

Juridisk Institut

Julebog 1996



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
1996

Juridisk Institut – Julebog 1996

1. udgave, 1. oplag

© 1996 Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.

Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse eller
mangfoldiggørelse af denne bog eller dele heraf er
uden forlagets skriftlige samtykke ikke tilladt
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.

Tryk: Gentofte Tryk

Indbinding: Damm's Bogbinderi, Randers

Printed in Denmark 1996

ISBN 87-574-0561-1

Forord

Denne bog er en jule- og nytårshilsen fra Juridisk Institut ved Handelshøjskolen i København. Den indeholder artikler skrevet af instituttets videnskabelige medarbejdere med udgangspunkt i deres forskellige fagområder. Tilsammen tegner de et billede af mangesidigheden i Juridisk Instituts forskningsprofil ved årsskiftet 1996/97.

København, november 1996

Ruth Nielsen
instituttleder

Indholdsfortegnelse

En europæisk lovbog på formuerettens område, af professor, dr.jur. Ole Lando	9
Om at forlade bestyrelseslokalet, af professor, lic.jur. Lennart Lynge Andersen	23
Miljøskatter - et nyt beskatningsinstrument, af lektor Kjeld Hemmingsen	39
Case C-13/94 <i>P. v S. and Cornwall County Council</i> : Expanding the Concept of "Sex" Discrimination?, af kandidatstipendiat, J.D., LL.M. Lynn M. Roseberry	45
Økonomibegrebet i EU-retten - særligt i forhold til arbejdstagernes stilling ved tildeling af offentlige kontrakter, af professor, dr.jur. Ruth Nielsen	57
Forbruger køb og det indre marked Bemærkninger i anledning af direktivforslag, af lektor Peter Møgelvang-Hansen	79
Tjenesteudbyderes ansvar for informationsindholdet på åbne digitale netværk, af forskningsassistent, cand.jur. Helen Holdt	95
Grænseoverskridende TV og den kulturelle dimension i EU, af docent Elisabeth Thuesen	119
Koncernretlige aspekter af den ny Anpartsselskabslov, af adjunkt, lic.jur., Søren Friis Hansen	133
Retten til at eje og benytte fast ejendom i Danmark, af professor, dr.jur. Bernhard Gomard	147
FN-Konventionen om ubetingede garantier, af lektor, lic.jur. Hans Viggo Godsk Pedersen	157

Immaterialretlig beskyttelse af databaser, af adjunkt Thomas Riis, cand.merc.(jur.), LL.M, Ph.d.	169
On property rights, competition law and entry promotion, af kandidatstipendiat Peter Crowther, LL.M., M.St.	199
Gruppefritagelser og aftaletilpasninger, af professor, dr.jur. Jens Fejø	221

En europæisk lovbog på formuerettens område

af
Ole Lando¹⁾

1. Emnet. Thibaulterne og Savignyerne

1.1. Emnet

Tre spørgsmål vil her blive omtalt

- Behøver man en europæisk formueret, dvs. en formueret, der er fælles for Unionens lande?
- I så fald, hvilke dele af formueretten bør først harmoniseres eller uniformeres?
- Hvordan gøres det?

1.2. Savignyerne og Thibaulterne

Dette sidste spørgsmål rejser to andre:

- Skal det gøres *fra oven*, således at Medlemslandenes parlamenter eller Europaparlamentet vedtager og promulgerer en Civillovbog? De som går ind for denne idé, kalder jeg i det følgende *Thibaulterne* efter den tyske jurist Thibault, som i første halvdel af forrige århundrede ville indføre en Borgerlig Lovbog i Tyskland. Eller skal en europæisk formueret gro op *fra neden*, således at folkeånden driver den frem vejledet af retsvidenskaben? Tilhængerne af denne tanke vil jeg kalde *Savignyerne*, efter den tyske retslærde von Savigny, som ønskede en naturgroet ret baseret på romerretten, og som søgte at bekæmpe Thibaults bestræbelser for at kodificere tysk ret.

- Et andet spørgsmål er, hvordan dette forberedes. Selv om man vil lovgive, må jorden gødes først. Man kunne begynde med at skrive om den europæiske formueret. I bøger og artikler kunne de lærde og andre interesserede analysere de problemer, der opstår, og foreslå, hvordan de skulle løses. *Savignyerne* vil

¹⁾ Dele af denne artikel har samme indhold som en artikel om *En europæisk formueret*, som ventes offentliggjort i tidsskriftet *EU-ret og Menneskeret*.

da overlade det til domstolene og voldgiftsretterne at anvende de foreslåede regler, uden at lovgiveren behøver at gribe ind.

Thibaulterne ønsker som nævnt en lovbog; de vil straks gå i gang med at forberede den ved at udarbejde lovregler. De værdsætter den vejledning, de kan finde i den europæiske litteratur, men de vil ikke vente, til den naturgroede ret er vokset frem. De vil se lovregler.

De tre ovennævnte spørgsmål hænger sammen. De vil ikke blive omtalt i den angivne rækkefølge. Det skyldes også, at jeg i det væsentlige vil omtale den europæiske kontraktret, og at jeg her har en historie at berette.

2. Historien

Den Europæiske Union er ikke en nation. Der findes ikke et europæisk "demos", et folk som føler sig knyttet sammen af en fælles historie og kultur. Kul- og Stålunionen blev oprettet i 1951, dels for at fordele knappe ressourcer og dels for at etablere samarbejde og fred mellem tidligere krigsfjender. Fællesmarkedet fra 1958 er, ligesom Unionen er det i dag, oprettet for at opnå en uhindret udveksling af varer, personer, tjenesteydelser og kapital. Tanken er, at jo friere og rigeligere disse kan gå over grænserne, jo rigere og lykkeligere bliver vi.

Man skulle derfra kunne slutte, at det bør være lettere for de handlende at afslutte aftaler og beregne de risici, de herved løber. Der findes allerede lovgivning i EF på kontraktrettens område, mest i form af direktiver. Den er dog fragmentisk og usystematisk, og der er ingen koordinering af kontraktrettens almindelige del.

Det var disse forhold, som fik os til at begynde på at udarbejde et udkast til en lovbog, som på engelsk hedder *the Principles of European Contract Law*, på dansk *Den europæiske Kontraktsret*.

Men hvordan kom det i gang?

En sommeraften i 1974 var jeg i Tivoli i selskab med Dr *Winfried Hauschild*. Som kontorchef i EF Kommissionen assisterede han det udvalg, der arbejdede på det, som senere skulle blive *Konventionen om hvilken lov, der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser* (i det følgende *Romkonventionen*). Udvalget havde i de dage møde i København.

Dr Hauschild og jeg talte om de kommende lovvalgsregler. Ville de skaffe den uniformering af retten, som de handlende behøver i et integreret marked? Ville de give dem den nødvendige tryghed?

Enhver, der vil handle med udlandet, ved, at nogle af de aftaler, han indgår med udenlandske partnere, vil blive underkastet fremmed ret. De fremmede retsregler er en af hans risici. De er ofte vanskeligt tilgængelige for ham og hans hjemlige advokat. Det får mange til at holde sig borte fra de fremmede markeder i Europa. Forskellene på kontraktrettens område i Europa må opfattes som en handelshindring.

Det er Unionens formål at fjerne handelshindringerne i Europa. De bestående retsforskelle bør derfor ryddes af vejen.

Hauschild og jeg var klar over, at de foreslåede lovvalgsregler i Romkonventionen kunne give den handlende en vis mulighed for at forudse, hvordan en eventuel retstvist med en udenlandsk modpart ville falde ud. Han vil kunne forudse, hvornår en aftale vil blive underkastet fremmed lov, og hvornår den kan blive bedømt efter hans egen lov. De aftaler, der bliver undergivet fremmed ret, ville dog stadig kunne volde ham problemer, eftersom det kan være vanskeligt at få oplyst indholdet af fremmed ret.. Og han vil ikke have nogen sikkerhed for, at hans egen lov bliver anvendt af en fremmed domstol, selv om Romkonventionen bestemmer, at den skal. Ved de fremmede domstole må han som regel påstå sin egen ret anvendt, og de fleste fremmede domstole vil også kræve, at han beviser, hvad dens indhold er. Dette sidste er ofte vanskeligt, tidskrævende og bekosteligt. De fleste advokater og dommere bryder sig ikke om at skulle anvende fremmed ret. De prøver på forskellige måder at undgå det. Den handlende vil da opdage, at hans egen ret ikke vil blive anvendt af den fremmede domstol, selv om den efter Romkonventionen skulle anvendes.

Vi var derfor enige om, at de kommende lovvalgsregler kun ville blive et fattigt middel til at opnå den ønskede sikkerhed i den europæiske samhandel. De ville ikke skabe den retsenhed, som et integreret marked behøver. Dr Hauschild sagde da:

”Vi må have en Europæisk Obligationsret. Nogen burde tage initiativet til at få lavet en sådan lovbog “

På det tidspunkt tænkte vi os ikke, at en europæisering af obligationstretten kunne ske på anden måde end ved lovgivning. Vi var *Thibaulter*.

Hauschilds idé greb mig. Jeg følte mig fristet til at være den “nogen”, som prøvede at samle en arbejdsgruppe, der kunne tage de første skridt til en Europæisk Kontraktret.

Idéen blev dog ikke modtaget med begejstring i de store landes regeringskontorer, som jeg først henvendte mig til. Dem, jeg talte med, sagde, hvad der er sandt, at det ville kræve store anstrengelser og forårsage stor opstandelse og forstyrrelse i landenes retsvæsen, hvis man prøvede på at uniformere kontraktretten i de dengang ni medlemslande. Jeg forstod, at man anså mig for at være en fantast. Jeg vidste også, at Dr Hauschild havde udtalt sig som privatmand,

og da jeg opsøgte chefen for Hauschilds generaldirektorat i EF Kommissionen for at få økonomisk støtte til projektets udførelse sagde denne, at min idé var glimrende, men at Europa ikke var modent til et sådant forehavende.

Dette er sikkert også i dag den herskende opfattelse blandt Europas jurister.²⁾ De ønsker ikke en fælles europæisk kontraktret. Og de har deres grunde. Nogle anser deres retssystem for at være et nationalt kulturgode, et udtryk for folkeånden. Andre vil henvise til, at det vil koste sved, tårer og penge at indføre en ny kontraktret i Europa. Og de fleste vil nødtigt se, at alt det, de har lært, forsvinder, og at de skal til at lære nye regler.

Men der er andet end en lovebog, man kan bruge reglerne i en *Europæisk Kontraktret* til. De kan tjene lignende formål som de amerikanske *Restatements of the Law*, især *Restatement of the Law of Contract*,³⁾ der indeholder regler, som tjener til en uniformering af de amerikanske enkeltstaters kontraktret, og som, selv om disse regler ikke er bindende for domstolene, alligevel har vist sig at være meget indflydelsesrige.

I 1980 var EF's lovgivere i gang med at udarbejde direktiver til uniformering af reglerne for visse enkelte kontrakter. Deres direktivudkast var ikke, og de udsendte direktiver er stadig ikke, ordentligt koordinerede. En af grundene til dette er, at der savnes en retlig infrastruktur bag disse direktiver. *Den europæiske Kontraktret* vil kunne supplere, koordinere og udfylde direktiverne.

Når EF Domstolen får spørgsmål forelagt, der indeholder kontraktret, har den undertiden brug for fælles europæiske regler.

Ved affattelsen af internationale kontrakter har man ofte brug for et neutralt sæt regler til at udfylde aftalerne med. Dette gælder både de parter, der opretter en kontrakt, og de internationale organisationer, der som Det internationale Handelskammer (ICC) udarbejder internationale modelkontrakter⁴⁾. Voldgiftsretter, der behandler tvister mellem parter fra forskellige lande, kan anvende neutrale regler, og de kan også lægge dem til grund for sagens afgørelse, når

²⁾ Dette er antagelig stadig den herskende opfattelse blandt Europas regeringer, se f. eks. *Reimer von Borries* "Die Regierungskonferenz und das Privatrecht", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2/1996, 193. Artiklens forfatter er "Ministerialrat" i det tyske Forbunds-Økonomiministerium. Selv om han skriver, at artiklen alene udtrykker hans personlige opfattelse, skinner det dog igennem, at han taler med "his Master's Voice", når han siger, at en uniformering af privatreten hverken vil eller bør blive forhandlet på Regeringskonferencen i Firenze i 1996.

³⁾ Se om *Restatement of the Law, Second, Contracts*. Vol 1-3, St Paul 1981 *Lando*, Kort Indføring i komparativ ret, 1986 no. 1.412.

⁴⁾ Se for eks. om art 23 i ICC's model for agenturkontrakter, "The ICC Agency Model Contract, a Commentary", *Deventer* 1993 s 95ff.

parterne har vedtaget, at deres tvist skal afgøres efter "almindeligt anerkendte retsgrundsætninger", *lex mercatoria* eller lignende⁵⁾.

Jeg gik da til dr. *Claus Ehlermann*, som dengang var generaldirektør for Kommissionens juridiske tjeneste. Jeg fortalte ham om de mange formål, en Europæisk Kontraktret kunne tjene; jeg lagde dog ikke skjul på min vision om en europæisk lovbog. Det lykkedes mig denne gang at opnå økonomisk støtte fra Den juridiske tjeneste. Og i 1982 havde jeg samlet en gruppe jurister fra EF's medlemslande. Vi valgte engelsk som vort vigtigste arbejdssprog. På forslag af vort engelske medlem, professor *Roy Goode*, kaldte vi gruppen for *the Commission on European Contract Law* og reglerne *the Principles of European Contract Law*.⁶⁾ Vi beyndte med at udarbejde regler om aftalers opfyldelse, og om misligholdelse og misligholdelsesbeføjelser.

Dette første Udvalg afsluttede sit arbejde i slutningen af 1990.

Ligesom i de amerikanske Restatements blev hver artikel forsynet med en kommentar, der forklarer reglen og dens anvendelse. I kommentaren blev der givet eksempler, som illustrerer, hvordan reglen vil virke i praksis. Envidere blev hver artikel forsynet med noter, der beretter om dens kilde og om, hvordan spørgsmålet er reguleret i hver af medlemsstaternes ret. Efter at dette ret omfattende redaktionsarbejde var blevet udført, blev første del af *Den europæiske Kontraktret* udgivet i maj 1995.⁷⁾

I 1992 begyndte Det andet Udvalg at udarbejde regler om aftalers afslutning, fuldmagt, ugyldige viljeserklæringer, samt fortolkning og udfyldning af aftaler. Det andet udvalg afsluttede sit arbejde i maj 1996, og Anden Del af *Den europæiske Kontraktret* ventes at ville udkomme i 1997.

I 1997 vil Det tredje Udvalg begynde på regler om de emner inden for obligationsretten, som er fælles for kontrakt, delikt og ugrundet berigelse, såsom fordringers overdragelse, subrogation, modregning og forældelse, samt om nogle udelukkende kontraktretlige emner, som endnu udestår.

Med få undtagelser har udvalgenes medlemmer alle været professorer, men flere af dem har tillige, som det er skik og brug i nogle lande, været praktiserende advokater. Udvalgenes medlemmer har ikke repræsenteret regeringer, organisationer eller andre økonomiske eller politiske interesser. De har

⁵⁾ Se herom *Lando*, "*Lex mercatoria i international handelsvoldgift*", "UfR 1985 B s 1.

⁶⁾ Fransk, "*Principes du droit européen des contrats*", tysk "*Die Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts*".

⁷⁾ *Lando & Beale* (eds), *Principles of European Contract Law*, Part 1, Performance, Non-performance and Remedies, Dordrecht 1995.

arbejdet med det ene formål at udarbejde de regler, som de finder mest velegnede for Europa.

I en række af de byer, hvor vi mødtes, holdt vi møder med lokale advokater og dommere for at få at vide, om de regler, vi udarbejdede, var anvendelige i praksis. Reglerne blev de fleste steder positivt modtaget. Dog var man i Paris af den opfattelse, at reglerne var alt for stærkt påvirket af den engelske *common law*. I London syntes man, at de foreslåede regler bar alt for meget præg af den franske *Code civil*.

Commission on European Contract Law har foruden fra EF Kommissionen modtaget støtte fra mange forskellige sider. Nævnes bør det her, at den i 1980'erne fik et væsentligt bidrag fra *Foreningen til unge Handelsmænds Uddannelse*.⁸⁾

3. Vejene til en europæisk formueret. Lovgivning eller "naturgroet" ret?

Siden Det første Udvalg begyndte sit arbejde i 1982, har EF vedtaget en række direktiver af kontraktretligt indhold. Vigtigst er måske forbrugerbeskyttelsesdirektiverne, især direktivet af 5 april 1993 om urimelige vilkår i forbrugeraftaler.⁹⁾ Endvidere indeholder EF's regler om konkurrencebegrænsninger en række bestemmelser, der erklærer visse aftalevilkår for ugyldige. Endeligt findes der i Direktivet af 18. december 1986 om samordning af medlemsstaternes lovgivninger om selvstændige handelsagenter en række tvingende regler, de fleste til beskyttelse af agenten.¹⁰⁾

Som de andre retsakter fra EF har disse direktiver skabt et europæisk forum af jurister, hvis horisont ikke længere er deres eget land, men Europa. Nogle af disse jurister har visioner om en europæisk privatret. *Thibauterne* ønsker den kodificeret, *Savignyerne* vil derimod, at deres doktrin skal skabe en ny

⁸⁾ Den støtte, som Det første og Det andet Udvalg fik fra EF Kommissionen, blev givet ud fra den forudsætning, at vi kunne skaffe tilskud fra anden side. Den var ikke tilstrækkelig til at holde os i live. I 1994 ophørte EF Kommissionens støtte. Heldigvis trådte andre til, heriblandt den engelske *Lord Chancellor*, men især var den hjælp, vi fik fra tyske fonde gennem professor *Winfried Tilmanns* indsats, betydelig. Professor *Reinhard Zimmermann* har i 1996 erklæret sig villig til at bruge en del af de midler, han har fået stillet til rådighed fra *Leibnitz Prisen*, som han fik tildelt i 1995, således at Det tredje Udvalg kan begynde sit arbejde.

⁹⁾ EØF 93/13. Endvidere er udsendt direktiver om dørsalg (20. december 1995, EØF 85/577), forbrugerkredit (22. december 1986, EØF 87/102) som ændret ved direktiv af 22. februar 1990 (EØF 90/88), pakkerejser (13. juni 1990, EØF 90/314) og time share aftaler (26. oktober 1994).

¹⁰⁾ EØF 86/653.

Europæisk *common law*.¹¹⁾ De ønsker ikke at lovgive. De forestiller sig, at denne *common law* vil udvikle sig gennem frugtbare diskussioner på universiteterne, i seminarer, i de tidsskrifter for europæisk privatret, som er dukket op i de senere år¹²⁾, og i værker som *Kötz & Flessner's, "Europäisches Vertragsrecht"*.¹³⁾ Når de lærde således har nået den højeste visdom, vil en europæisk privatret være opstået. Samtidig hermed vil handlens og industriens internationale organisationer vedtage fælles sædvaner og handelsbrug såsom ICC's *Incoterms* og Rembursregler.

*Savigny*erne vil kun hilse en *Restatement of the Law of Contracts* velkommen, så længe den ikke er tænkt som et forstadie til en kodifikation¹⁴⁾. De vil måske heller ikke have så meget imod, at deres doktrin bevirker, at lovgivningerne i Medlemslandene nærmer sig hinanden. Allerede nu finder man eksempler på sådanne tilnærmelser. Men helst ser de, at domstolene anvender en fælles naturgroet ret.

Spørgsmålet er imidlertid, om det er realistisk at tro, at en europæisk kontraktret kan blive til på den måde, som *Savigny*erne forestiller sig det.

For at det kan ske, må der opnås enighed blandt medlemmerne af det europæiske forum. Dette vil antagelig ikke blive nemt. Det vides jo, at de lærde ofte er uenige, selv inden for et lands grænser.

