvilkår for medarbejderne, skal dette dog ske inden for rammerne af Retningslinjerne, når disse har været forelagt vederlagskomiteen til godkendelse.

Det fremgår af direktionensinstruksen, punkt 1.5, at *"[d]irektionen har pligt til at meddele bestyrelsen, hvis der foreligger forhold, der synes at kunne medføre, at de således vedtagne overordnede mål, strategier og politikker ikke kan gennemføres eller bliver forsinkede"*. Denne forpligtelse påhviler særligt Anders Eldrup som administrerende direktør.

Tilsvarende har Anders Eldrup pligt til at indhente vederlagskomiteens godkendelse ved en fravigelse af Retningslinjerne, i hvert fald hvis der er tale om andet end mindre enkeltstående fravigelser, der er begrundet i særlige forhold.

Vederlagskomiteen har ifølge Norrbom Vindings redegørelse, kapitel 6, punkt 6.4.2, i august 2009 modtaget notatet *"Orientering om kompensationsforhold for direktører i DONG Energy"* (registranten, side 2236) (i det følgende "2009-notatet"). Det fremgår af notatet, at det *"har til formål at orientere bestyrelsens Vederlagskomité om selskabets valgte kompensationsmodel og -niveau for direktørerne i DONG Energy"*.

Det anføres i notatet, at *"Kompensationsmodellen er en fast forankret model, der kun kan afviges i særtilfælde, og kun efter forudgående godkendelse af selskabets administrerende direktør. Modellen er også gældende for selskabets øvrige chefer, og omfatter dermed alle, der er en del af DONG Energy Leadership Forum"*. I tilslutning hertil er anført en skematisk oversigt over "Overordnet kompensations- og vilkårsmodel" svarende til oversigten i bilag 1 til Retningslinjerne.

I modsætning til Retningslinjerne indeholder 2009-notatet følgende afsnit om fravigelse af modellen:

"Særordninger og individuelle kompensationsforhold"

I enkelttilfælde er der indført særskilte kompensationslementer for nøglepersoner. Det kan f.eks. være i form af fastholdelsesordninger, særlige performance afhængige ydelser, compensation for flere jobfunktioner mv."

Den alternative version (registranten, side 1026 og 1853) indeholdt en nærmere angivelse af disse enkelttilfælde. Det fremgår af Norrbom Vindings redegørelse, kapitel 6, punkt 6.2.12-6.3.4, at Anders Eldrup skulle have foretaget eller foranlediget en ændring af udkast til notatet, hvorved denne nærmere angivelse blev erstattet ovenstående.

Vederlagskomiteen er ved modtagelse af 2009-notatet blevet gjort opmærksom på, at selv om der var tale om en *"fast forankret model"*, kunne modellen *"afviges i særtilfælde"* med godkendelse af den administrerende direktør. Det er også oplyst, at der *"er indført særskilte kompensationslementer for nøglepersoner"*.

Det er herved tilkendegivet over for vederlagskomiteen, at der ikke var tale om en ufravigelig model, og at der allerede var særordninger. Vederlagskomiteen har herved haft en vis anledning til at stille spørgsmål til det nærmere indhold af disse særordninger.

Desuagtet burde Anders Eldrup have sikret, at notatet indeholdt en nærmere beskrivelse af disse særordninger. Det må herved tages i betragtning, at der var tale om særordninger, der markant afveg fra den oplyste model, både i henseende til den økonomiske størrelse og karakteren af disse vederlag og øvrige vilkår. Endvidere var der tale om særlige vilkår, som anvendtes i forhold til chefgruppen (Senior Vice Presidents og Vice Presidents) i en bestemt afdeling (Corporate Affairs). Set i sammenhæng med de konkrete oplysninger i notatet om kompensationsforholdene for bl.a. Senior Vice Presidents og Vice Presidents medfører udeladelsen af konkrete oplysninger om disse særordninger, at notatet samlet set ikke er retvisende. Anders Eldrup måtte indse, at vederlagskomiteen ved modtagelse af notatet ikke kunne forvente, at der bestod særordninger for chefgruppen i en bestemt afdeling, der tilnærmelsesvis havde denne karakter.

Heller ikke notatet til bestyrelsen om kompensationsforholdene i januar 2010 (registranten, side 2241) (i det følgende "2010-notatet") indeholdt en beskrivelse af disse særordninger.

I et notat af 3. juni 2010 (registranten, side 1045) opfordrede direktør Carsten Krogsgaard Thomsen og ledende medarbejdere i HR Anders Eldrup til at overveje at forelægge de særlige kompensationsforhold for de fire chefer i Corporate Affairs for vederlagskomiteen. Dette skete med henvisning til, at der var tale om vilkår, der afveg markant fra selskabets generelle løn- og kompensationsforhold for direktører. Desuagtet undlod Anders Eldrup fortsat at informere vederlagskomiteen om disse særordninger for "de fire" i Corporate Affairs.