På kontinentet er der endvidere betydelige holdningsforskelle mellem juristerne i de lande, hvis ret er præget af den franske Code Civil, og de, hvis tænke måde er germansk og nordisk. De største principforskelle finder man dog mellem kontinentets *civil lawyers* og de britiske øers *common lawyers*.

En europæisering af privatretten, som i det væsentlige baseres på den europæiske retsvidenskab, støder også på praktiske vanskeligheder.

Lad os forestille os en dommer eller voldgiftsmand, der har frigjort sig fra den nationale rets lænker, og som vil anvende den ukodificerede europæiske

¹¹⁾ Se især *Kötz*, "Gemeineuropäisches Zivilrecht" i *Festschrift für Konrad Zweigert*, 1981, 481 og de der citerede artikler af *Helmut Coing* og *Gerhard Kegel*. *Kötz* har senere gentaget sine teser, således ved et møde i Det tyske Selskab for Retssammenligning i Jena i marts 1996. Han fik her støtte hos mange af de fremmødte.

¹²⁾ Se således *European Review of Private Law/ Revue européenne de droit privé/ Europäische Zeitschrift für Privatrecht* (Kluwer, 1993-), *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* (C.H. Beck, 1993-), *Uniform Law Review/ Revue de Droit Uniforme* (UNIDROIT, 1996-), *Maasstricht Journal of European and Comparative Law*, (Nomos, 1994-), som også bringer artikler om andet end privatret.

¹³⁾ Det første af de to bind, *Hein Kötz, Europäisches Vertragsrecht*, som handler om aftalers indgåelse, gyldighed, fortolkning og indhold og om trediemænds deltagelse i aftaler, er blevet udgivet i 1996 i Tübingen (J.C. B Mohr (Paul Siebeck)).

¹⁴⁾ Se *Kötz* op. cit. note 11 side 495.

ret, videnskaben anviser, for eks. de løsninger, som findes i *Kötz' bog Europäisches Vertragsrecht*.¹⁵⁾

Dette værks styrke er dets analyser af problemerne. Hvis det spørgsmål, som dommeren skal tage stilling til, er omtalt i bogen, vil han finde det bedre analyseret, og han vil finde en bedre begrundelse for den afgørelse, han træffer, end i en lovbog med kommentarer. Hvis han f. eks. overvejer, om han skal anvende den engelske lære om *consideration* eller den franske lære om *cause* (causa), vil han kunne læse, hvor overbevisende *Kötz* afviser disse to fortidslevn.¹⁶⁾ Dommeren vil finde bedre begrundelser for, hvad han gør, end hvis han slår op i *Principles of European Contract Law*, som i en enkelt artikel og uden at give nogen nærmere begrundelse når til det samme resultat. For en appelret, som skal træffe en principiel afgørelse, er en analyse som *Kötz's* meget værdifuld, undertiden uundværlig.

Men kan et værk som dette også anvendes til dagligt brug?

I et værk som *Europäisches Vertragsrecht* viser forfatteren de løsninger, som de store retssystemer byder på, og på dette grundlag foretager han sin analyse og træffer sit valg. Hans fremstilling har især værdi for de jurister, som han behøver overbevise. Dens værdi for de andre er måske ikke så stor.

Mange almindelige borgere, advokater og dommere vil vide, hvad loven siger. De har tillid til, at andre, især lovgiveren, har fundet frem til den rigtige løsning. Byretternes dommere har sjældent tid til analyse og argumenteren. De er ligesom apotekeren optaget af at uddele den medicin, de får besked om, og håber så, at den hjælper, men de kan ikke hver gang undersøge, om den hjælper.

Den nordiske jurist, der læser det kapitel på 40 sider om "tegn på alvor", hvor *Kötz* behandler *cause* og *consideration*, vil takke sin gud - og sin lovgiver - for, at disse to institutter ikke findes hos os. Han vil opleve *Kötz'* beskrivelse som et interessant stykke juridisk antropologi, ligesom man læser en beretning om særegne skikke blandt Polynesiens indfødte. For ham vil kapitlet sjældent have større praktisk værdi. Det vil være tilstrækkeligt for ham at få at vide kort og godt, at *Den europæiske Kontraktret* ikke kræver *cause* eller *consideration*.

Den væsentligste indvending mod *Savignyernes* lære er imidlertid, at den ikke kan bruges i dagens Europa. På Kontinentet er det ikke tilladt for dommerne at kaste lovens lænker fra sig. Og De britiske Øers dommere vil

¹⁵⁾ Se *Kötz*, op. cit. note 13.

¹⁶⁾ Se *Kötz*, op. cit. supra note 13, § 4 om "Seriositätsindizien".

heller ikke anse sig for berettiget til at se bort fra *the common law*. For at det kan ske, må en lovgiver fortælle dem, at de *skal*. En Europæisk Civillovbog må som enhver anden lov udarbejdes, vedtages og promulgeres. Retsvidenskaben må være med ved udarbejdelsen, men lovbogen må vedtages enten i de nationale parlamenter eller af Unionens Råd og Parlament. Sidstnævnte har i øvrigt både i 1989 og 1994 anmodet Rådet og Kommissionen om at iværksætte udarbejdelsen af en Europæisk Civillovbog.

4. Kontraktretten i Europa kan gå forskellige veje

En vej, som kontraktretten kan tage, er den, som Unionen er slået ind på. Unionen vil fortsætte med at give direktiver om enkelte kontraktsspørgsmål. Diskussionen om kontraktrettens almindelige del vil så gå videre på det europæiske *forum*, som er opstået. Handelens internationale organisationer, hvis virkefelt iøvrigt er Verden og ikke blot Europa, vil fortsat udarbejde modelkontrakter og kontraktvilkår.

På den måde udvikler der sig en europæisk *jus commune*. Dens felt vil være begrænset, og den vil være diffus og polycentrisk. Den vil dog formentlig med tiden kunne udviske nogle af de bestående retsforskelle. Det er det, *Savigny-erne* venter sig. Det vil blive en meget lang proces.

Da unionen mellem Skotland og England blev til i 1707, havde Skotland et romerretligt præget retssystem, som de havde taget fra det europæiske kontinent. England og Skotland har nu været forenet i næsten 300 år. De har stort set den samme kultur og taler samme sprog. Den retsenhed, der består i de to områder, er blevet tilvejebragt i det væsentlige ved lovgivning og i nogen, omend mindre grad ved, at de skotske domstole er blevet påvirket af den engelske *common law*. Dette har dog ikke berørt privatrettens grundlæggende principper. De to lande har stadig hver sit retssystem.

Det vil ikke være lettere for 15 eller flere europæiske folk, der taler mindst 11 forskellige sprog, og som har betydelige kultur- og retsforskelle, at få en europæisk kontraktret, end sige en europæisk privatret til at gro frem ved "naturmetoden", end det har været for briterne.

En anden vej er en *Europæisk Kontraktret*, givet som en lovbog. Det er *Thibaulterne* ønske.

Det må ventes, at den voksende samhandel og det stadigt voksende samkvem mellem Unionens lande vil skabe et behov for den retsenhed som en civillovbog tilvejebringer. Den stærkt voksende verdenshandel har ført til vedtagelsen af De Forenede Nationers Konvention om Internationale Køb (CISG), som ved udgangen af 1995 var i kraft i 45 lande, heriblandt de nordiske og 6 andre Unionslande. I Unionens lande, hvor samhandlen er øget

mange gange, siden Fællesmarkedet blev oprettet, og stadig vokser, vil behovet hele tiden blive stærkere.

Hvorfor kommer retsenheden så ikke?

Erhvervslivets folk, som har behovet, erkender det måske ikke, eller lader sig overbevise af juristerne, der hævder, at en retsenhed ikke kan eller bør gennemføres. Det er svært at få handelens folk til at aktionere på et juridisk område, når deres juridiske rådgivere og regeringerne råder imod.

5. Uniformering af kontraktrettens specielle del (de enkelte kontrakter)

Foruden at omfatte obligationsrettens almindelige del ville en lovbog, der tillige medtager handelens mest almindelige kontrakter kunne gøre stor nytte. *Commission on European Contract Law* har hidtil kun beskæftiget sig med kontraktrettens almindelige del. Der er dog planer om at oprette arbejdsgrupper, der skal tage sig af visse enkelte kontrakter, såsom aftaler med banker om finansielle tjenesteydelser, entrepriseaftaler, transportkontrakter og, selv om løsørekøb er dækket af De Forenede Nationers Konvention om Internationale Køb (CISG), de dele af køberetten, som CISG ikke behandler, eller hvor CISG's løsninger opleves som utilstrækkelige. Jeg tænker især på bestemmelsen i art. 78 om renter. Nye kontrakttyper bør endvidere medtages, såsom leasing og factoring. UNIDROIT- konventionerne om leasing og factoring trådte i kraft den 1. maj 1995 med Frankrig og Italien (samt Nigeria) som de første medlemsstater.

Arbejdet med kontraktrettens specielle del har imidlertid hidtil måttet ligge stille bl.a. på grund af manglende midler.

Kontraktretten er ikke det eneste felt inden for formueretten, hvor den handlende har brug for at forudse, hvilke ricisi han løber, når han handler i Unionen, og som derfor kræver uniformering.

6. Uniformering af erstatningsretten og af reglene om sikkerhedsrettigheder i løsøre

Der er brug for retsenhed inden for erstatningsretten. Der findes et EF direktiv om produktansvar.¹⁷⁾ Men også reglerne om erstatning ved trafikulykker, luftvand- og jordforurening, illoyal konkurrence, og overtrædelse af reglene om konkurrencebegrænsninger bør uniformeres. Disse områder er lige så vigtige som produktansvar.

¹⁷⁾ Direktiv af 25. juli 1985 (EØF 85/374).

Et andet vigtigt område er sikkerhedsrettigheder i løsøre. Den, der handler med udlandet, har brug for at vide, hvilke regler der gælder, når han yder en udenlandsk køber eller låntager kredit, og han ønsker at sikre sig ved ejendomsforbehold eller pant, eller ved at udleje, "lease", i stedet for at sælge det udstyr, han overlader en anden. Reglerne om sikkerhedsrettigheder i løsøre varierer fra land til land. De institutter, der findes, de genstande, der kan opnå sikkerhed i, og de krav, der stilles til aftalen og til sikkerhedsrettens stiftelse, er vidt forskellige. Nogle lande, såsom Tyskland, har liberale regler, der gør det nemt at opnå sikkerhed i løsøre, medens andre lande, herunder de nordiske, er mere tilbageholdende.

På dette felt er der sket meget lidt i retning af uniformering.¹⁸⁾ Her har juristerne haft svært ved at opgive deres vante forestillinger.

Området er også vanskeligt, og det er nemmere at skitsere løsninger end at gennemføre dem i virkeligheden. Men man burde efter min opfattelse overveje at gøre som amerikanerne, der i artikel 9 i *The Uniform, Commercial Code* har indført en form for sikkerhedsstilling, *the secured transaction*, som erstatter alle tidligere panterettigheder, ejendomsforbehold og andre sikkerhedsrettigheder.

I modsætning til amerikanerne bør man næppe indføre et almindeligt registreringssystem. Erfaringerne i Europa, især i Tyskland, viser, at man på de fleste områder kan klare sig uden registrering. Registrering bør fomentlig kun kræves ved sikkerhed i transportmidler såsom skibe, luftfartøjer, motorkøretøjer, jernbanevogne og - muligvis - containere.

7. Handelsretten

Unionen er i første række et økonomisk fællesskab, hvor handelen skal integreres. Man kan derfor spørge om ikke hele handelsretten bør uniformeres.

Begrebet handelsret har forskellig betydning alt efter hvad man vil bruge det til. I nogle lande har det været et led i en systematisk opdeling af kodifikationerne. I Frankrig og Tyskland har man delt privatretten op i civilret (borgerlig ret) og handelsret. Her omfatter *droit commercial*, og *Handelsrecht* de emner, som var omfattet af *Code de commerce* og *Handelsgesetzbuch*, da disse lovbøger blev til. Det er en række specialregler, der gælder for handelen. *Handelsgesetzbuch* indeholder regler om de handlende og deres forretningsbøger, handelsselskaber, handelens kontrakter, dvs. reglerne om handelskøb, kommission, spedition, opbevaring og hele transportretten., og veksler og

¹⁸⁾ Se herom *Kreuzer*, Europäisches Mobiliarsicherungsrecht, i *Stoffen/ Volken* (ed): Conflits et harmonisation, Mélanges en honneur de Alfred Overbeck, Fribourg, Suisse 1990 613 ff, og UNIDROIT 1994 Etude LXXII (August 1994).

checks. Dog hører de centrale dele af formueretten, herunder obligationsrettens almindelige del og store dele af dens specielle del, som findes i civillovbogen, ikke til handelsretten, selv om de gælder for de handlende.

Behandlingen af handelsretten i en særlig lovbog fandtes tidligere i Italien og Nederlandene, men er der blevet opgivet. Den blev heller ikke indført i den svejtsiske kodifikation fra begyndelsen af dette århundrede. Man mente at man ville opnå en bedre og mere overskuelig lovbog, hvis man behandlede de handelsretlige og civilretlige problemer under et.

I England, som ingen lovbøger har, er begrebet *commercial law* ikke fast defineret. Her bruges begrebet for den del af retten som interesserer de handlende, og som de må forventes at ville læse om. I sin bog *Commercial Law* medtager Roy Goode køb, betalingstransaktioner, sikkerhedsrettigheder i løsøre og i fordringer, finansiering, insolvensretten, og handelretlige tvister for domstole og voldgiftsretter. Med en englænders hang til *Unbegrifflichkeit* skriver Roy Goode:

*Commercial law is that branch of the law which is concerned with right and duties arising out of supply and goods and services in the way of trade. Its scope is not clearly defined and no two textbooks adopt the same approach as to the spheres of commercial activity that ought properly to be included in a work on the subject.*¹⁹⁾

Det generer ikke Roy Goode, at handelsrettens område ikke er defineret. Derimod mener han, at kunne påvise, at handelsretten er styret af visse fælles principper så som princippet om, at parterne er forpligtet til redelig handlemåde (*good faith*), om at aftaler skal holdes, sædvaner og handelsbrug (*trade usage*) iagttages og trediemands interesser tilgodeses²⁰⁾

Det er mig ikke bekendt, at man i Norden har forsøgt at give begrebet handelsret faste konturer.

I Sverige er *handelsrätt* den jura som doceres på handelshøjskoler og de afdelinger af universiteterne som uddanner civiløkonomer. Til *handeslrätt* hører bl.a. skatteret og milljoret. I Danmark har man fortukket begrebet erhvervsret, som vist nok betegner det samme som det svenske *handelsrätt*.. Det er den jura som civiløkonomer har brug for at lære.

Hvis man ved handelsret forstår den del af juraen, som især angår handelen, bør man ikke engang overveje at kodificere den europæiske handelsret .I denne meget vide forstand egner den sig ikke til en systematisk afgrænsning og kodificering. Et sådant lovgivningsarbejde ville blive meget omfattende.

¹⁹⁾ Roy Goode, *Commercial Law*, 2d. ed, 1995, 8

²⁰⁾ Op.cit (note19) 1205f

Hertil kommer, at selv den mere beskedne opgave at codificere en del af civilretten i sig selv er en meget stor opgave. Det er vanskeligere at indføre en Europæisk lovbog end at tilvejebringe en ny national lovbog i et enkelt land. Der skal udarbejdes systemer, regler og sprogbrug, som vil være nye i mange lande. Man bør derfor gå etapevis til værks. Inden for kontraktretten findes der et udkast, og det bør danne basis for den første lovbog.

Om at forlade bestyrelseslokalet

af
Lennart Lynge Andersen

»Il faut qu'une porte soit ouverte ou fermée«
(Alfred de Musset 1848)

1. Problemstillingen

Jeg var vist ikke den eneste, der blev overrasket i januar 1996, da det kom frem, at en stor dansk bank i almindelighed praktiserede en ordning, hvorefter et bestyrelsesmedlem blev siddende under behandlingen af en sag om f. eks. et lån til "hans" eller "hendes" selskab. De fleste - herunder Finanstilsynet - havde nok det synspunkt, at alle aktører er bedst tjent med, at vedkommende forlader lokalet under drøftelsen og behandlingen af det pågældende punkt.

Siden har vedkommende bank ændret praksis, og flere banker oplyser, at det er et fast spørgepunkt, når Finanstilsynet er på inspektion.

Spørgsmålet om, hvornår et bestyrelsesmedlem skal forlade lokalet, har generel selskabsretlig interesse. Lovgivningen om spørgsmålet blev senest ændret i 1972/73. En gennemgang af litteraturen viser, at nogle forfattere udviser større largesse end andre, når de behandler spørgsmålet. Grunden kan være et mildere sindelag, men det kan også skyldes de pågældendes egen fornemmelse af, hvad der tjener erhvervslivet bedst. Forskellen går navnlig ud på, hvornår et bestyrelsesmedlem *reelt* skal gå uden for døren. Undersøger man selskabslovgivningen gennem hele århundredet, vil man se, at der har været mange bud på, hvorledes dette spørgsmål skal besvares.

2. Bestemmelser af betydning for bedømmelsen. Forarbejderne

2.1. I aktieselskabslovens § 58 hedder det:

»Et bestyrelsesmedlem eller en direktør må ikke deltage i behandlingen af spørgsmål om aftaler mellem selskabet og den pågældende selv eller om søgsmål mod den pågældende selv eller om aftale mellem selskabet og tredjemand eller søgsmål mod tredjemand, hvis bestyrelsesmedlemmet eller direktøren deri har en væsentlig interesse, der kan være stridende mod selskabets.«¹⁾

Da den konkrete anledning var et bankaktieselskabs praksis, kan det have interesse at nævne, at bank- og sparekasselovens § 19 bestemmer følgende:

» Uden bestyrelsens samtykke, som skal indføres i forhandlingsprotokollen, må et pengeinstitut ikke yde lån til, stille garanti for eller modtage pant eller kaution fra:

- 1) bestyrelsesmedlemmer og direktører i pengeinstituttet eller
- 2) selskaber, hvori de i nr. 1 nævnte personer er direktører eller bestyrelsesmedlemmer.

Stk. 2. Direktionen og bestyrelsen skal i særlig grad overvåge forsvarelsen og forløbet af de i stk. 1 nævnte engagementer.

¹⁾ Den hidtidige anpartsselskabslovs § 40 havde samme ordlyd. I anpartsselskabsloven af 1996 er § 40 helt gået ud. Den blev foreslået opretholdt i *Betænkning nr. 1251/1993 om forenkling af anpartsselskabsloven*, men efter Regeringsforslaget af 1. februar 1996 (nr. L 199) er det på grund af anpartsselskabsformens typiske anvendelse »fundet oplagt (sic!) at foreslå betydelige frihedsgrader for, hvordan beslutninger i selskabet træffes.« Inhabilitet er således blevet til et vedtægsspørgsmål, men da den almindelige pligt til at varetage selskabets interesser fortsat gælder, er det her drøftede spørgsmål i alt fald for nogle anpartsselskabers vedkommende måske ikke så oplagt omfattet af »betydelige frihedsgrader.«

Det samme gælder i banker og andelskasser engagementer med medlemmer af repræsentantskabet og selskaber, i hvilke disse er direktører eller bestyrelsesmedlemmer.

Stk. 3. Reglerne i stk. 1 og 2 gælder også for engagementer med personer, der er knyttet til pengeinstituttets direktører ved ægte-skab, slægt- eller svogerskab i ret op- og nedstigende linje eller som søskende, og med selskaber, for hvilke sådanne personer er direktører.«

2.2 Aktieselskabslovens § 58 stammer i sin nuværende formulering fra 1973, men gennem hele århundredet har man været opmærksom på inhabilitetsproblemet.

I det Udkast til Lov om Aktieselskaber m.m., som en kommission i 1901 ²⁾ afgav til Indenrigsministeriet, hed det i § 45, stk. 1, bl.a.:

»Medlemmer af Direktionen og Bestyrelsen må ikke deltage i Afgørelsen i noget Anliggende.....«

I de almindelige bemærkninger hedder det, at § 45 »indeholder en noget nær selvfølgelig Ordensregel, der er nødvendig for at hindre Misbrug af Myndighed fra Direktionens eller Bestyrelsens side«, og i bemærkningerne til de enkelte bestemmelser udtales

»Et Par af os have ment, at der til den i § 45 indeholdte Regel, at et Medlem af Bestyrelsen ikke maa deltage i Afgørelsen af noget Anliggende, hvori han har en betydeligere økonomisk Særinteresse, bør føjes en yderligere Bestemmelse om, at han, naar han vil gøre Forretning med Selskabet, heller ikke maa deltage i nogen Bestyrelsesforhandling, der angaar den paagældende Forretning, eller gøres delagtig i Selskabets Viden angaaende konkurrerende Tilbud, førend Forretningen er endelig afsluttet. Flertallet af os har imidlertid ikke fundet at burde slutte sig dertil, idet vi have ment, at en saadan Bestemmelse, der søger at ramme en vis Form for illoyal Konkurrence, ikke har sin rette Plads i en særlig Lov om Aktieselskaber, selv om den kunde gennemføres.«

²⁾ Tingene gik lidt lettere dengang. Kommissionen blev nedsat den 22. oktober 1900, og udkastet blev i trykt stand afleveret den 26. april 1901.

Forslaget blev ikke gennemført, men en ny kommission fik i 1909 til opgave at gennemgå 1901-udkastet og de indkomne høringssvar. I udkastet til § 56 blev foreslået følgende tekst:

»Medlemmer af Direktionen eller Bestyrelsen må ikke deltage i Behandlingen eller Afgørelsen af noget Anliggende.....«

og udvalget udtalte, at

»I konsekvens af Forbudet i § 56 mod, at Medlemmer af Direktion og Bestyrelse deltage i Afgørelsen af noget Anliggende, der overgaar dem selv eller dem nærtstående Personer, eller i hvilke de have en betydeligere økonomisk Særinteresse, have vi ment det rigtigt også at forbyde Deltagelse i *Behandlingen* af sådanne Anliggender.«
[fremhævelsen er Kommissionens]

1909-Kommissionsudkastet blev på en række punkter kritiseret (bl.a. i Ugeskriftets spalter), men så vidt ses blev § 56 ikke drøftet. Resultatet blev en "lille" aktieselskabslov i 1917, hvor § 56 - som mange andre bestemmelser - var udeladt.³⁾

Fra 1923 blev der fra regeringsside fremsat flere forslag til revision af 1917-loven.⁴⁾ Der kom først skub i sagen i 1928-1929, hvor forslagets § 48, stk. 1, lød:

»Et Bestyrelsesmedlem må ikke deltage i Afstemning angående Spørgsmaal om Aftale mellem selskabet og ham selv eller Søgsmal mod ham selv. Ej heller må et Bestyrelsesmedlem deltage i Afstemning angående Spørgsmaal om Aftale mellem selskabet og Trediemand eller Søgsmal mod

³⁾ Der blev fremsat 6 lovforslag i perioden 1910-1917. Det seneste forslag - der blev 1917-loven - karakteriserede økonomien *L. V. Birck* som en »barberet puddel i forhold til en puddel med pels«, smh. *Inger Dübeck: Aktieselskabslovens Retshistorie* (1991) s. 129. - Selv en barberet puddel skal som bekendt uden for døren engang imellem.

⁴⁾ Angiveligt med det sigte at tilvejebringe nærmere overensstemmelse dels med forslagene fra 1901 og 1909 dels med den udenlandske lovgivning, jf. Rigsdagstidende 1929/30, tillæg A, sp. 2831.

Trediemand, forsaavidt ham deri har en betydeligere Interesse, der kan være stridende mod Selskabets.«

Forslaget er ikke nærmere motiveret i forarbejderne, idet Rigsdagstidende 1928/29, tillæg A, sp. 3287, alene refererer forslaget.

Heller ikke 1928/29- revisionen blev gennemført! Året efter lykkedes det. § 48, 1. og 2. pkt, lød i lovforslaget således, jf. Rigsdagstidende 1929/30, tillæg A, sp. 2809:

»Direktører og Bestyrelsesmedlemmer må ikke deltage i Afgørelsen af Spørgsmaal angaaende Aftale imellem Selskabet og dem selv eller Søgsmal mod dem selv. Ej heller maa de deltage i Afgørelse af Spørgsmaal angaaende Aftale imellem Selskabet og Trediemand eller Søgsmal mod Trediemand, for saa vidt de deri har en betydeligere Interesse, der kan være stridende mod Selskabets.«

Det oplyses ikke, hvorfor teksten er ændret i forhold til det tidligere forslag - alene at ændringsforslagene i hovedsagen hviler på de forslag, der kom under Landstingets behandling af 1928/29-forslaget.

Forslagets § 48, 1. og 2. pkt., blev til § 50, stk. 1, i lov nr. 123 af 15. april 1930 om aktieselskaber, men teksten var - atter - ændret, idet den gennemførte ordlyd var

»Et Bestyrelsesmedlem må ikke deltage i Afstemning angaaende Spørgsmål om Aftale mellem Selskabet og ham selv eller Søgsmål mod ham selv. Ej heller må et Bestyrelsesmedlem deltage i Afstemning angaaende Spørgsmaal om Aftale mellem Selskabet og Trediemand eller Søgsmal mod Trediemand, for så vidt han deri har en betydeligere Interesse, der kan være stridende mod Selskabet.«

H.B. Krenchel udgav samme år Håndbog i Dansk Aktieret, der har form som en lovkommentar. *Krenchel* udtaler s. 206, at § 50, stk. 1, »fordrer, at et Bestyrelsesmedlem ikke må deltage i Afstemning (altså gerne deltage i Debatten herom) ang. Spørgsmål om Aftaler mellem Selskabet og Ham selv...«

I Dansk Selskabsret III (1932) s. 182 tilføjer *Kristian Sindballe* efter et referat af § 50, stk.1, ordene »Derimod vel i den forud for Afstemningen gaaende Forhandling.«

I *Betænkning nr. 362/1964 om Revision af Aktieselskabslovgivningen* blev § 50 foreslået uændret overført, jf. lovudkastets § 57 og betænkningen s. 143. Som følge af ønsket om større ensartethed i de nordiske aktieselskabslove, indgik betænkningen som arbejdsgrundlag for *Betænkning nr. 540/1969 om En Fællesnordisk Aktieselskabslovgivning*. Det nye udvalg foreslog som § 58 følgende tekst:

»Et bestyrelsesmedlem eller en direktør må ikke deltage i behandlingen af spørgsmål om aftaler mellem selskabet og ham selv eller om søgsmål mod ham selv, eller om aftale mellem selskabet og tredjemand eller søgsmål mod tredjemand, hvis han deri har en væsentlig interesse, der kan være stridende mod selskabets.«

Ordet »afstemning« blev således foreslået ændret til »behandlingen«. Herom hedder det s. 105 i betænkningen:

»Bestemmelserne er i realiteten overensstemmende med reglerne i aktieselskabslovens § 50, stk. 1 og 2, med den forskel som følger af, at udkastets § 58 ikke alene forbyder et bestyrelsesmedlem og en direktør at deltage i afstemningen om spørgsmål om aftaler mellem selskabet og ham eller om søgsmål mod ham selv, men overhovedet forbyder at han deltager i behandlingen, når han selv er interesseret i sagen på den angivne måde. Det samme gælder, når der er tale om aftale mellem selskabet og tredjemand eller om søgsmål mod tredjemand, når et bestyrelsesmedlem eller en direktør deri har en væsentlig interesse, der kan være stridende mod selskabets.«

Betænkningens forslag blev optaget i regeringens lovforslag, og begrundelsen blev praktisk taget uændret gengivet i bemærkningerne til forslaget. Der blev ikke stillet spørgsmål herom under Folketingets behandling af lovforslaget.

Det er den tekst, vi har i aktieselskabsloven i dag.

2.3. De nordiske aktieselskabslove har som følge af det fælles kommissionsarbejde en række lighedspunkter.

I den *svenske* aktieselskabslovs 10 § hedder det:

»Ledamot av styrelsen eller verkställande direktör får ej handlägga⁵⁾ råga rörande avtal mellan honom och bolaget. Ej heller får han handlägga fråga om avtal mellan bolaget och tredje man, om han i frågan har ett väsentligt intresse, som kan vara stridande mot bolagets. Med avtal jämställas rättgång eller annan talan.«

Bestemmelsen er behandlet af *Svante Johansson* og *Lars Pehrson* i JT 1992/93 s. 417 ff. Artiklen behandler i første række, hvornår der foreligger inhabilitet ("jäv"). Se i denne sammenhæng særligt s. 423, hvor der peges på, at et bestyrelsesmedlems blotte nærvær kan påvirke indholdet af en beslutning.

Et vigtigt bidrag til den svenske inhabilitetsdiskussion findes i *Nobel Industrier, Gamlestaden, Erik Penser och bankerne* s. 300 ff (Nr. 10 i Stockholms fondsbörs skriftserie, 1992).

I den *norske* aktieselskabslov § 8-11 hedder det:

»Styremedlem, observatør eller administrerende direktør må ikke delta i behandlingen eller avgjørelsen av noe spørsmål som har slik særlig betydning for ham selv eller nærstående at han må anses for å ha en framtreddende personlig eller økonomisk særinteresse i saken. Styremedlem, observatør eller administrerende direktør må heller ikke delta i beslutning om lån mot eller diskontering av noe papir som er påført hans navn.«

Om forståelsen af denne bestemmelse udtaler *Jan Skåre* og *Gudmund Knudsen*: Lov om aksjeselskaber med kommentarer (3. udg. 1991) s. 167:

»Loven sier ikke noe om saksbehandlingen når inhabilitets-spørsmålet skal avgjøres. Det synes imidlertid naturlig at vedkommende ikke deltar i avgjørelsen og heller ikke under drøftelsen av spørsmålet uten for så vidt hans forklaring og synspunkter er nødvendige for bedømmelsen. Anses vedkommende inhabil skal han ikke delta i drøftelsen eller avgjørelsen av den sak inhabiliteten gjelder for.«

§ 2-17 i lov om ansvarlige selskaber og kommanditselskaber svarer til § 8-11

⁵⁾ "Handlägga" betyder ifølge svenske kolleger *at behandle*.

i aktieselskabsloven. *Geir Woxholth*: Selskabsloven (4.udg. 1994) s. 148 bemærker herom, at bestemmelsen udelukker den inhabile fra at deltage i afgørelsen af den aktuelle sag, den forudgående sagsbehandling samt iværksættelsen af beslutningen.

Det inhabile bestyrelsesmedlem kan ligeledes ikke deltage i den afgørelse, der skal tage stilling til inhabiliteten, men personen kan få lov til at deltage i diskussionen, så langt dette er nødvendigt for at få sagens fakta (inhabilitets-spørgsmålet som sådan) oplyst. *Woxholths* udsagn synes at gå på fasen før "behandlingen" af den konkrete sag.

2.4 EU har endnu ikke givet bindende forskrifter om spørgsmålet. Det hedder dog i artikel 10 i Forslag til Rådets femte direktiv (om aktieselskabers struktur og deres organers beføjelser og pligter) af 25. juli 1978 (78/660/EØF) med senere ændringer:

»1. Enhver aftale, i hvilken selskabet er deltager, og som direkte eller blot indirekte berører et af ledelsesorganets medlemmers interesser, hvad enten den pågældende har direktørstatus eller ej, skal i det mindste godkendes af de medlemmer af ledelsesorganet, der ikke har direktørstatus.

2. Når et medlem af ledelsesorganet, med eller uden direktørstatus, bliver bekendt med, at der foreligger omstændigheder af den i stk. 1 nævnte art, skal han underrette ledelsesorganet herom. Det berørte medlem har ret til at blive hørt, men må hverken deltage, når de medlemmer af ledelsesorganet, der har direktørstatus, forhandler om eller træffer beslutning om den pågældende aftale, eller når de medlemmer af ledelsesorganet, der ikke har direktørstatus, træffer beslutning om, hvorvidt der kan meddeles den i stk. 1 omhandlede tilladelse.

3. Generalforsamlingen skal underrettes om de efter stk. 1 meddelte tilladelser....«

Bestemmelserne - herunder høringsforskriften - er omtalt af *Erik Werlauff*: EC Company Law (1993) s. 257 ff.

3. Litteraturen

Bernhard Gomard udtaler i Aktieselskaber og Anpartsselskaber (2. udg. 1992)

s. 202 bl.a.:

»Et bestyrelsesmedlem og en direktør må ikke deltage i den endelige behandling og i selve afgørelsen om aftaler mellem selskabet og ham selv eller om søgsmål mod ham. Det samme gælder aftaler mellem selskabet og trediemand eller søgsmål mod trediemand, hvis bestyrelsesmedlemmet eller direktøren »deri har en væsentlig interesse, der kan være stridende mod selskabets«, jf. ASL § 58 (ApSL § 40). Et bestyrelsesmedlem kan derimod deltage i drøftelser og afgørelser om almindelige forretningsbetingelser, selv om han har forretningsforbindelse med selskabet.

Bestemmelsen i ASL § 58 kan ikke antages at udelukke, at et inhabilt medlem af bestyrelsen deltager i en foreløbig drøftelse. Den, der er inhabil, er ikke egnet til at træffe afgørelser, men er ofte den der kender sagen bedst.«

I bogens 3. udg. (1996) får den en tand til, idet det hedder s. 266:

»Et bestyrelsesmedlem, der ikke må »deltage i behandlingen« af et spørgsmål på grund af inhabilitet, kan være til stede i bestyrelsesmøder, hvor der gives oplysninger om spørgsmålet og kan selv deltage i en foreløbig drøftelse. Den inhabiles synspunkter har interesse. Han er ikke egnet til at træffe afgørelser, men er ofte den bedst informerede, og inhabiliteten, som er kendt, udsætter ikke den øvrige bestyrelse for en farlig påvirkning.«

I en note tilføjer *Gomard*, at *Boye Jacobsen m.fl.* (gengivet ndf.) »måske« anlægger en strengere fortolkning af aktieselskabslovens § 58.

Om bank- og sparekasselovens § 19 hedder det s. 161 ff i *Christen Boye Jacobsen, Peter Sylvest Larsen, Thomas Kjeller og Tine Roed*: Bank- og sparekasseloven (1996) bl.a. følgende:

»Til stk. 1

Bestemmelsen skal sikre, at bestyrelsesmedlemmer og direktionsmedlemmer ikke udnytter deres position i pengeinstituttet til at skaffe sig kreditter, der ellers ikke ville være bevilget. Der stilles derfor skærpede krav til bevilling af

engagementer med medlemmer af bestyrelsen og direktionen, i forhold til de krav der ellers stilles til bevillinger i pengeinstitutter. Bestemmelsen supplerer for pengeinstitutter, der er aktieselskaber, de almindelige bestemmelser i AL § 58 (forbud mod at deltage i behandlingen af egne sager) og AL § 63 (utilbørlige dispositioner). Da disse regler er udtryk for generelle principper, finder de tilsvarende anvendelse for ledelsen i sparekasser og andelskasser.

.....

Bestyrelsesmedlemmet eller direktøren, som engagementet vedrører, kan ikke deltage i behandlingen af bevillingen, jf. habilitetsgrundsætningen i AL § 58. Vedkommende skal derfor forlade lokalet under behandlingen af ansøgningen.»

Aktieselskabslovskommentaren (5.udg. 1993 ved Lone Sneholt og Niels Thomsen) udtaler sig ikke om det her drøftede spørgsmål.⁶⁾ I ApS'-loven (4. udg. 1990) udtaler *Niels Thomsen*, at forbudet i § 40 (der som nævnt har samme formulering som aktieselskabslovens § 58) omfatter hele sagens behandling.

I En fondsbestyrelses arbejde (1994) anfører *Jørgen Nørgaard* og jeg følgende s. 31:

»Et bestyrelsesmedlem (eller direktør) må ikke deltage i behandlingen af spørgsmål om aftaler mellem fonden og den pågældende selv - eller ham nærtstående personer. Den pågældende er inhabil. Baggrunden for reglen - der gælder for såvel almindelige som erhvervsdrivende fonde - er selvsagt, at der er en risiko for, at vedkommende bestyrelsesmedlem kan tænkes at prioritere sine egne interesser over fondens.

Inhabilitetens følgesvend vil næsten altid være et betydeligt kendskab til netop vedkommende sag, og det kan opleves som utilfredsstillende, at bestyrelsen ganske skal undvære denne sagkundskaab. Man kan derfor forestille sig, at inhabilitetsreglen praktiseres på den måde, at vedkommende bestyrelsesmedlem deltager i en *foreløbig* drøftelse, hvor han ikke argumenterer for noget resultat, men alene stiller sin viden til

⁶⁾ I bogens 1. udg. (1973) finder man samme formulering som i kommentaren til anpartsselskabsloven.

rådighed. En sådan foreløbig drøftelse må bestyrelsesformanden administrere med stor varsomhed - kan det inhabile medlem ikke respektere den tillid, der herved vises ham ved anvendelse af den nævnte fremgangsmåde, må den foreløbige drøftelse straks afsluttes.

Inhabilitet medfører ikke kun, at man er afskåret fra at afgive stemme i sagen; man er afskåret fra at være til stede i mødelokalet under det punkt på dagsordenen, hvor vedkommende sag behandles.«

Erik Werlauff: Selskabsret (2. udg. 1994) s. 679 f.⁷⁾ antager, at det næppe er retmæssigt at lade den pågældende deltage i en foreløbig drøftelse, medens det er retmæssigt, at han afleverer et notat med redegørelse for faktiske forhold af relevans for sagens afgørelse. Herefter hedder det s. 680:

»Derfor er det selvsagt uden betydning, om han redegør herfor gennem et brev til selskabet, der fremlægges på bestyrelsesmødet, eller gennem et notat, som han afleverer, inden han forlader mødet under det pågældende punkt på dagsordenen.«

I *Revisionsundersøgelse af skibsfinansieringsområdet 1986-1995*⁸⁾ hedder det s. 276 om Danmarks Skibskreditfond:

»I de tilfælde, hvor Skibskreditfondens Styrelse har været opmærksom på foreliggende inhabilitet hos et eller flere enkeltmedlemmer, synes den almindelige praksis at have været, at de pågældende undlod at deltage i behandlingen af sagen, men at de pågældende ikke under sagens behandling forlod lokalet. I referaterne fra Styrelsens møder anføres det oftest, at det inhabile medlem "deltog ikke i behandlingen" af sagen. Kun i ganske få tilfælde anføres det, at det inhabile medlem forlod mødet under sagens behandling.

Hverken Fondens vedtægter eller forvaltningsloven foreskriver udtrykkeligt, at et inhabilt medlem skal forlade lokalet

⁷⁾ *Erik Werlauff* behandler også spørgsmålet i U 1986 B s. 423 og FSRs årsskrift 1989 s. 240 med note 35. *Werlauffs* velkendte praktiske orientering ses i U 1986 B s. 423 (i anmeldelsen af *Bernhard Gomards* 1. udg. af Aktieselskaber og Anpartsselskaber), hvor han peger på, at aktieselskabslovens § 58 givetvis praktiseres, som Gomard nævner.

⁸⁾ Jeg er medforfatter til undersøgelsen.

under den pågældende sags behandling. For at udelukke den psykologiske påvirkningsmulighed, der kan bestå i, at det inhabile medlem er til stede, må det imidlertid vurderes som rigtigst, at medlemmet forlader lokalet. En sådan regel fastslås da også ofte i forretningsordener m.v. vedrørende offentlige kollegiale organers beslutningsproces, jævnfør f.eks. normalforretningsordenen for kommuner, § 8, stk. 1, 2. pkt. (se også Hans Gammeltoft-Hansen m.fl., *Forvaltningsret*, 1994, p. 192).