Det forhold, at NN [navn udeladt] ved Anders Eldrups fratræden, uanset årsag, havde ret til at fratræde sin stilling og opnå fratrædelsesgodtgørelse og øvrige fratrædelsesvilkår, som hvis selskabet have opsagt ham uden for tilfælde af misligholdelse, var i sig selv et vilkår, som skulle være forelagt bestyrelsen til godkendelse.

Det er bestyrelsen, der har kompetencen til at ansætte og afskedige direktionen og at fastsætte disses ansættelsesvilkår, herunder fratrædelsesordning. Anders Eldrup har ved at koble NN's [navn udeladt] fratrædelsesordning sammen med sin egen fratrædelse derved ændret ved de forudsætninger, som bestyrelsen har lagt til grund om de økonomiske konsekvenser ved Anders Eldrups egen fratrædelsesordning.

3. Min bedømmelse

Det kan som nærmere beskrevet i punkt 2 lægges til grund, at Anders Eldrup ikke har givet retvisende oplysning til vederlagskomiteen om kompensationsforholdene for Senior Vice Presidents og Vice President, idet han ikke oplyste om vilkårene for de 4 chefer i corporate affairs. Dette er særligt kritisabelt for så vidt angår det aflønningselement, afkøb af bevilget orlov med løn, der ikke var nævnt i Retningslinjerne. Her var en orientering af vederlagskomiteen særlig nødvendig, fordi denne jo måtte overveje, om aflønningselementet skulle gøres generelt, og om det var realistisk at stille en betroet og meget ophængt medarbejder en betalt orlov af længere varighed i udsigt. Det er næppe tænkeligt, at vederlagskomiteen eller bestyrelsen ville godkende en orlovsmode, der måtte fremstå som en omgåelse af de mere objektiverede regler eller som proforma.

Hertil kommer, at det efter min vurdering er kritisabelt, at Anders Eldrup ikke har orienteret om, at han ikke var den medarbejder, der fik den højeste årsløn i DONG Energy A/S. Bestyrelsen har haft en berettiget forventning om, at det var tilfældet. Det er endvidere meget kritisabelt, at Anders Eldrup som beskrevet i slutningen af punkt 3 har koblet NN's [navn udeladt] fratrædelsesordning sammen med sin egen fratrædelse.

Anders Eldrup har i sit høringssvar af 23. marts 2012 anført, at "(h)avde Vederlagsudvalget ønsket en beskrivelse af incitamentsordningerne, ville den naturligvis være fremsendt." Endvidere anføres, at han havde "en ramme, hvorefter investering op til 100 mio. kr. ikke krævede forelæggelse for bestyrelsen. Det var Anders Eldrups opfattelse at den - i denne sammenhæng - langt mindre investering i disse medarbejdere lå inden for de rammer, han kunne udfylde uden at forelægge det for bestyrelsen."

Hertil bemærkes, at investeringsrammen ikke har betydning for spørgsmålet om pligt til at forelægge spørgsmål for vederlagskomiteen, når der som her var tale om at anvende kompensationsmodeller, der både med hensyn til størrelse og vederlagsform udgjorde en klar fravigelse af Retningslinjerne. Endvidere havde Anders Eldrup initiativpligten og burde selv have forelagt særordningen vedrørende de fire for vederlagskomiteen, når der i øvrigt blev givet orientering om kompensationsordningen for denne chefgruppe. Det er således ikke tilstrækkeligt efterfølgende at gøre gældende, at et muligt ønske fra vederlagskomiteen ville være efterkommet, hvis det var fremsat.

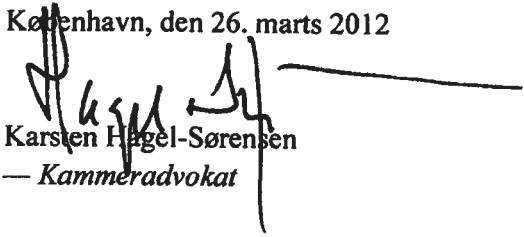
Til størrelsen af godtgørelserne må det endeligt tages i betragtning, at der i januar 2005 skete forelæggelse for bestyrelsen af en fastholdelsesordning for et større antal medarbejdere i forbindelse med fusionen, hvor den samlede omkostning var i størrelsesordenen kr. 10 mio. Også dette fortilfælde tilsiger, at bestyrelsen burde orienteres om vederlagsordningerne for de 4 særligt begunstigede medarbejdere.

Min konklusion er derfor, at Anders Eldrup ved ikke at orientere bestyrelsen eller vederlagskomiteen om de her anførte lønftaler har misligholdt sine forpligtelser.

Det må dog også tages i betragtning, at der ikke foreligger omstændigheder, der tyder på, at Anders Eldrup har forfulgt andre hensyn end, hvad han har opfattet som DONG Energy's interesser. Det beskrevne kan derfor ikke karakteriseres som udtryk for væsentlig misligholdelse.

[Afsnit udeladt af hensyn til DONG Energy's forretningsmæssige interesser. Indholdet har ingen betydning for konklusionen ovenfor]

København, den 26. marts 2012


Karsten Høgel-Sørensen
— Kammeradvokat