Fonden har oplyst, at Styrelsen den 26. februar 1996 har besluttet, at inhabile medlemmer fremover skal forlade mødelokalet.»

Erhvervsfundslovens § 20 svarer til aktieselskabslovens § 58. I *Christen Boye Jacobsen, Steen Askholt, Kim Busck-Nielsen, Lene Kærgaard Hansen, Olaf Hasselager og Aksel Runge Johansen: Erhvervsdrivende fonde* (1989) hedder det som kommentar til ordene » må ikke deltage i behandlingen« s. 115:

»Forbudet omfatter ikke kun selve afstemningen i bestyrelsen, men hele beslutningsprocessen, dvs. også alle forudgående undersøgelser, forhandlinger etc., der danner grundlag for bestyrelsens stillingtagen.

I praksis fremkommer deltagelse i "foreløbige drøftelser". Dette er der dog næppe grundlag for at tillade.»

4. Forvaltningslovens § 3

Forvaltningslovens § 3, stk. 3, har følgende ordlyd:

»Den, der er inhabil i forhold til en sag, må ikke træffe afgørelse, deltage i afgørelser eller iøvrigt medvirke ved behandlingen af den pågældende sag.»

John Vogter nævner i *Forvaltningsloven* (2. udg. 1992) s. 105 under henvisning til *FOB 1983.154*, at et inhabilt medlem af et kollegialt sammensat organ, normalt skal forlade lokalet under organets forhandling af og afstemning om den pågældende sag. Den daværende ombudsmand (*Niels Eilschou Holm*) udtalte i sagen bl.a.

»Denne procedureforskrift er begrundet i hensynet til at sikre, at sagens forhandling i udvalg og kommunalbestyrelse kan foregå frit og uden påvirkning af den pågældendes tilstedeværelse i lokalet, ligesom bestemmelsen falder godt i tråd med det hovedsynspunkt, at formålet med inhabilitetsregler ikke alene er at sikre, at den enkelte sag bliver behandlet korrekt, men også - som ombudsmanden ved flere lejligheder har haft anledning til at give udtryk for - at modvirke, at der skabes mistillid til den offentlige forvaltning.

Om efterlevelsen af bestemmelsen i praksis henviser jeg til ombudsmandens beretning for året 1972, s. 28, jf. 1973, s. 24.«

Hos *Hans Gammeltoft-Hansen, Jon Andersen, Kaj Larsen og Karsten Loiborg*: Forvaltningsret (1994) s. 192 hedder det bl.a.:

»I kollegiale organers beslutningsproces indgår normalt en mundtlig drøftelse i organet. For at udelukke den psykologiske påvirkningsmulighed, der kan bestå i det inhabile medlems blotte tilstedeværelse (men altså uden tale- eller stemmeret), fastslås det ofte i forretningsordener m.v., at det pågældende medlem helt skal forlade lokalet under sagens forhandling og afstemning; dette er således tilfældet i normalforretningsordenen for kommuner, § 8, stk. 1, 2.pkt. Se endvidere FOB 1983.154: Henstillet til kirkeministeren, at der tilvejebringes udtrykkelige bestemmelser om, at inhabile menighedsrådsmedlemmer skal forlade lokalet under forhandling og afstemning.«

Sagen fra 1972 (*FOB 1972.28, jf. FOB 1973.24*) var en sag, som ombudsmanden tog op af egen drift på grundlag af oplysningerne i *Kurt Nielsens* artikel i U 1972 B s. 51, hvorefter § 8 i normalforretningsordenen for primærkommuner, der bestemmer, at inhabile kommunalbestyrelsesmedlemmer under forhandling og afstemning om den pågældende sag skal forlade lokalet, kun blev efterlevet mådeligt i praksis og ringest i udvalgene. Ombudsmanden tog en redegørelse fra Indenrigsministeriet til efterretning.

5. Afsluttende bedømmelse

For en person som mig, der ikke tynges af bestyrelsesposter i det store

erhvervsliv, kan det som antydnet indledningsvis forekomme vanskeligt at forstå, hvorfor nogle virksomheder så åbenlyst blotlægger sig for (generel) kritik. Den Danske Banks nu forladte praksis er blevet fulgt mange steder.

Vanskeligheden ved at behandle et spørgsmål som det her drøftede ligger næppe i den retlige vurdering af § 58's rækkevidde. Det er derimod let at forudse de øjenbryn, der vil blive hævet i forsvar, og det er let at foruddiskontere de syrlige bemærkninger, der bl.a. skal tage trykket af ubehaget ved spørgsmål om og medieomtale af, hvorfor selv store kanoner ikke selv har fundet ud af, at de tjener både selskabets og egne interesser bedst ved det, som *Gomard* kalder en "streng" fortolkning af § 58. Der er imidlertid ingen grund til at blive misfornøjet; det handler ikke om enkeltpersoner, endsige om deres ære, men om kvaliteten i bestyrelsesarbejdet og samfundets generelle tillid til det, der foregår i bestyrelseslokalerne.

Ved den retlige vurdering er det vanskeligt at komme uden om, at lovgiver i 1972 ønskede en stramning af regelsættet. Ved at ændre ordet »afstemning« til »behandlingen« gik man fra en retstilstand, hvor det inhabile bestyrelsesmedlem kunne være tilstede under bestyrelsens drøftelse og behandling af vedkommendes kreditansøgning, tilbud på en entreprise m.v., til, at det inhabile bestyrelsesmedlem hverken må være tilstede, når sagen debatteres og vurderes, eller når der træffes afgørelse i sagen.

§ 58 - og forarbejderne - må antages at være funderet i det hovedsynspunkt, at den alsidighed i drøftelse og meningsudvikling, der bør ligge til grund for og præge en forsvarlig behandling af en sag, må anses for latent at være i fare, hvis det inhabile bestyrelsesmedlem ikke (hurtigt) forlader bestyrelseslokalet, efter at det forrige punkt på dagsordenen er blevet afsluttet. De øvrige bestyrelsesmedlemmer (og direktøren) kan tale langt friere, hvis den inhabile ikke er tilstede. Fordelen ved en "streng" fortolkning af § 58 er, at man eliminerer mindre stærke bestyrelsesmedlemmers ulyst til at tage ordet og til at sige fra.

Hertil kommer fordelene - bl.a. for bestyrelsesformanden - ved en klar regel. Man kan også spørge, hvad der ligger i "en foreløbig drøftelse", navnlig hvad det er, der kan komme frem i en "foreløbig drøftelse", som ikke allerede er med i en ansøgning, et tilbud eller lignende - eventuelt i et medfølgende notat, som *Erik Werlauff* foreslår. Det er i den inhabiles egen interesse (men også hans risiko, hvis det ikke er tilfældet), at materialet til bestyrelsens behandling af sagen er så alsidigt og veldokumenteret som muligt. Hvis den øvrige bestyrelse finder, at en ansøgning m.v. ikke er tilstrækkeligt belyst, kan de jo

udsætte sagen og spørge gennem direktøren eller bestyrelsesformanden.

Et selskabs bestyrelsesmedlemmer og direktøren er forpligtet til i videst muligt omfang at udvise loyalitet over for selskabet. Jo mere døren åbnes på klem, hindrer man - med *Bernhard Gomards* egne ord⁹⁾ - en »fortrolig, åben og fri debat mellem personer, der har gjort virksomhedens interesser til deres.«

⁹⁾ I Suum Cuique (1991) s. 149.

Miljøskatter - et nyt beskatningsinstrument

af
Kjeld Hemmingsen

Universiteternes og handelshøjskolernes undervisning i skatteret er knyttet til den direkte indkomstbeskatning af fysiske personer og selskaber.

Kun på cand.merc.aud. linien og på registreret revisor studiet undervises i momsreglerne, mens andre indirekte skatter og afgifter lades uomtalt.

Med den stigende vægt, der skatte- og miljøpolitisk lægges på grønne afgifter, må miljøskatteområdet formodes at få voksende betydning for skatterådgiverne og dermed øge behovet for at inddrage dette nye retsområde i undervisningen på de højere læreanstalter.

I det følgende skal der derfor gives en oversigt over miljøskatteområdet og dets karakteristika.

1. Skatte- og miljøpolitik

Miljøskatter eller grønne afgifter - kært barn har mange navne - er som selvstændigt beskatningsområde så nyt, at det endnu ikke er behandlet i skatteretslitteraturen.

Miljøskatterne defineres intetsteds som sådanne, og det er ganske karakteristisk, at Danmarks Statistik i efteråret 1995 opgjorde de samlede grønne afgifter i 1996 ca. 50 pct. lavere end regeringen i Finansredegørelsen.

I det følgende betragtes enhver afgift, der har et ikke helt bagatelagtigt miljøpolitisk mål, som en miljøafgift, selvom formålet med afgiften tillige måtte have været af provenumæssig eller anden karakter.

Som selvstændigt, samlet beskatningsområde optræder miljøafgifterne første gang i forbindelse med skattereformen af 1993.

Af bemærkningerne til lovforslaget om skatteomlægningen fremgår, at der med skattereformen tilstræbes en langsigtet omlægning af skatter og afgifter med sigte på at nedbringe skatten af arbejdsindkomst.

De grønne afgifter skal indgå som en væsentlig del af finansieringsgrundlaget for nedsættelsen af de personlige skatter, samtidig med at sigtet med grønne afgifter som middel til større miljømæssig ansvarlighed understreges.

De grønne afgifter skal først og fremmest påhvile de private husholdninger, som skal have den umiddelbare fordel af de kommende skattenedsættelser.

Allerede i 1993 var det imidlertid klart, at også virksomhederne på længere sigt måtte bidrage væsentligt med betaling af miljø- og energiafgifter for at opnå de ønskede miljøeffekter. Et flertal i Folketingets skatteudvalg understregede, at erhvervslivet må have tilstrækkeligt incitament til miljørigtig ressourceanvendelse for at undgå, at relativt billige sparemuligheder i erhvervslivet ikke udnyttes, mens husholdningerne må gennemføre stadig dyrere miljøtiltag.

Et mindretal i udvalget (Venstre og Det Konservative Folkeparti) indstillede lovforslaget og skattereformen som helhed til forkastelse med den bemærkning om de grønne afgifter, at disse afgifter ville belaste erhvervenes omkostninger og dermed bidrage til den forringelse af konkurrenceevnen, som efter mindretallets opfattelse var en uundgåelig følge af hele skattereformforslaget.

Skattereformen gennemførtes med knebent flertal i 1993, men resultatet af de senere følgende forhandlinger med erhvervslivet blev dog, at de afgifter, som især vil belaste erhvervslivet - hvilket i praksis især vil sige nye eller forøgede energiafgifter - skal tilbageføres til virksomhederne. Afgifterne skal som allerede forudsat i 1993 ikke forbedre statens finanser, men skal gennem godtgørelsesordninger og tilskud til miljøforbedrende investeringer i virksomhederne resultere i en nedbringelse af navnlig CO₂- og svovludledningen, uden at erhvervenes konkurrenceevne på længere sigt forringes.

Den seneste udvikling på området repræsenteres af de nedenfor kort omtalte afgiftslove, som så dagens lys i sommeren 1995 (den såkaldte "energipakke"). Strukturen i disse afgiftslove indebærer ikke blot et afgifts- og aftalesystem, som muliggør den lovede tilbageføring af afgifter til virksomhederne, men også en realisering af anbefalingerne i EU-Kommissionens hvidbog fra 1993 om vækst og beskæftigelse om brug af øgede afgifter på energiforbruget sammen med en lettelse af beskatningen af arbejdskraft, men uden ødelæggende konsekvenser for virksomhedernes internationale konkurrenceevne.

For den gode ordens skyld skal det tilføjes, at der findes andre og mere upåagtede miljøafgifter end de ømtålelige energiafgifter.

Fælles for disse andre miljøafgifter, f.eks. transport- og driftsmiddelafgifterne, er, at de ikke tidligere har været betragtet som et sammenhængende

afgiftsområde, men har været baseret på overvejende provenumæssige hensyn . For de flestes vedkommende inddrages miljøhensyn i stigende grad i den politiske debat (f.eks. for benzinafgifternes vedkommende), men således at almindelige provenumæssige betragtninger eller hensyn til grænsehandelen stadig anses for afgørende.

2. Retsgrundlaget

I EU-sammenhæng har miljøafgifterne ikke hidtil spillet nogen væsentlig rolle, idet der ikke er vedtaget fælles miljøafgifter og kun i meget begrænset omfang er indgået aftale om harmonisering af afgiftsgrundlagene. Spørgsmålet om statsstøtte har været rejst i forbindelse med tilbageførselsordningerne i energipakken fra 1995, men med hjemmel i EU-traktatens artikel 92, stk. 2 og 3, er statsstøttemomenterne i disse ordninger godkendt af Kommissionen.

I andre internationale sammenhænge har Danmark bl.a. forpligtet sig gennem sin tilslutning til FN's klimakonvention fra miljøkonferencen i Rio (juni 1992), som pålægger landene at nedbringe det globale CO₂-udslip til 1990-niveau i år 2000. Der er i Danmark og i udlandet enighed om, at en sådan nedbringelse kun kan finde sted, hvis også øgede miljøskatter tages i brug som styringsinstrument.

Den danske nationale skattelovgivning er baseret på grundlovens § 43, ifølge hvilken ingen skat kan pålægges, forandres eller ophæves uden ved lov. Konfliktsituationer i relation til grundloven kan navnlig tænkes at opstå, når miljøafgifter skal afgrænses fra brugerbetaling. Ikke mindst på miljøområdet kan det være vanskeligt at afgøre, om der til et gebyr eller en afgift svarer en modydelse, som bevirker, at forholdet ikke omfattes af lovkravet (brugerbetaling), eller om der er tale om en afgift af skattekarakter, d.v.s. uden en nøje afgrænselig modydelse eller efter omstændighederne helt uden modydelse.

Afgiftslovgivningen adskiller sig ikke fra anden skattelovgivning, idet det dog må beklages, at den komplicerede lovgivning endnu ikke er fulgt op af andre ministerielle cirkulærer end sådanne, som behandler spørgsmål om eftergivelse af og henstand med afgiftsbetalingen.

Vejledninger fra Told- og Skattestyrelsen foreligger nu på de praktisk vigtige energiafgiftsområder, men forelå kun som foreløbige, da energiafgiftslovene fra 1995 trådte i kraft den 1. januar 1996.

Administrativ og juridisk praksis findes kun i meget begrænset omfang på miljøafgiftsområdet og er fortrinsvis knyttet til de første miljøafgiftslove (af-

falds- og råstofafgiftsloven og lov om afgift af visse detailsalgspakninger (poseafgiftsloven)).

3. Miljøafgifter som styringsinstrument

3.1. Administrative og økonomiske styringsmidler

Miljøafgifter har som andre afgifter den ulempe, at de “vender den tunge ende nedad”. Drejer det sig eksempelvis om husholdningernes energiforbrug eller forbrug af drikkevand, vil husholdningerne have nogenlunde ensartede behov, hvorved afgifterne selvsagt kommer til at hvile forholdsvis tungest på lavindkomsterne.

Fordelen ved at anvende afgifter som styringsinstrument er, at de hviler på det faktiske forbrug og dermed er egnede til at påvirke dette forbrug i en ønsket retning. Den, der undlader at bruge en afgiftsbelagt vare, sparer i skat og vil dermed bevidst eller ubevidst støtte det underliggende afgiftsformål, medmindre dette er ønsket om størst muligt afgiftsprovenu.

Sammenlignet med *administrative regulering* (f.eks. i form af tildeling af kvoter, maksimumsgrænser for udledning eller udstedelse af påbud og forbud) er afgifter og andre *økonomiske styringsmidler* (f.eks. tilskudsordninger) langt lettere og billigere at administrere, og afgifterne kan som styringsinstrument tages i brug næsten med dags varsel.

3.2. Energiafgiftsområdet som eksempel på virksomhedernes situation

I den aktuelle beskatningssituation, der som nævnt præges af beskatningen på energiområdet, har man valgt en kombination af den let administrerbare (og givtige) afgiftsløsning og en mere besværlig administrativ aftaleordning, der skal varetage hensynet til erhvervslivets konkurrenceevne.

Hidtil har momsregistrerede virksomheder (i modsætning til husholdningerne og ikke-momsregistrerede virksomheder, herunder offentlige virksomheder) kunnet få deres energiafgifter på olie, kul og el godtgjort med 100 pct. gennem modregning i momsen.

Den med skattereformen af 1993 indførte CO₂ afgift gjorde ikke nogen principiel forskel på dette godtgørelsessystem, bortset fra at godtgørelsen som udgangspunkt kun var på 50 pct.

Energipakken fra 1995 indeholder derimod en systematisk opbygget blanding af afgifter og frivillige aftaler med erhvervslivet og har et mere

nuanceret syn på godtgørelses- og tilskudsordningerne end de hidtidige afgiftslove.

3.2.1. Afgifterne

Af hensyn til konkurrenceforholdene vil man nu især støtte erhvervslivets produktionsprocesser, mens støtten på de områder, der kommer husholdningerne nærmest (rumopvarmning og forbrug af varmt vand) skal fjernes.

For energiafgifternes vedkommende sker nedtrapningen af fradragene vedrørende *rumvarme* m.v. gradvis frem til 1998, mens det hidtidige fradrag på 50 pct. af CO₂-afgiften uden overgangsordning bortfalder fra den 1. januar 1996, når afgiften hviler på rumvarme.

Er der tale om *procesformål*, er der fortsat 100 pct. godtgørelse af energiafgifterne, mens 50 pct. godtgørelsen af CO₂-afgiften nedtrappes gradvis til år 2000 med en favorabel ordning for såkaldt tunge processers vedkommende.

Det kan allerede nu konstateres, at både sondringen mellem energi til rumvarme m.v. og til procesformål og sondringen mellem tunge og lette processer giver afgrænsningsvanskeligheder.

3.2.2. De frivillige aftaler

For de tunge og i nogle tilfælde også for lette processers vedkommende skal afgiftsbetalingen ses i lyset af, at der kan gives CO₂-tilskud til betaling af afgifterne under forudsætning af, at virksomhederne indgår aftaler med Energistyrelsen om energieffektivisering.

Herudover kan der blive tale om direkte investeringstilskud til medfinansiering af anlæg til energieffektivisering i virksomhederne.

Endelig kan tilbageføringen af afgifterne ske i form af nedsættelse af arbejdsgivernes ATP-betaling og reduktion af arbejdsmarkedsbidraget.

I denne aftaledel er det af en vis betydning, hvem der skal indgå aftalerne. Praktiske grunde taler for brancheaftaler, mens retssikkerhedsgrunde måske taler for individuelle aftaler med virksomhederne, som ikke alle - specielt ikke de virksomheder, der står uden for brancheorganisationerne - føler sig trygge ved kollektive aftaler.

Resultatet er foreløbig blevet, at handlingsplanerne indgås med hele brancher eller større grupper af virksomheder, men således at en brancheplan

ikke i sig selv udløser tilskud, før den enkelte virksomhed har undertegnet planen og dermed tilsluttet sig dens vilkår.

4. Interesse- og retskonflikter

Den sidstnævnte problemstilling er på en måde symptomatisk for hele miljøskattediskussionen.

Der er tale om et uoverskueligt afgiftsområde, som støttes på et uprøvet administrativt apparat, med store økonomiske og politiske interesser på spil. Virksomhederne føler sig i nogen grad spillet ud mod hinanden, og det er en ringe trøst for den virksomhed, der ikke kan forhandle sig til rette, at erhvervslivet som helhed ikke mister noget ved de accellerende pålæg af grønne afgifter.

De beskæftigelses- og konkurrencemæssige forhold er uafklarede, og i international sammenhæng er der ingen garanti for, at Danmarks pionerrolle i EU resulterer i den grønne profil og dermed i den forbedring af konkurrenceevnen på længere sigt, som regeringsøkonomerne påregtede forud for forhandlingerne med erhvervslivet i 1995.

Om husholdningerne på deres side kan påregne, at de grønne afgifter vil medføre nedsatte personlige skatter og dermed et uændret samlet skattetryk, således som det blev forudsat i skattereformen, må i nogen grad blive en trossag. Sporene skræmmer, når det gælder løfter om skattelettelser.

Case C-13/94 *P. v S. and Cornwall County Council*: Expanding the Concept of “Sex” Discrimination?

by
Lynn M. Roseberry, J.D., LL.M.

In *P. v S. and Cornwall County Council* the European Court of Justice held that Article 5(1) of Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women prohibits dismissal of a transsexual for a reason related to gender reassignment. This ruling is said to have caught the Commission by surprise¹⁾ although a seven-year-old resolution of the European Parliament had called “on the Commission and the Council to *make it clear* that Community directives governing the equality of men and women at the workplace also outlaw discrimination against transsexuals.”²⁾ Why, then, should the Commission or, for that matter, anyone else have been surprised by the European Court’s ruling?

The Court’s ruling might be surprising to someone sharing the Commission’s view of the content of the principle of “equal treatment for men and women,” the implementation of which is the Directive’s express purpose.³⁾ The Commission and the United Kingdom Government took the position that this principle concerns the comparative treatment of men and women. According to this view, the equal treatment principle is violated only if a person can be shown to have been treated differently as compared to a person of the opposite sex. The employer had argued that it had dismissed P. because of her sex-change, not because of her sex. The Commission and the United Kingdom accordingly argued that there was no sex discrimination for purposes

¹⁾ See Julie Wolf and Shailagh Murray, “EU Notebook: A Special Background Report On European Union Business And Politics,” 2/5/96 Wall St. J. Eur. 1.

²⁾ Resolution of 9 October 1989, OJ 1989 C 256 p. 33, emphasis added.

³⁾ The Directive states, “The purpose of this Directive is to put into effect in the Member States the principle of equal treatment for *men and women* as regards access to employment, including promotion, and to vocational training and as regards working conditions and, on the conditions referred to in paragraph 2, social security. This principle is hereinafter referred to as ‘the principle of equal treatment.’” Council Directive 76/207/EEC, Article 1(1), emphasis added.

of the Directive because men and women undergoing a sex-change would have been treated equally badly by this employer.

It should not be surprising that the Court would want to reject this argument simply because it is deeply dissatisfying to resolve such a case by finding that an employer can treat employees badly so long as he does it evenhandedly. It also seems overly formalistic in its insistence on the difference between discrimination on the basis of sex and discrimination on the basis of sex-change. Indeed, the Advocate General was moved to describe this argument as “a quibbling formalistic interpretation and a betrayal of the true essence of that fundamental and inalienable value which is equality.”⁴⁾

However formalistic the Commission’s argument may have been, there seems to be something to it when considered in light of the third recital of the Preamble, which states that “equal treatment for male and female workers constitutes one of the objectives of the Community, in so far as the harmonization of living and working conditions while maintaining their improvement are ...to be furthered.” Transsexuals are not mentioned, nor could they have been intended to be included, because the economic rationale of “harmonization of living and working conditions” as stated in the Preamble could not reasonably extend to the situation of transsexuals in the E.C.⁵⁾ There are simply not enough transsexuals in the E.C. to require harmonization of the member States’ employment discrimination laws in order to avoid distortion of the market. There were certainly not many when the Directive was adopted in 1976 as the techniques for sex change surgery had hardly been developed at that time. If one adheres to the view that Community law’s legitimate sphere of application is confined to the operation of a common market, then the Court’s ruling appears to be an unwarranted intrusion into the member States’ social policies.

Given the rather short shrift the Advocate General and the Court give these arguments, one might be tempted to view this ruling as an example of an expansionist agenda whereby the Court seeks to establish a body of Community social policy by judicial fiat. Both the Court and the Advocate General dismiss the more restrictive interpretation suggested by the legislative intent underlying the Directive by finding that the Directive is an expression of a general principle of equality which precludes the kind of discriminatory

⁴⁾ Case C-13/94, Opinion of Advocate General Tesouro, delivered on 14 December 1995, [hereinafter referred to as “Tesouro”] at section 20.

⁵⁾ It is reasonable to conclude on the basis of the above that the Directive’s *implicit* purpose is to improve the position of women. See Tamara Hervey, “The Future for Sex Equality Law in the European Union” in *Sex Equality Law in the European Union* (John Wiley & Sons 1996) [hereinafter referred to as Hervey & O’Keeffe] 399, n. 1.

treatment at issue in this case.⁶⁾ The Court does not discuss the express purpose of the Directive at all.⁷⁾ The Advocate General's opinion frankly acknowledges that the Directive could not have been intended to apply to transsexuals because the Directive could only take into account social realities existing at the time of its adoption in 1976 and transsexualism was "a reality only just beginning to be 'discovered' at that time."⁸⁾

However, one must resist the temptation of adopting a cynical view of the Court's decision in this case. The Court's case law on sex discrimination as a whole does not reflect an expansionist agenda. While it is true the Court occasionally refers to the social function of Community sex equality laws to justify some of its decisions,⁹⁾ most of the Court's decisions in this area can be explained as being guided primarily by the economic objective of avoiding distortion of competition.¹⁰⁾ A better explanation for this decision can be found in the following three points of the decision: (1) The definition of the principle of "equal treatment for men and women"; (2) The nature of transsexualism; and (3) the lines of comparison chosen by the Court.

1. The definition of the principle of "equal treatment for men and women"

The Court adopts the definition of the principle of equal treatment given in Articles 2(1) and 3(1) of the Directive:¹¹⁾ "The principle of equal treatment for

⁶⁾ See text accompanying notes 13 and 17, *infra*. It should be noted that the use of a general principle to support a broad interpretation of Community legislation is not new, see, e.g. Case 43/75 *Defrenne No. 2* [1976] ECR 455 (holding that Article 119 has direct effect).

⁷⁾ The Court briefly refers to the Directive's purpose as if it --oddly enough--*supports* the ruling that the Directive should apply to transsexuals: "In view of its *purpose* and nature of the rights which it seeks to safeguard, the scope of the directive is also such as to apply to discrimination arising from the gender reassignment of the person concerned." Case C-13/94, paragraph 20, emphasis added.

⁸⁾ Tesauro, section 23.

⁹⁾ See, e.g., Case 43/75 *Defrenne v Sabena No 2* [1976] ECR 455.

¹⁰⁾ See, e.g., Catherine Barnard, "The Economic Objectives of Article 119" in Hervey & O'Keeffe, 321, 327-329; Ian Ward, "Beyond Sex Equality: The Limits of Sex Equality Law in the New Europe," in Hervey & O'Keeffe, 369, 377.

¹¹⁾ Article 2(1) states: "For the purposes of the following provisions, the principle of equal treatment shall mean that there shall be no discrimination whatsoever on grounds of sex either directly or indirectly by reference in particular to marital or family status." Article

'men and women'... shall mean that there shall be no discrimination whatsoever on grounds of sex."¹²⁾ Because this definition uses the word "sex" instead of referring to the (male and female) sexes, the Court could have plausibly concluded on that basis alone that the Directive does not concern only the comparative treatment of men and women, but something broader or qualitatively different. However, the Court continues, "Thus, the directive is simply the expression, in the relevant field, of the principle of equality, which is one of the fundamental principles of Community law."¹³⁾ "Moreover, the right not to be discriminated against on grounds of sex is one of the fundamental human rights whose observance the Court has a duty to ensure."¹⁴⁾ It is not clear what these two points add to the Court's reasoning. They may be intended to support interpreting the Directive's definition of the equal treatment principle more broadly than the Preamble and statement of purpose in Article 1(1) appear to suggest. However, there is nothing inherently inconsistent in interpreting the Directive's definition of equal treatment to have a broader scope than the Directive's express purpose. It could be argued that a broad definition of the equal treatment principle is necessary to achieve the Directive's purpose.

2. The nature of transsexualism

From its discussion of the definition of the equal treatment principle the Court moves directly to its conclusion:

Accordingly, the scope of the directive cannot be confined simply to discrimination based on the fact that a person is of one or other sex. In view of its purpose and the nature of the rights which it seeks to safeguard, the scope of the directive is also such as to apply to discrimination arising, as in this case, from the gender reassignment of the person concerned.

3(1) states: "Application of the principle of equal treatment means that there shall be no discrimination whatsoever on grounds of sex in the conditions, including selection criteria, for access to all jobs or posts,..."

¹²⁾ Case C-13/94 at paragraph 17.

¹³⁾ *Ibid* at paragraph 18.

¹⁴⁾ *Ibid* at paragraph 19 (citations to previous cases omitted).

Such discrimination is based, essentially if not exclusively, on the sex of the person concerned. Where a person is dismissed on the ground that he or she intends to undergo, or has undergone, gender reassignment, he or she is treated unfavourably by comparison with persons of the sex to which he or she was deemed to belong before undergoing gender reassignment.¹⁵⁾

When the Court says the Directive's scope "cannot be confined to discrimination based on the fact that a person is of one or other sex," it implies that transsexuals are neither male nor female, but a sort of third sex. By conceptualizing transsexualism in this way the Court simultaneously makes "sex" discrimination apply to discrimination against transsexuals and redraws the lines of comparison argued by the Commission and the United Kingdom.

3. The lines of comparison

Any analysis under the concept of equality requires an answer to the question "Equal to whom?" A person can only be equal in comparison with someone else. As demonstrated by the Commission's argument, one can draw the lines of comparison in a way that makes it impossible for transsexuals ever to prove sex discrimination. The Commission compared men undergoing gender reassignment with women undergoing the procedure. Because they both would be treated equally badly, there was no sex discrimination. The Court compares the transsexual with "persons of the sex to which he or she was deemed to belong before undergoing gender reassignment." The Court might just as well have said "persons of the sex to which he or she is deemed to belong *after* undergoing gender reassignment." It amounts to the same comparison: transsexuals and non-transsexuals. This comparison allows the discrimination to reveal itself.

The Court's reasoning is no more satisfying than the Commission's. It has an aura of nimble intellectual footwork that leaves one wondering whether the success of any sex discrimination claim depends more on how good the tribunal is at finding the right comparison to draw than on the substance of the

¹⁵⁾ *Ibid* at paragraph 21.

claim.¹⁶⁾ To borrow Advocate General Tesauro's phrase, it all seems like so much "formalistic quibbling."

In an effort to get beyond the formalistic quibbling involved in making comparisons, Tesauro argued that the Directive should apply to discrimination against transsexuals because the the Directive is an expression of the general principle that "sex should be irrelevant to the treatment everyone receives."¹⁷⁾ Viewed in the light of this principle, discrimination against women is caused by a mistaken belief that there are significant natural differences between women and men. The proper remedy for sex discrimination defined this way is to prohibit using a person's sex as a criterion for unequal treatment. Within this model of sex discrimination, extending the Directive's protection to transsexuals can be viewed as consistent with the Directive's express purpose of achieving "equal treatment for *men* and *women*." Equal treatment of male and female workers can be achieved if the employee's sex, regardless of whether it is the sex he/she was born with or not, is deemed irrelevant to employment decisions.

The proposition that "sex should be irrelevant to the treatment everyone receives" is a familiar and popular way of formulating sex equality.¹⁸⁾ The American commentator, Christine Littleton, calls this the "symmetrical" model of sex equality because by denying that there are any significant differences between women and men it considers the two sexes to be "symmetrically

¹⁶⁾ Another example of the importance of where the lines of comparison are drawn are cases dealing with discrimination against women on grounds of pregnancy and maternity. The United States Supreme Court compared pregnant persons with nonpregnant persons in a case challenging a state's exclusion of pregnancy from its employee disability plan. See *Geduldig v. Aiello*, 417 U.S. 484 (1974). See also *General Electric Co. v. Gilbert*, 429 U.S. 125 (1976)(same comparison in reviewing challenge to exclusion of pregnancy from private employer's disability plan). The English courts on the other hand have tried comparing the way employer's treat pregnancy with the way they treat other disabilities. See, e.g., *Webb v EMO Air Cargo* [1992] 1 CMLR 793. The European Court of Justice, on the other hand, has refused to undertake the exercise of finding a male comparator. In *Dekker v. VJV Centrum*, Case C-177/88 [1990] ECR I-3941, the Court held that pregnancy discrimination is direct discrimination against women since only women can become pregnant.

¹⁷⁾ Tesauro, section 23.

¹⁸⁾

¹⁸⁾ In the United States, this view of sex discrimination was directly patterned after race equality legal theory developed in the 1960s. In the 1970s the first wave of American feminist trial lawyers adopted this approach in the first major constitutional sex discrimination cases. See, e.g., *Califano v. Goldfarb*, 430 U.S. 199 (1977); *Weinberger v. Wiesenfeld*, 420 U.S. 636 (1975); *Kahn v. Shevin*, 416 U.S. 351 (1974).

located with regard to *any* issue, norm, or rule.”¹⁹⁾ This approach classifies any perceived asymmetries between the sexes as illusions or over broad generalizations. It appeals to courts since the concept of equality requires drawing symmetrical relationships--likes should receive like treatment and unlikes should receive unlike treatment.²⁰⁾ It also has an aura of fairness about it in that men stand to benefit from this model of sex equality as well as women. Christine Littleton points out, “If perceived difference between the sexes is only the result of overly rigid sex roles, the men’s liberty is at stake too. Ending this form of sexual inequality could free men to express their ‘feminine side, just as it frees women to express their ‘masculine’ side.”²¹⁾

While Tesauro’s argument is based on a popular and well-established approach towards sex discrimination it is not compatible with the model of sex discrimination put forward by the Directive. The Directive takes an “asymmetrical” approach toward sex discrimination by specifically dealing with situations where men and women are perceived to be different.²²⁾ Article 2(2) allows exclusions where the sex of the worker is a determining factor. Article 2(3) allows for special protections for women in relation to pregnancy and maternity. Article 2(4) permits “measures to promote equal opportunity for men and women, in particular by removing existing inequalities which affect women’s opportunities in the areas referred to in Article 1(1).”

Asymmetrical approaches to sex equality take the position that important differences between the sexes *do* exist and need to be dealt with in order to achieve a sexually equal society.²³⁾ However, feminists have developed several different asymmetrical models of sex equality,²⁴⁾ and it is difficult to determine which one, if any, the Directive fits.

¹⁹⁾ Christine A. Littleton, “Reconstructing Sexual Equality” [hereinafter referred to as “Littleton”] in Bartlett & Kennedy, *Feminist Legal Theory: Readings in Law and Gender*, (Westview Press 1991) 35.

²⁰⁾ See text accompanying note 27 *infra*.

²¹⁾ Littleton at 36.

²²⁾ See *ibid*.

²³⁾ *Ibid*.

²⁴⁾ See generally *ibid* at 36-39.

The Directive's allowance for "special protections" for women suggests that it fits the special rights model articulated by Elizabeth Wolgast.²⁵⁾ She asserts that the differences between men and women are substantial and acknowledges that social institutions have evolved in accordance with standards to which some groups within society do not conform. For example, the fact that many buildings do not have ramps for wheelchair access reflects the fact that nondisabled people are taken as the norm. Similarly, employment policies that do not permit time off for childbirth reflect the fact that work has evolved according to a male norm. The essence of Wolgast's theory of equality is that there are two types of rights: "equal" rights and "special" rights. To continue with the two examples above, a statement to the effect that "Everyone has an 'equal' right of access to buildings or employment" means that those right inheres in each individual. But because building construction has evolved according to a norm of nondisabled people and employment according to a male norm, disabled people and childbearing women must be granted "special" rights to achieve equality. A disabled person is denied the "equal" right of access unless she is granted a "special" right to a ramp. A childbearing woman must be granted a "special" right to maternity leave.

The Directive's allowance for positive action measures are consistent with another asymmetrical approach, "empowerment," which rejects sex differences altogether as a relevant subject of inquiry.²⁶⁾ Instead, equality is violated if "a law, practice, or policy contributes to the subordination of women or their domination by men."²⁷⁾ Positive action measures for women are not sex discrimination, according to this model, because they empower women or contribute to the breakdown of male domination.

Each of these asymmetrical models fits only parts of the Directive well, and it is unacceptable methodologically to pick one depending on which part of the

²⁵⁾ See Elizabeth Wolgast, *Equality and the Rights of Women* (1980). This model is also sometimes referred to as a "bivalent" model because it is based on a system of "equal" and "special" rights.

²⁶⁾ There are more or less radical versions of this model. Littleton at 39. The more radical version, argued by Catharine MacKinnon, the chief proponent of the empowerment model, claims that sex differences are socially constructed by the subordination of women to men. See MacKinnon, "Difference and Dominance: On Sex Discrimination" in MacKinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* (Harvard University Press 1987) 32. The weaker version argues that "we should forget about the question of differences and focus directly on subordination and domination" because "we simply do not and cannot know whether there are any important differences between the sexes that have not been created by the dynamic of domination and subordination." Littleton at 39.

²⁷⁾ Littleton at 39.

Directive is at issue. The only general principle these two asymmetrical models of sex equality have in common is the principle that important differences between the sexes exist and need to be dealt with. That principle is not specific enough to permit a court to reason their way to a convincing conclusion in this or any case. Thus it appears that this case cannot be decided simply by referring to a general principle underlying the Directive.

While I have argued that neither the Commission, nor the Court, nor the Advocate General articulated good reasons for their conclusions in this case, it should now be apparent that I do not fault them for it. Rather, I submit that the fault lies in the lack of analytic content in the principle of equal treatment. The nature of that principle makes it simply impossible to decide this case--whether for or against P.--without engaging in "formalistic quibbling" or judicial activism.

That "equal treatment for men and women" is analytically empty can be demonstrated by deconstructing the concept of "equality." "Equality" embodies the idea that likes should be treated alike and unlikes should be treated unlike.²⁸⁾ "Equality" is an empty concept because it does not tell you what is alike and what is not,²⁹⁾ nor, indeed, what are proper subjects of comparison. One must rely on another standard, such as a legal norm, that identifies what things are to be considered alike for purposes of equal treatment. The Equal Treatment Directive is an example of such a legal norm. It prohibits unequal treatment on the basis of sex, which is a negative way of saying that people of different sexes should be treated alike. This seems straightforward enough until one unpacks all the ways in which sex is considered to signify difference. The most obvious differences are the purely biological ones--different genitalia and reproductive capacities. There are also socially constructed differences, like different personal grooming and dress habits, but which differences should be included under this category do not command universal agreement. Considering all these differences, "sex equality" appears to mandate unequal treatment, i.e. treating unlikes alike. One can avoid this problem only by taking a position regarding which differences, if any, matter. For example, Tesauro took the position in this case that there are no sex-related differences relevant to decisions about how to treat

²⁸⁾ The concept of equality employed by Western legal systems has its roots in Aristotle's philosophy. For a scholarly discussion of the roots of equality, see Westen, "The Empty Idea of Equality", 95 Harv. L. Rev. 537, 542-543 (1982).

²⁹⁾ See generally *id.*; see also Claus Gulmann and Karsten Hagel-Sørensen, *EU-Ret* (3rd ed. 1995) 66-67.

men and women.³⁰⁾ Alternatively, one could say that only the biological differences (such as pregnancy and breast-feeding) are “real” differences that require differential treatment. This is the “accommodationist” position adopted by some feminists.³¹⁾ Which alternative is the correct one is an open question under the concept of sex equality because it does not contain a standard by which one can determine whether any of these differences matter. Again, reference must be made to some norm other than “sex equality” to make such determinations.

Sex equality’s lack of content showed itself in two ways in this decision: (1) the different conceptions of where to draw the lines of comparison, and (2) the inability to formulate a general principle that is consistent with the model of sex discrimination adopted by the Directive. Nothing in the general principle of equality or in the Directive dictates with whom transsexuals are to be compared for purposes of equal treatment analysis. Thus, neither the Commission’s nor the Court’s reasoning was wrong. There are simply no “right” answers to be obtained from either the Directive or the general principle of equality on the question of whom transsexuals are to be compared with for purposes of sex equality analysis. The Advocate General tried to avoid this problem by abstracting a general principle from the Directive. Although the Advocate General settled on a general principle that is at odds with the asymmetrical model of sex equality expressed by the Directive, in the end it is a distinction without a difference, because the only general principle that can be abstracted from the Directive is useless. This principle, i.e. that important differences between the sexes exist and need to be dealt with, is useless because it does not tell us how to determine *which* differences are relevant in any given situation nor *how* they should be dealt with.³²⁾

³⁰⁾ He took the same position in Case C-450/93 *Kalanke v Freie Hansestadt Bremen* Judgment of 17 October 1995, nyr, in which the Court held that the affirmative action provisions adopted by the City of Bremen constituted discrimination on grounds of sex.

³¹⁾ See, e.g. Sylvia Law, “Rethinking Sex and the Constitution,” 132 U. Pa. L. Rev. 955, 1007-13 (1984)(arguing for equal treatment approach in all areas except reproduction, where empowerment approach should be adopted)(as cited in Littleton); Herma Hill Kay, “Equality and Difference: The Case of Pregnancy,” 1 Berkeley Women’s L.J. 1, 27-37 (1985)(arguing that sex differences should be ignored, except when a female is actually pregnant)(as cited in Littleton).

³²⁾ See Ann Scales, “Towards a Feminist Jurisprudence,” 56 Ind. L.J. 375, 436 (1980-81)(“Without a rule limiting which differences between the sexes can be taken into account and a requirement that in all other circumstances men and women be treated as equals, its proponents have their feet planted on the slippery slope of judicial stereotyping.”)

The foregoing critique of the concept of “sex equality” is not new. Beginning with Catherine MacKinnon, a number of feminists have written about sex equality’s ineffectiveness as a tool for improving women’s situation in the world.³³⁾ Little by little they have articulated alternative theories that account for the subordination of women and point the way to a different approach to the problem. However, a discussion of the alternatives to equality analysis is beyond the scope of this article. The immediate, and most pressing, question before us is given that “[t]here is no definition of (sex) equality, or rather there are too many, none of them right, as such, and none of them wrong,”³⁴⁾ how is the European Court of Justice to decide this case? By doing exactly what it did, in my opinion. Granted, its reasoning seems formalistic, but it is legally correct and in tune with the most general principle of the Directive, equality, such as it is. Furthermore, it is responsive to the undisputable fact that P. was explicitly discriminated against because she changed her sex. Although it is impossible to frame a coherent argument to support a decision for or against P., it is counterintuitive to suggest that such discrimination has nothing to do with sex discrimination. After all, dismissing someone from his job because of his sex change is an effective way of enforcing clear boundaries between what we deem “correct” male and female behavior, which is something most advocates of sex equality would agree they are working against.

³³⁾ For a brief summary of feminist critiques of equality and the development of alternative theories, see Ian Ward, “Beyond Sex Equality: The Limits of Sex Equality Law in the New Europe” in Hervey & O’Keeffe, 369.

³⁴⁾ *Ibid* at 374.

Økonomibegrebet i EU-retten - særligt i forhold til arbejdstagernes stilling ved tildeling af offentlige kontrakter

Af
Ruth Nielsen

1. Problemstillinger

Artiklen handler om økonomibegrebet i to EU-retlige regelsæt, der har særlig betydning for arbejdstagernes stilling i forbindelse med tildeling af offentlige kontrakter vedrørende bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser.

For det første diskuteres begrebet økonomisk i sammenhæng med direktivet om beskyttelse af arbejdstagere ved virksomhedsoverdragelse,¹⁾ der efter EF-Domstolens praksis finder anvendelse, når der er tale om en »økonomisk enhed, der har bevaret sin identitet«. Der foreligger en række sager, hvor EF-Domstolen har taget stilling til kriterierne for, om en virksomhed er økonomisk og om dens identitet er bevaret. Specielt i relation til virksomhedsoverdragelser i forbindelse med udbud af offentlige kontrakter er begrebet dog stadig uafklaret og meget omdiskuteret.

Offentlige kontrakter over en vis størrelse skal som hovedregel tildeles enten ved hjælp af kriteriet »laveste pris« eller »økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Nærværende artikel handler for det andet om fortolkningen af begrebet økonomisk i sammenhængen »økonomisk mest fordelagtige tilbud«. Retspraksis herom er beskeden og det diskuteres, om den mere omfattende praksis vedrørende økonomibegrebet på andre områder er vejledende for fortolkningen, herunder navnlig om ikke-kommercielle hensyn kan indgå i vurderingen af, hvilket bud der er det økonomisk mest fordelagtige.

2. Virksomhedsoverdragelse

2.1. Generelt om direktivet

Direktivet om virksomhedsoverdragelse er præceptivt til fordel for lønmodtagerne, men det tilsigter kun en delvis harmonisering, idet det i det væsentlige

¹⁾ 77/187/EØF

bestemmer, at den beskyttelse, som arbejdstagerne har i henhold til de forskellige medlemsstaters egen lovgivning, også skal gælde i tilfælde, hvor virksomheden overføres.²⁾ Direktivet indeholder i artikel 3, 4 og 5 bestemmelser om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i henhold til individuelle arbejdskontrakter og kollektive overenskomster, afskedigelser på grund af overdragelsen og beskyttelse af arbejdstagerrepræsentanternes retsstilling og funktion.

Direktivet tilsigter ikke at indføre en ensartet beskyttelse for hele Fællesskabet på grundlag af fælles kriterier. Det kan derfor kun påberåbes med henblik på at sikre, at arbejdstageren opnår samme beskyttelse i forhold til erhververen, som han havde i forhold til overdrageren i henhold til vedkommende medlemsstats retsregler.³⁾

Direktivet beskytter således kun arbejdstagerne mod, at overdragelsen benyttes som en selvstændig begrundelse for at stille arbejdstagerne ringere end de ellers ville være.⁴⁾

2.2. Direktivets anvendelsesområde

De problemer vedrørende virksomhedsoverdragelse, der diskuteres i denne artikel, angår direktivets anvendelsesområde. Hvornår der foreligger en virksomhedsoverdragelse i direktivets forstand, beror på en fortolkning af art 1, der bestemmer:

1. Dette direktiv finder anvendelse på overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter til en anden indehaver som følge af overdragelse eller fusion.

I forhold til offentlige kontrakter er det navnlig følgende tre situationer, der kan diskuteres:

2.2.1. Udlicitering/contracting out.

Hvis en arbejdsgiver-1 (en offentlig ordregiver) efter gennemførelse af et udbud i overensstemmelse med udbudsdirektiverne tildeler en tjenesteydelseskontrakt til en tjenesteyder/arbejdsgiver-2 vedrørende en ydelse, som arbejdsgiver 1 (den offentlige ordregiver) tidligere selv har varetaget, opstår

²⁾ Jf præmis 26 i Danmols-sagen (105/84)

³⁾ Jf præmis 16 i Daddy's Dance Hall-sagen (324/86)

⁴⁾ Se generelt om direktivet Nielsen, Ruth: Lærebog i Arbejdsret, Kbhvn 1996 kap X

spørgsmålet, om arbejdsgiver-2 i denne situation skal overtage personalet på uændrede vilkår.⁵⁾ Denne situation svarer i det væsentligste til situationen i ISS-sagen⁶⁾ og Christel Schmidt-sagen,⁷⁾ hvor direktivet blev anset anvendeligt. I disse sager var der dog ikke tale om udlicitering af opgaver, der tidligere havde været varetaget af offentlige myndigheder, men om private virksomheder, der eksternaliserede (outsourcete) henholdsvis kantine- og rengøringsfunktioner.

2.2.2. Successive udbudsrunder

Hvis en offentlig ordregiver efter gennemførelse af et udbud i overensstemmelse med udbudsdirektiverne tildeler en kontrakt til en entreprenør/tjenesteyder (arbejdsgiver-1) for en periode og efter udløbet af kontrakten afholder en ny udbudsrunde, hvor en anden entreprenør/tjenesteyder (arbejdsgiver-2) vinder kontrakten, opstår spørgsmålet, om arbejdsgiver-2 skal respektere virksomhedsoverdragelsesdirektivet og overtage arbejdsgiver-1's personale på uændrede vilkår.

I Eilesund-sagen⁸⁾ udtalte EFTA-Domstolen sig om en sådan situation og spørgsmålet verserer for tiden for EF-Domstolen i Süzen-sagen.⁹⁾

2.2.3. Contracting in.

Hvis en offentlig ordregiver efter gennemførelse af et udbud i overensstemmelse med udbudsdirektiverne tildeler en kontrakt til en entreprenør/tjenesteyder (arbejdsgiver-1) og efter et kontraktbrud hæver

⁵⁾ Se generelt om udlicitering og virksomhedsoverdragelse Werlauff, Erik: »Udlicitering og lønmodtagere. Hvornår er en udlicitering en virksomhedsoverdragelse?«, udarbejdet for Udliciteringsrådet, april 1995 og samme »Udlicitering og lønmodtagere - lønmodtageres retsstilling ved udlicitering af offentlige opgaver« U 1995 B 272 samt Nielsen, Ruth: Arbejdsretlige aspekter af udbud af offentlige kontrakter i Arbejdsretligt Tidsskrift B 1991-95, Kbhvn 1996 s 237

⁶⁾ Sag 209/91, Anne Watson Rask Og Kirsten Christensen Mod Iss Kantineservice A/S, Saml 1992-I-575

⁷⁾ Sag C-392/92, Christel Schmidt mod Spar- und Leihkasse der Früheren Ämter Bordesholm, Kiel Und Cronshagen, Saml 1994-I-1311

⁸⁾ Sag 2/95, Eilert Eidesund mod Stavanger Catering A/S, rådgivende udtalelse af 25.9.1996 fra EFTA-Domstolen

⁹⁾ Sag C-13/95, Ayse Süzen mod Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice, verserende

kontrakten og selv overtager arbejdet som arbejdsgiver-2, opstår spørgsmålet, om virksomhedsoverdragelsesdirektivet finder anvendelse. Ved tilsvarende kontraktbrud i rent private relationer har EF-Domstolen antaget, at direktivet finder anvendelse, jf Ny Mølle Kro-sagen.¹⁰⁾

2.3. Udøvelse af offentlig myndighed er ikke økonomisk aktivitet

Kun overdragelse af en virksomhed af økonomisk karakter er omfattet af direktivet, ikke overdragelser/omorganiseringer af udøvelsen af offentlig myndighed. Dette er klart antaget i såvel Eurocontrol sagen¹¹⁾ som Henke-sagen.¹²⁾ I sidstnævnte udtalte EF-domstolen således:¹³⁾

It appears that, in the circumstances to which the main proceedings relate, the transfer carried out between the municipality and the administrative collectivity related only to activities involving the exercise of public authority. Even if it is assumed that those activities has aspects of an economic nature, they could only be ancillary.

In those circumstances, the reply to be given to the national court's first question is that Article 1(1) of the Directive must be interpreted as meaning that the concept of a transfer of an undertaking, business or part of a business does not apply to the transfer of administrative functions from a municipality to an administrative collectivity such as the one in question in the main proceedings.

I Poucet og Pistre-sagen¹⁴⁾ antog EF-Domstolen tilsvarende på det konkurrenceretlige område, at begrebet virksomhed i traktatens artikel 85 og 86 omfatter enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed. Begrebet omfatter derfor ikke de organer, der medvirker ved administrationen af den offentlige socialsikring, idet de har en rent social funktion og udøver en virksomhed, som bygger på princippet om national solidaritet, og ikke drives med vinding for øje.

¹⁰⁾ Sag 287/86, Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark mod Ny Mølle Kro, Saml 1987 s 5465

¹¹⁾ C-364/92

¹²⁾ Ssag C-298/94, Annette Henke mod Gemeinde Schierke, Verwaltungsgemeinschaft Brocken, dom af 15.10.1996, endnu ikke i Samlingen

¹³⁾ I præmis 17 og 18

¹⁴⁾ Forende sager C-159/91 OG C-160/91, Saml 1993 I-637

2.4. Grænsen mellem offentlig myndighedsudøvelse og økonomisk aktivitet drages efter funktionelle og ikke institutionelle kriterier

Det følger ikke af det foregående, at enhver omorganisering af det offentlige arbejdsgiverrolle falder uden for direktivet om virksomhedsoverdragelse. Det meste af, hvad der foregår i fx den danske offentlige sektor er økonomisk aktivitet i den EU-retlige betydning af udtrykket. Det fremgår navnlig klart af EF-Domstolens praksis om fortolkningen af EF-Traktatens art 48, stk 4, der undtager ansættelser i den offentlige administration fra princippet om arbejdskraftens frie bevægelighed. Denne regel fortolkes snævert, således at kun stillinger, der er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed er omfattet. De fleste offentlige stillinger anses derimod ikke for omfattet af art 48, stk 4, men har karakter af økonomisk aktivitet og er underlagt det generelle princip om arbejdskraftens frie bevægelighed.¹⁵⁾

I Poucet og Pistre sagen udtalte Domstolen i overensstemmelse hermed, at begrebet virksomhed inden for konkurrenceretten omfatter enhver enhed, som udfører økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde.¹⁶⁾

2.5. En aktivitet er økonomisk, når den indgår i en kontraktrelation, hvor der præsteres en ydelse til gengæld for en modydelse, der har karakter af betaling

Betalingen vil ofte ske i penge, men det er ikke nødvendigt, jf fx Steyman sagen,¹⁷⁾ der bl.a. angik spørgsmålet, om ulønnet arbejde udført af et medlem af en religiøs sekt (Bhagwan), der til gengæld fik kost og logi af denne, skulle anses som økonomisk virksomhed i EF-traktatens forstand. Domstolen udtalte:

"I det omfang dette arbejde, som skal sikre fællesskabet Bhagwan økonomisk uafhængighed, er et væsentligt led i deltagelsen i dette fællesskab, kan fællesskabets ydelser til sine medlemmer anses for en indirekte modydelse for deres arbejde."

¹⁵⁾ Se herom i den arbejdsretlige litteratur, fx Nielsen, Ruth: Lærebog i arbejdsret, Kbhvn 1996

¹⁶⁾ Jf også sag C-41/90, Höfner og Elser, Saml 1991-I 1979, præmis 21

¹⁷⁾ Sag 196/87, Saml 1988 s 6159

Generaladvokat van Gerven udtalte i en traktatbrudssag mod England vedrørende virksomhedsoverdragelsesdirektivet¹⁸⁾ tilsvarende:

»Som udgangspunkt må efter min opfattelse gælde, at EØF-traktaten i henhold til den grundlæggende bestemmelse i artikel 2 omfatter »den økonomiske virksomhed i Fællesskabet som helhed«, og at Fællesskabet til fremme af en harmonisk (og derfor også afbalanceret) udvikling af den økonomiske virksomhed har til opgave at oprette et fællesmarked. Domstolen har efter fast praksis fortolket begrebet »økonomisk virksomhed« bredt. Allerede i Dona-dommen udtalte den, at »en lønnet arbejdsydelse eller en tjenesteydelse mod vederlag [skal] anses for økonomisk virksomhed i den nævnte traktatbestemmelses forstand«.

For at en virksomhed kan betegnes som økonomisk, er det derfor tilstrækkeligt, at den sker mod betaling....

2.6. Skal der være en direkte kontraktrelation?

Man kan spørge, om det er en betingelse for at anvende direktivet om virksomhedsoverdragelse, at der er en direkte kontraktrelation. Hvis ja, falder kontraktskifte efter en ny udbudsrunde allerede af denne grund uden for direktivet.

Arbejdsretten spurgte i Nymølle Kro-sagen¹⁹⁾ EF-domstolen, om begrebet overdragelse omfatter den situation, at en ejer af en bortforpagtet virksomhed på grund af forpagterens misligholdelse af kontrakten hæver denne og selv overtager driften af virksomheden. EF-domstolen besvarede spørgsmålet bekræftende.

Det er uden betydning, om ophævelsen sker ved en judiciel afgørelse eller ved aftale mellem parterne eller ved en ensidig erklæring fra en af parterne.²⁰⁾ Der behøver ikke at være en direkte kontraktrelation mellem arbejdsgiver 1 og arbejdsgiver 2. I Bork/Junckers-sagen²¹⁾ havde en ejer 1 lejet virksomheden ud til arbejdsgiver 1. Efter ophævelse af lejeaftalen solgte ejer 1 virksomheden til ejer 2, der overtog driften af virksomheden som arbejdsgiver 2. I Daddy's

¹⁸⁾ C-382/92, Saml 1994-I-2435

¹⁹⁾ Sag 287/86

²⁰⁾ Præmis 19 i sag 144 og 145/87 (Berg og Busschers mod Besselsen)

²¹⁾ Sag 101/87, P. Bork International A/S under konkurs mod Foreningens af arbejdsledere i Danmark, og Jens E. Olsen, Karl Hansen m fl samt HK mod Junckers Industrier A/S, Saml 1988 s 3057

Dance Hall²²⁾ havde en ejer (Palads Hotel) bortforpaget restauranter først til arbejdsagiver 1 (Irma) og derefter til arbejdsgiver 2 (Daddy's Dance Hall). I Redmond-sagen²³⁾ havde Groningen kommune først givet kommunal støtte til en stiftelse (Redmond), der drev hjælpearbejde blandt narkomaner, og derefter trak man støtten tilbage og gav i stedet støtte til en anden (Sigma), der udførte samme funktioner. Dette blev anset for en overførsel som følge af aftale. Domstolen udtalte, at begrebet overførsel som følge af overdragelse omfatter enhver forandring inden for rammerne af kontraktrelationer. I Merckx-sagen²⁴⁾ overdrog Ford eneforhandlingsretten vedrørende Fordbiler i et vist geografisk område fra Anfo Motor til Novarobel. Overførslen blev anset for omfattet af direktivet om virksomhedsoverdragelse.

Efter EF-Domstolens praksis synes svaret på spørgsmålet, om der skal være en direkte kontraktrelation mellem arbejdsgiver 1 og 2, ret klart at være, at det er tilstrækkeligt, at der er en kontraktuel kontekst, uden at der behøver at være en direkte kontraktrelation mellem arbejdsgiver-1 og arbejdsgiver-2.

2.7. Det økonomiske omfatter mere end det kommercielle i relation til virksomhedsoverdragelse

Af Steyman-sagen,²⁵⁾ der handlede om arbejdskraftens frie bevægelighed, følger, at den økonomiske virksomhed, der er omfattet af EF-traktaten, ikke er begrænset til virksomhed, der udføres med gevinst for øje eller med kommerciel risiko. Det økonomiske omfatter al virksomhed, der udøves direkte eller indirekte mod betaling, forstået som en økonomisk modydelse.

I Redmond-sagen²⁶⁾ blev direktivet om virksomhedsoverdragelse anset anvendeligt på en overdragelse mellem to non-profit virksomheder, der begge var selvejende institutioner med sociale og humanitære formål (behandling af narkomaner på non-kommerciel basis).

²²⁾ Sag 324/86

²³⁾ Sag 29/91, Dr Sophie Redmond Stichtung mod Hendrikus Bartold m fl, dom af 19.5.1992, endnu ikke i Samlingen

²⁴⁾ Sag C-171/94, Albert Merckx og Patrick Neuhuys mod Ford Motors Company Belgium SA Dom af 7.3. 1996, endnu ikke i Samlingen

²⁵⁾ Sag 196/87, Saml 1988 s 6159

²⁶⁾ Sag 29/91, Dr Sophie Redmond Stichtung mod Hendrikus Bartold m fl, Saml-I-3189

I traktatbrudsagen mod England vedrørende direktivet om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelser²⁷⁾ var et af problemerne, at England (i første omgang) havde begrænset gennemførelsen af direktivet til virksomheder, der havde karakter af et »commercial venture«. Dette blev anset for traktatbrud.

Økonomibegrebet i EU-retten kan således efter EF-Domstolens praksis ikke reduceres til »det kommercielle« men har et bredere indhold.

Problemet blev diskuteret ret indgående af generaladvokat van Gerven i ovennævnte traktatbrudssag mod England. England henviste bla til EF-Traktatens art 58 og 66, der begrænser etableringsfriheden og friheden til at præstere tjenesteydelser til juridiske personer, der arbejder med gevinst for øje. Dette argument for at direktivet om virksomhedsoverdragelse kun skulle gælde kommercielle virksomheder blev afvist under henvisning til, at direktivet om virksomhedsoverdragelse ikke har hjemmel i traktatbestemmelserne om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser, men derimod i EF-Traktatens art 100. Det stemmer heller ikke med EF-Domstolens praksis. De selvejende institutioner, der udgjorde virksomhederne i Redmond-sagen, falder således uden for fri bevægelighedsreglerne i EF-Traktaten, men inden for direktivet om virksomhedsoverdragelse.

England henviste også til Poucet og Pistre dommen, der er omtalt ovenfor. I denne blev sygekasser anset for at falde uden for begrebet virksomhed i EF-Traktatens art 85 og 86, fordi de har en rent social funktion og udøver en virksomhed, som bygger på princippet om national solidaritet, og ikke drives med vinding for øje. Det fremgår dog også af Poucet og Pistre sagen, at der ikke var nogen sammenhæng mellem de kontingenter, medlemmerne betalte til sygekasserne og de lovbestemte ydelser, de fik i tilfælde af sygdom. Der var således ikke tale om en kontraktrelation, hvor der blev præsteret en ydelse til gengæld for en modydelse, der kunne anses for betaling.

Van Gerven konkluderede på grundlag af en gennemgang af Domstolens praksis:

»Af ovenstående følger, at den økonomiske virksomhed, der er omfattet af EØF-traktaten, ikke er begrænset til virksomhed, der udføres med gevinst for øje eller med kommerciel risiko. Det drejer sig tværtimod om al virksomhed, der udøves direkte eller indirekte mod betaling, forstået som en økonomisk modydelse.«

I ændringsforslaget til direktivet om virksomhedsoverdragelse bestemmes det tilsvarende, at direktivet finder anvendelse på virksomheder, private såvel som offentlige, der udøver en økonomisk aktivitet, uanset om de opererer med

²⁷⁾ C-382/92, Saml 1994-I-2435

gevinst for øje eller ej.²⁸⁾ Denne formulering kan kun anses for en kodifikation af allerede gældende ret.

2.8. Virksomheden skal ud fra en helhedsvurdering have bevaret sin økonomiske identitet

EF-Domstolen har gentagne gange, senest i Merckx-sagen²⁹⁾ fastslået, at det fremgår af fast retspraksis, at det afgørende ved vurderingen af, om der foreligger overførsel efter direktivet, er, om den pågældende enhed har bevaret sin økonomiske identitet, hvilket navnlig må lægges til grund, såfremt driften faktisk fortsættes eller genoptages.³⁰⁾

I det følgende vil jeg behandle de forskellige elementer, der er afgørende for, om der er økonomisk identitet.

I konklusionen i Spijkers-sagen³¹⁾ fastslog EF-Domstolen første gang, at det afgørende er, at den økonomiske identitet er bevaret. EF-domstolen har siden i en halv snes domme gentaget og uddybet efter hvilke kriterier dette afgøres.

Der skal ske en helhedsbedømmelse af samtlige de faktiske omstændigheder, der karakteriserer overdragelsen.³²⁾ I Spijkers-sagen³³⁾ opregnes følgende kriterier, som skal indgå i helhedsbedømmelsen:

- arten af den virksomhed, der er tale om
- hvorvidt der overdrages materielle aktiver som bygninger og løsøre
- værdien af de immaterielle aktiver, der overdrages
- hvorvidt de fleste af arbejdsgiver 1's ansatte bliver ansat af arbejdsgiver 2
- om virksomhedens kundekreds overdrages
- graden af lighed mellem de aktiviteter, overdrageren og erhververen udøver
- varigheden af en evt afbrydelse af virksomhedens aktiviteter.

²⁸⁾ KOM(94)300 art 1, stk 3

²⁹⁾ Sag C-171/94, Albert Merckx og Patrick Neuhuys mod Ford Motors Company Belgium SA Dom af 7.3. 1996, endnu ikke i Samlingen

³⁰⁾ Jf bla sag C-29/91, Redmond Stichting, Saml 1992- I s 3189, præmis 23

³¹⁾ Sag 24/85

³²⁾ Jf præmis 13 i Spijkers-sagen (24/85), præmis 15 i Bork/Junckers-sagen (101/87) og præmis 19 i Ny Mølle Kro-sagen (287/86)

³³⁾ Præmis 13 i sag 24/85

Alle disse elementer skal indgå som led i en samlet vurdering af, om der foreligger en overdragelse. De er ikke enkeltvis udslagsgivende. Det har betydning, om overdragelsen omfatter centrale bestanddele af virksomhedens aktiver, således at driftens videreførsel naturligt forudsætter, at medarbejderne følger med, om de aktiviteter, der fortsættes, i det væsentligste er identiske med den ophørte virksomheds, om fortsættelsen er tidsmæssigt sammenhængende med den tidligere virksomheds ophør, om der reelt er personsammenfald mellem overdrager og erhverver, og om lønmodtagernes arbejdsmæssige funktioner efter fortsættelsen i det væsentligste er de samme.

2.8.1. Arten af den overtagne virksomhed

I Schmidt sagen³⁴⁾ antog EF-Domstolen, at hverken den omstændighed, at den aktivitet, der overføres, kun er af sekundær betydning for den overdragende virksomhed og ikke er nødvendig i forhold til virksomhedens formål, eller det forhold, at der ikke i den forbindelse er sket overdragelse af aktiver, eller antallet af berørte arbejdstagere (der var kun tale om en enkelt rengøringsdame) kan medføre, at en sådan transaktion falder uden for direktivets anvendelsesområde, idet det afgørende kriterium for, om der ifølge direktivet foreligger en overførsel, er, om den pågældende økonomiske enhed har bevaret sin identitet, hvilket navnlig fremgår af, at den nye indehaver af virksomheden rent faktisk fortsætter eller genoptager de samme eller tilsvarende økonomiske aktiviteter.

I den konkrete sag, hvor rengøringsarbejde udført af en dame blev givet i entreprise, antog Domstolen, at ligheden mellem det rengøringsarbejde, der skulle udføres før og efter overførslen - hvilken lighed i øvrigt kom til udtryk ved, at den pågældende arbejdstager blev tilbudt genansættelse - er kendetegnende for en transaktion, der falder ind under direktivets anvendelsesområde.

2.8.2. Overdragelse af materielle eller immaterielle aktiver

Den omstændighed, at der overdrages materielle eller immaterielle aktiver er et forhold, der indgår i vurderingen af, om den økonomiske identitet er bevaret. I en del overdragelser i forbindelse med udbud vil der ikke ske sådan overdragelse. Det har derfor betydning, om direktivet også kan anvendes uden voerdragelse af aktiver.

³⁴⁾ Sag C-392/92, Christel Schmidt mod Spar- und Leihkasse der Früheren Ämter Bordesholm, Kiel Und Cronshagen, Saml 1994-I-1311

I Schmidt sagen anså EF-Domstolen som nævnt ikke overdragelse af aktiver for afgørende. I Merckx-sagen antog EF-Domstolen tilsvarende, at en overdragelse af aktiver i forbindelse med virksomhed i form af ret til eneforhandling af Ford biler ikke er afgørende for, om den pågældende enhed kan anses for at have bevaret sin økonomiske identitet. Domstolen henviste herved til Christel Schmidt sagen. Virksomhed i form af eneret til forhandling af biler af et bestemt mærke inden for et bestemt område bevarer sin identitet, også selv om virksomheden drives under et andet navn, i andre lokaler og under anvendelse af andet udstyr. Det er ligeledes uden betydning, at virksomhedens hjemsted er beliggende et andet sted inden for det samme område, naar det geografiske område, forhandlerretten omfatter, er det samme.

I den verserende Süzen sag³⁵⁾ går generaladvokaten ind for, at der ikke er økonomisk identitet, hvis der ikke overdrages aktiver.

2.8.3. Identitet vedrørende kundekreds eller klienter

Spørgsmålet, om kundekredsen overtages, var et af de kriterier, der blev nævnt i Spijkers dommen³⁶⁾ og er gentaget i en række senere sager.

2.8.4. Varigheden af den overtagne virksomhed

I Rygård-sagen³⁷⁾ antog EF-Domstolen, at den økonomiske identitet ikke var bevaret i en situation, hvor en virksomhed overførte en af sine virksomheder til en anden virksomhed med henblik på færdiggørelse, hvilket forventedes at kunne ske i løbet af ca 3 måneder. En sådan overførsel vil kun være omfattet af direktivet, hvis der samtidig overføres en organiseret helhed af elementer, der gør det muligt på stabil måde at fortsætte den overdragende virksomheds aktiviteter eller nogle af disse.

³⁵⁾ Sag C-13/95, Ayse Süzen mod Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice, verserende

³⁶⁾ Sag 24/85, Jozef Maria Antonius Spijkers mod Gebroeders Benedik Abattoir C V og Alfred Benedik en Zonen B V, Saml 1986 s 1119

³⁷⁾ Sag C-48/94, Ledernes Hovedorganisation som Mandatar For Ole Rygaard mod Dansk Arbejdsgiverforening som Mandatar for Strø Mølle Akustik A/S, dom af 19.9.1995, endnu ikke i Samlingen

2.8.5. Overtagelse af personale

Den omstændighed, at arbejdsgiver 2 overtager personale fra arbejdsgiver 1 indgår i vurderingen af, om den økonomiske identitet er bevaret. Generelt er kriteriet ikke egnet til at være udslagsgivende, idet det ville give den arbejdsgiver, der vil bringe sig uden for direktivet, mulighed herfor. Man kan dog spørge, om Schmidt sagen ville have fået samme udfald, hvis end ikke rengøringsdamen havde været den samme.

2.8.6. Afbrydelse af virksomheden

En midlertidig kortvarig afbrydelse af driften bringer ikke overdragelsen udenfor lovens område. Er virksomheden derimod definitivt ophørt, vil lønmodtagerne være fratrådt, og der består ikke på overtagelsestidspunktet ansættelsesforhold, erhververen kan indtræde i.

2.9. Ejerskrifte versus arbejdsgiverskrifte

En virksomhed kan skifte arbejdsgiver uden at skifte ejer. Det var fx tilfældet i Nymølle Kro-sagen, hvor en ejer af en kro havde bortforpagtet den til arbejdsgiver 1, der misligholdt aftalen. Ejeren hævdede herefter kontrakten og overtog selv driften af virksomheden som arbejdsgiver 2.

Omvendt kan virksomheden også skifte ejer uden at skifte arbejdsgiver. Situationen kan navnlig opstå, hvis virksomheden er bortforpagtet eller udlejet. Det er i så fald forpagteren eller lejereren, der har arbejdsgiverrollen.

2.10. Omfattes udbudssituationer af direktivet om virksomhedsoverdragelse?

EF-Domstolen har afgrænset begrebet økonomisk virksomhed bredt, hvilket alt andet lige trækker i retning af en bred afgrænsning af virksomhedsoverdragelsesdirektivets anvendelsesområde.

For at der foreligger en virksomhedsoverdragelse i direktivets forstand kræves, at der er tale om en »økonomisk enhed, der har bevaret sin identitet«. I denne sammenhæng henviser EF-Domstolen til en flerhed af kriterier, der kan have vekslende vægt afhængig af den konkrete sags karakter. Nogle af dem vil typisk være opfyldt, andre ikke i forbindelse med udbud.

Ordregiver og kunder/klienter vil typisk være de samme. Da det er ordregiver, der bestemmer konceptet for den arbejdsydelse, der skal præsteres, vil dette typisk være identisk hos arbejdsgiver-1 og arbejdsgiver-2. I de

entreprise-sager, EF-domstolen har taget stilling til, nemlig ISS-sagen,³⁸⁾ Schmidt-sagen³⁹⁾ og Rygård-sagen,⁴⁰⁾ har arbejdsgiveren overtaget personale »frivilligt«, hvilket anføres som argument for identitet. Det er imidlertid et problematisk kriterium, idet det giver et spillerum for, at arbejdsgiver-2 ved enten at overtage eller lade være at overtage personale selv kan bestemme, om direktivet finder anvendelse. Som tidligere nævnt er direktivet beskyttelsespræceptivt til fordel for lønmodtagerne

I mange udbudssituationer vil der ikke ske overdragelse af aktiver. Hvis dette kriterium tillægges betydelig vægt, som det fx sker i generaladvokatens udtalelse i Süzen-sagen, trækker det i retning af at holde udbudssituationer uden for direktivet.

Som argument for stærkere vægt af kommercielle hensyn i udbudssituationer end i andre tilfælde kan henvises til, at udbudsdirektiverne har hjemmel i regler, der skal sikre fri konkurrence og bevægelighed for kommercielt drevne virksomheder. Bygge- og anlægsdirektivet⁴¹⁾ har således hjemmel i EF-Traktatens art 57, stk 2, 66 og 100A og tjenesteydelsesdirektivet⁴²⁾ i EF-Traktatens art 57, stk 2 og 66. Efter EF-Traktatens art 58 og 66 gælder etableringsfriheden og friheden til at udveksle tjenesteydelser til fordel for juridiske personer, der drives med gevinst for øje. Tilbudsgiverne i udbudssituationer vil således være kommercielt drevne virksomheder og udbudsdirektiverne tilsigter at sikre ligelig konkurrence imellem dem.

Det kan derfor hævdes, at kommercielle hensyn skal vægtes stærkere i disse sammenstødssituationer, end når virksomhedsoverdragelsesreglerne står alene eller i hvert fald ikke gælder samtidig med regler, der skal sikre fri bevægelighed og konkurrence.

Efter min vurdering er dette argument ikke afgørende. Direktivet om virksomhedsoverdragelse vedrører primært den individuel ansættelsesretlige beskyttelse af arbejdstagerne. Spørgsmålet, om virksomheder kan konkurrere indbyrdes på omkostninger til løn, arbejdsmiljø og andre arbejdsforhold

³⁸⁾ Sag 209/91, Anne Watson Rask og Kirsten Christensen mod ISS Kantineservice A/S, Saml 1992-I-5755

³⁹⁾ Sag C-392/92, Christel Schmidt mod Spar- und Leihkasse der Früheren Ämter Bordesholm, Kiel Und Cronshagen, Saml 1994-I-1311

⁴⁰⁾ Sag C-48/94, Ledernes Hovedorganisation som Mandatar For Ole Rygaard mod Dansk Arbejdsgiverforening som Mandatar for Strø Mølle Akustik A/S, dom af 19.9.1995, endnu ikke i Samlingen

⁴¹⁾ 93/37/EØF, 1. led i præamblen

⁴²⁾ 92/50/EØF, 1. led i præamblen

reguleres hovedsagelig i andre regelsæt af kollektivarbejdsretlig art, der er uafhængige af, om den ene eller anden fortolkning af direktivet om virksomhedsoverdragelse vælges. En række lande, bla Danmark,⁴³⁾ har fx ratificeret ILO konvention nr 94, der kræver, at offentlige ordregivere skal indsætte klausuler om respekt for arbejdsstedets regler om løn og andre arbejdsvilkår i offentlige kontrakter. Disse regler, der afskærer konkurrence på løn og andre personaleomkostninger, gælder i udbudssituationer uafhængigt af, om disse fortolkes ind i eller ud af direktivet om virksomhedsoverdragelser. Der er derfor kun begrænsede muligheder for ved fortolkning af direktivet at åbne for konkurrence ved hjælp af lave løn- og personaleomkostninger i de lande, hvor man ved hjælp af det kollektivarbejdsretlige system har afskåret en sådan konkurrence, hvad man stort set har i de nordiske lande.

Der kan dog være lokal- og særaftaler, der gør, at en tidligere tjenesteyder har lagt et specielt højt niveau for personaleomkostninger sammenlignet med arbejdsstedets normalniveau. I den situation vil anvendelse af direktivet om virksomhedsoverdragelse føre til, at forgængerens specielle niveau skal respekteres i en periode. Det vil gælde for alle tilbudsgivere og vil derfor ikke forvride konkurrencen imellem dem.

Et argument imod at entreprenør/tjenesteyder nr 2 skal respektere reglerne om virksomhedsoverdragelse, når entreprenør/tjenesteyder nr 2 vinder en kontrakt, der tidligere har været i udbud, er, at der forekommer tilfælde, hvor hverken entreprenør/tjenesteyder nr 2 eller ordregiveren kender entreprenør/tjenesteyder nr 1's personaleomkostninger, herunder lokal- og særaftaler vedrørende løn mv, som entreprenør/tjenesteyder nr 1 måske betragter som en forretningshemmelighed. Hvis reglerne om virksomhedsoverdragelse finder anvendelse, er arbejdstagerne som det fremgår af det foregående berettigede til samme løn- og arbejdsvilkår hos arbejdsgiver nr 2 som hos arbejdsgiver nr 1. I den situation er det både vanskeligt for nye entreprenører/tjenesteydere at byde og for ordregiveren at vurdere budene.

Det er for mig at se ikke et argument for at fortolke sig ud af direktivet om virksomhedsoverdragelse, men snarere et argument for at antage, at en ordregiver har pligt til at sikre åbenhed om personaleomkostningerne, der navnlig ved tjenesteydelsesaftaler ofte udgør en stor del af kontraktsummen. Det kan ske ved allerede i første udbud at indsætte en klausul herom som kontraktbetingelse. Et sådant krav over for ordregiverne kan formentlig støttes på EF-Traktatens art 5.⁴⁴⁾

⁴³⁾ Se nærmere Nielsen, Ruth: Lærebog i Arbejdsret, Kbhvn 1996 kap XII

⁴⁴⁾ Sml Nielsen, Ruth: Arbejdsretlige aspekter af udbud i Arbejdsretligt Tidsskrift B 1991-95, Kbhvn 1996 s 244

Der foreligger som nævnt en EFTA dom, men endnu ingen domme fra EF-Domstolen, specielt om udbudssituationen. I Eilesund-sagen⁴⁵⁾ udtalte EFTA-Domstolen, at den omstændighed, at der var tale om cateringkontrakter tildelt efter successive udbud i overensstemmelse med tjenesteydelsesdirektivet⁴⁶⁾ ikke i sig selv bringer forholdet uden for virksomhedsoverdragelsesdirektivet. Det afgørende er, om der er tale om en økonomisk enhed, der har bevaret sin identitet. EFTA Domstolen tog ikke stiling til, om anvendelsen af de kriterier, der normalt lægges vægt på ved afgørelsen heraf, fører til det ene eller det andet resultat i udbudssituationer generelt eller konkret i den forelagte sag.

Spørgsmålet verserer for EF-Domstolen i Süzen-sagen,⁴⁷⁾ hvor generaladvokaten⁴⁸⁾ har afgivet en udtalelse, der foreslår, at der skal kræves overdragelse af materielle eller immaterielle aktiver for, at der foreligger økonomisk identitet. Herved gås der langt i retning af, at holde udbudssituationer uden for virksomhedsoverdragelsesdirektivet, idet der ofte ikke sker overdragelse af aktiver. EF-domstolens præjudicielle afgørelse foreligger endnu ikke i skrivende stund.

3. Tildeling af offentlige kontrakter efter kriteriet »økonomisk mest fordelagtige tilbud«

Indgåelse af offentlige kontrakter er reguleret dels ved EF-Traktatens almindelige regler om fri bevægelighed (art 6, 30, 48, 52 og 59) og konkurrence (art 85 og 86), offentlig virksomhed (art 90) og statsstøtte (art 92), dels ved 6 særlige direktiver⁴⁹⁾ herom.

⁴⁵⁾ Sag 2/95, Eilert Eidesund mod Stavanger Catering A/S, rådgivende udtalelse af 25.9.1996 fra EFTA-Domstolen

⁴⁶⁾ 92/50/EØF

⁴⁷⁾ Sag C-13/95, Ayse Süzen mod Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice, verserende

⁴⁸⁾ Generaladvokat Pergolas udtalelse af 25.10.1995

⁴⁹⁾ De nugældende direktiver er: 92/50/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (tjenesteydelsesdirektivet), 93/36/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (indkøbsdirektivet), 93/37/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (bygge- og anlægsgdirektivet) og 93/38/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (forsyningsvirksomhed-sdirektivet). Kommissionen har 27.4.1995, KOM(95)107, EFT 1995 C 138 fremsat ændringsforslag til disse direktiver. Desuden findes to kontrolldirektiver: 89/665/EØF om samordning af love og administra-

I dette afsnit diskuteres, i hvilken udstrækning, der kan tages arbejdstagerrelaterede hensyn, når en offentlig kontrakt tildeles efter kriteriet »økonomisk mest fordelagtige tilbud«. I en vis udstrækning inddrages andre non-kommercielle hensyn, fx miljø i diskussionen, da frihedsgraderne formentlig er nogenlunde de samme.

3.1. Generelt om udbudsdirektiverne

Traktatens almindelige regler om fri bevægelighed af varer og tjenesteydelser betyder først og fremmest, at offentlige ordregivere ikke må diskriminere over for virksomheder fra andre EU-lande på grund af disses nationalitet eller indføre ikke-diskriminerende hindringer, der har tilsvarende virkning på den fri bevægelighed. Disse regler er vanskelige at håndhæve, fordi det er svært at bevise, at ordregiverne har lagt vægt på virksomhedens nationalitet eller varenes oprindelse. EU har derfor siden begyndelsen af 1970'erne ud over de grundlæggende traktatregler vedtaget en række udbudsdirektiver.

Direktiverne opstiller procedurekrav vedrørende fremskaffelse af tilbud, begrænser friheden til at vælge selektionskriterier og indfører håndhævelsesregler for kontrakter over visse tærskelværdier. Direktiverne giver valgfrihed mellem to udbudsformer: offentligt udbud, hvor alle interesserede kan byde, og begrænset udbud, hvor ordregiver efter en prækvalifikation, hvor alle interesserede kan tilkendegive deres interesse i at deltage, kan udvælge et mindre antal tilbudsgivere. Forsyningsvirksomheder kan tillige foretage udbud efter forhandling. Tjensteydelsesdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet indeholder også mulighed for udbud efter projektkonkurrence. Der gælder en række undtagelser fra direktiverne.

tive bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurene i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge og anlægskontrakter (kontroldirektivet) som ændret ved direktiv 92/50/EØF art. 41 og 92/13/EØF om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (kontroldirektivet for forsyningsvirksomhederne). Oliedirektivet (94/22/EF) er nært beslægtet med udbudsdirektiverne

3.2. Eksplicit arbejdsrelaterede bestemmelser

Direktiverne indeholder kun få eksplicitte bestemmelser om arbejdsretlige spørgsmål. I forbindelse med forberedelsen af tjenesteydelsesdirektivet foreslog Europa-Parlamentet i 1991,⁵⁰⁾ at der indsattes følgende bestemmelse:

»1. Uden at bestemmelserne i Traktaterne og foranstaltninger truffet i overensstemmelse med Traktaterne derved indskrænkes, angiver den ordregivende myndighed i specifikationerne de forpligtelser vedrørende beskæftigelsesforhold, arbejdsret, lønftaler og sundheds- og sikkerhedsforhold der gælder på arbejdspladsen under kontraktens opfyldelse i de medlemsstater, regioner eller lokaliteter, hvor arbejdet skal udføres. Den bydende angiver i sit bud, at der er taget hensyn til de forpligtelser, der gælder vedrørende arbejdsret, lønftaler, sikkerhed i ansættelsen, sundheds- og sikkerhedsforhold og andre arbejdsforhold på det sted, hvor arbejdet udføres.

2. Dette direktiv er ikke til hinder for gennemførelsen af eksisterende eller fremtidige nationale, regionale eller lokale bestemmelser vedrørende tildeling af offentlige tjenesteydelses- eller bygge- og anlægskontrakter, hvis formål er at fremme og sikre ligestilling for de svageste sociale grupper på arbejdsmarkedet (kvinder, handicappede, medlemmer af etniske mindretal, vandrende arbejdstagere, religiøse samfund, langtidsledige, bistandsklienter osv.), forudsat disse bestemmelser er forenelige med Traktaten og Fællesskabets internationale forpligtelser.«

Forslaget blev ikke medtaget i Kommissionens ændrede forslag til tjenesteydelsesdirektivet.

De vedtagne udbudsdirektiver indeholder dog enkelte særligt arbejdsretligt relevante bestemmelser. Det gælder art 23 i bygge- og anlægsdirektivet og de tilsvarende bestemmelser i art 28 i tjenesteydelsesdirektivet og art 29 i forsyningsvirksomhedsdirektivet om oplysning om arbejdsretlige regler. I denne forbindelse kan også nævnes direktivet om betingelser for tildeling af koncession til olieefterforskning,⁵¹⁾ der i § 6 bestemmer, at der kan tages hensyn til arbejdstagernes sikkerhed.

Artikel 23 i bygge- og anlægsdirektivet bestemmer bla, at de ordregivende myndigheder i udbudsbetingelserne kan oplyse eller af en medlemsstat forpligtes til at oplyse, hos hvilken myndighed eller hvilke myndigheder de bydende kan få oplysninger om, hvilke forpligtelser der gælder i henhold til bestemmelserne om beskyttelse på arbejdspladsen og om arbejdsforhold i den medlemsstat, region eller lokalitet, hvor arbejdet skal udføres, og som gælder

⁵⁰⁾ EFT 1991 C 158, s. 101.

⁵¹⁾ 94/22/EØF

for det arbejde, der skal udføres på byggepladsen under opfyldelsen af kontrakten.

De ordregivende myndigheder, der giver de foran nævnte oplysninger, skal anmode de bydende eller deltagerne i en udbudsprocedure om at angive, at de ved udarbejdelsen af deres bud har taget hensyn til de forpligtelser, der gælder i henhold til bestemmelserne om beskyttelse på arbejdspladsen og om arbejdsforhold på det sted, hvor arbejdet skal udføres. Denne bestemmelse er ikke til hinder for anvendelse af bestemmelserne i direktivets art 30, stk 4, om undersøgelse af unormalt lave bud, hvilket fx vil være bud, hvor der ikke er plads til at betale overenskomstmæssig løn.

I de danske vejledninger til udbudsreglerne nævnes ILO konvention nr 94 og de klausuler, den forpligter til, i forbindelse med bygge- og anlægsdirektivets art 23 og de tilsvarende bestemmelser i tjenesteydelsesdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet. Det synes klart, at arbejdsklausuler svarende til, hvad der følger af ILO konvention nr 94 er lovlige efter udbudsdirektiverne.⁵²⁾

3.3. Kvalifikation af tilbudsgivere

Udbudsdirektiverne indeholder regler for kvalitativ udvælgelse og angiver forskellige beviser, der kan kræves, for hæderlighed, for teknisk og faglig dygtighed og for økonomiske og finansielle kvalifikationer. EF-domstolen har antaget,⁵³⁾ at bygge- og anlægsdirektivet skal fortolkes således, at det er til hinder for, at en medlemsstat kræver, at en bydende fra en anden medlemsstat skal føre bevis for sin hæderlighed og faglige dygtighed ved hjælp af andre midler end dem, der er opregnet i direktivet. M h t økonomiske og finansielle kvalifikationer har Domstolen derimod antaget,⁵⁴⁾ at de oplysninger, der muliggør en bedømmelse heraf, ikke er udtømmende opregnet i bygge- og anlægsdirektivet.

§ 24 i bygge- og anlægsdirektivet⁵⁵⁾ bestemmer, at entreprenører kan udelukkes fra deltagelse i en udbudsprocedure i en række tilfælde, fx. konkurs og lignende, retskraftig dom for en strafbar handling, der rejser tvivl om hans

⁵²⁾ SmI KOM(89)400, EFT 1989 C 311

⁵³⁾ Sag 76/81, SA Transporoute et travaux mod Ministère des travaux publics, SamI 1982 s 417

⁵⁴⁾ Sag 27-29/86, SA Constructions et entreprises industrielles m fl mod Andelsselskabet »Association intercommunale pour les autoroutes des Ardennes« m fl, SamI 1987 s 3347

⁵⁵⁾ De andre direktiver indeholder tilsvarende bestemmelser

faglige hæderlighed, hvis han i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået en alvorlig fejl, som de ordregivende myndigheder bevisligt har konstateret, hvis han ikke har opfyldt sine forpligtelser med hensyn til betaling af bidrag til sociale sikringsordninger, hvis han ikke har opfyldt sine forpligtelser med hensyn til betaling af skatter og afgifter eller hvis han svigagtigt har givet urigtige oplysninger ved meddelelsen af de oplysninger, der kan kræves i henhold til direktivet, eller har undladt at give disse oplysninger.

Hvis det antages, at udelukkelseskriterierne er udtømmende angivet i direktiverne, indebærer det, at virksomheder ikke kan udelukkes som tilbudsgivere på grund af deres arbejdsvilkår eller personalepolitik. Sue Arrowsmith⁵⁶⁾ anlægger denne fortolkning, men den har ikke sikker støtte i domspraksis.

3.4. Tildeling af kontrakt til økonomisk mest fordelagtige tilbud

Kontrakter, der er omfattet af direktiverne, skal som hovedregel tildeles enten ved hjælp af kriteriet »laveste pris« eller »økonomisk mest fordelagtige tilbud«.⁵⁷⁾ Bygge- og anlægsgesetivets art 30 bestemmer således (og de øvrige direktiver indeholder en tilsvarende bestemmelse):

når kontrakten tildeles efter det økonomisk mest fordelagtige bud, kan der anvendes forskellige kriterier, som varierer efter den pågældende kontrakt, fx. pris, byggetid, driftsomkostninger, rentabilitet og teknisk værdi.

Når der benyttes økonomisk mest fordelagtige bud skal den ordregivende myndighed enten i udbudsbetingelserne eller i udbudsbekendtgørelsen anføre alle de kriterier, den påtænker at benytte, så vidt muligt ordnet efter den betydning, de tillægges, med de vigtigste først.

I forhold til den problemstilling, der diskuteres her, er spørgsmålet, om personaleøkonomiske, arbejdsmarkedspolitiske og arbejdsretlige hensyn kan, evt skal, indgå i vurderingen af, hvilket bud der er det økonomisk mest fordelagtige. I en sag mod Italien⁵⁸⁾ fastslog Domstolen, at tildeling efter

⁵⁶⁾ Arrowsmith, Sue: Public Procurement as an instrument of Policy and the Impact of Market Liberalisation, The Law Quarterly Review, April 1995, s 235 - 284.

⁵⁷⁾ Jf art 26 i indkøbsdirektivet (93/36/EØF), art 30 i bygge- og anlægsgesetivet (93/37/EØF), art 36 i tjenesteydelsesdirektivet (92/50/EØF) og art 34 i forsyningsvirksomhedsdirektivet (93/38/EØF)

⁵⁸⁾ Sag 274/83, Kommissionen mod Italien, Saml 1985 s 1077.

kriteriet økonomisk mest fordelagtige bud indebærer, at ordregiveren skal kunne træffe en skønsmæssig afgørelse på grundlag af kvalitative og kvantitative kriterier, der varierer efter kontrakten, og at den er ikke forpligtet til kun at lægge et kvantitativt kriterium til grund. I en sag om en licitation vedrørende midlertidigt personale, Kommissionen afholdt, antog EF-domstolen,⁵⁹⁾ at Kommissionen havde været berettiget til at tage hensyn til, hvilken tilbudsgiver, der betalte højest løn til de ansatte i forhold til den pris, Kommissionen skulle betale.

Udbudsdirektiverne skal efter min opfattelse fortolkes i lyset af det foran nævnte brede økonomibegreb i EF-Traktaten, der omfatter mere end det kommercielle. Herimod vil nogle anføre, at udbudsdirektiverne (til forskel fra direktivet om virksomhedsoverdragelse, jf. foran) har hjemmel i reglerne om etableringsfrihed og fri bevægelighed for tjenesteydelser og at det kun er kommercielle juridiske personer, der nyder godt af den fri bevægelighed. Selv om tilbudsgiverne er kommercielle, følger dog ikke heraf, at offentlige ordregivere i køberollen ikke skulle kunne varetage økonomiske hensyn i den fulde bredde dette begreb har i art 2 og fx art 85 om konkurrence. I tjenesteydelsesdirektivets art 36 nævnes også kvalitet, æstetisk og funktionsmæssig værdi og kundeservice som kriterier. Kundeservicen vil afhænge af personalets kvalifikationer, herunder efter omstændighederne af dets sammensætning med hensyn til køn, race mv.⁶⁰⁾ Om de lidt mere »politiske« hensyn som arbejdsmarkedspolitik og miljøpolitik anses for økonomiske afhænger også af hvor kort eller langt et tidsperspektiv, der anlægges.

Lovligheden af at gøre det til et vilkår i offentlige bygge- og anlægskontrakter, at der beskæftiges en vis andel langtidsledige, er prøvet af EF-domstolen i Gebroeders Beentjes-sagen.⁶¹⁾ Domstolen anså det pågældende vilkår for foreneligt med udbudsdirektivet, men fremhævede at det derudover skulle vurderes efter Traktaten, navnlig bestemmelserne om frihed til at levere tjenesteydelser, fri etableringsret og forbudet mod nationalitetsdiskrimination.

⁵⁹⁾ Sag 56/77, Agence Européenne d'Interims SA mod Kommissionen, Saml 1978 s 2215.

⁶⁰⁾ Arrowsmith, Sue: Public Procurement as an instrument of Policy and the Impact of Market Liberalisation, The Law Quarterly Review, April 1995, s 235 - 284 anlægges en snævrere fortolkning af kriteriet »økonomisk mest fordelagtige«

⁶¹⁾ Sag 31/87, Gebroeders Beentjes B.V. mod Nederlandene, Saml. 1988 s. 4635. Dommen handler om fortolkningen af direktiv 71/305/EØF, der nu er konsolideret ved 93/37/EØF, som i denne henseende er identisk med det gamle direktiv

Kommissionen har udsendt en meddelelse om regionale og sociale aspekter af offentlige kontrakter,⁶²⁾ der for den juridiske dels vedkommende mest består af en fortolkning af EF-domstolens dom i Gebroeders Beentjes sagen. Kommissionens hovedsynspunkt er, at lovligheden af klausuler om personale-sammensætning, fx kønskvotering, racekvotering, indkvotering af arbejdsløse mv, med forbehold af Traktatens almindelige bestemmelser er nationalt anliggende. På EU-rettens nuværende udviklingstrin er sådanne klausuler hverken forbudt eller påbudt. Spørgsmålet, om de skal anvendes, er overladt til national ret.

I Danmark er udbudsdirektiverne implementeret ved en lov,⁶³⁾ der bemyndiger ressortministeren til at fastsætte nærmere regler ved bekendtgørelse. Hovedindholdet i disse bekendtgørelser er, at det pålægges de ordregivende myndigheder at overholde det pågældende direktiv. §1 i bekendtgørelsen om bygge- og anlægskontrakter⁶⁴⁾ bestemmer fx:

Ordregivende myndigheder skal overholde bestemmelserne i direktiv nr 93/37/EØF.

Hermed er begrebet »økonomisk mest fordelagtige tilbud« implementeret i Danmark i sin fulde bredde. Hvis det EU-retlige begreb rummer mere end det kommercielle, fx arbejdsmarkedspolitiske hensyn, kan kommuner og andre ordregivende myndigheder frit føre den politik, begrebet kan rumme, herunder vælge, at der kun tages forretningsmæssige hensyn.

I Sverige bestemmer loven om offentlig upphandling (offentlige udbud)⁶⁵⁾ i 4§:

Upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även iövrigt genomföras affärsmässigt.

Her har den nationale lovgiver således inden for spillerummet i begrebet »økonomisk mest fordelagtige bud« valgt, at der i Sverige skal handles forretningsmæssigt og kun tages kommercielle hensyn. Det synes klart, at forretningsmæssige hensyn falder inden for økonomibegrebet i EU-retten.

Den nationale lovgiver må være berettiget til at udøve valgfriheden inden for begrebet »økonomisk mest fordelagtige tilbud« med virkning for alle

⁶²⁾ KOM(89)400, EFT 1989 C 311

⁶³⁾ Lovbekendtgørelse nr 600 af 1992

⁶⁴⁾ Bkg nr 201 af 1995

⁶⁵⁾ SFS 1992:1528

offentlige ordregivere. Udbudsdirektiverne tilsigter ikke at sikre kommunalt selvstyre over for den nationale lovgiver.

Det er derfor efter min vurdering heller ikke noget godt argument for en begrænsning af begrebet »økonomisk mest fordelagtige« til kommercielle hensyn, at dette formentlig stemmer med traditionen i visse lande, fx Norge.⁶⁶⁾ Hvis nogen medlemslande i EU eller EØS ønsker at begrænse tildelingskriterierne i deres land til kommercielle kriterier, kan de bare gøre det. Men det er ikke et afgørende argument ved fortolkningen af EU ret, at en vis fortolkning bringer EU-retten i overensstemmelse med svensk, norsk eller et andet medlemslands ret. Hvis alle medlemslande havde samme retsopfattelse, ville det vel være et argument. Men der er meget stor uenighed på dette område. I de seneste år har navnlig miljøhensyn været meget omdebatterede.

For så vidt angår miljøhensyn bestemmer den danske miljøbeskyttelseslov i §6, at offentlige myndigheder skal virke for lovens formål ved anlæg og drift af offentlige virksomheder og ved indkøb og forbrug. Der er udstedt et cirkulære om miljø- og energihensyn ved statslige indkøb.⁶⁷⁾ Det foreskriver, at alle statslige institutioner og statsejede eller statskontrollerede virksomheder skal foretage miljøbevidst indkøb ved at inddrage miljøforhold ved indkøb på lige fod med andre hensyn, som fx pris, kvalitet, leveringsbetingelser mm. Her går der altså klart ind for, at miljøhensyn kan indgå i vurderingen af, hvad der er det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Konkurrenceseekretariatet har givet udtryk for samme opfattelse.⁶⁸⁾

Danmark har således, i hvert fald i forhold til miljøhensyn - valgt en bred fortolkning af begrebet »økonomisk mest fordelagtige tilbud«, der kan rumme visse ikke kommercielle hensyn.

Det er efter min vurdering en korrekt fortolkning, der også er gyldig i forhold til personalekriterier, der kan (men ikke skal) indgå i vurderingen af hvilket bud, der er det »økonomisk mest fordelagtige«, forudsat at disse kriterier er tilkendegivet fra begyndelsen af udbudsforretningen.

⁶⁶⁾ Cfr Krüger, Kai: Kommunale anbudskonkurranser etter EØS-reglene, Lov og Rett 1996, under udgivelse

⁶⁷⁾ Miljø- og energiministeriets cirkulære nr 26 af 7.2.1995

⁶⁸⁾ Konkurrenceseekretariatets notat af 2.3.1995

Forbruger køb og det indre marked

Bemærkninger i anledning af direktivforslag

af
Peter Møgelvang-Hansen

1. Kommissionsforslaget og dets baggrund

EF-kommissionen har den 18. juni 1996 forelagt et forslag til direktiv om køb af forbrugsvarer og forbrugsgarantier, KOM(95) 520 (endelig udg.), 96/0161 (COD).

Forslaget (hvis ordlyd er gengivet nedenfor) sigter i første række mod at gennemføre en minimumsharmonisering af medlemstaternes lovregulering af visse mangelspørgsmål ved forbruger køb af løsøre. Desuden indeholder det i art. 5 en rudimentær regel om garantier, som ikke omtales nærmere i denne sammenhæng.

Det foreslåede direktiv søger sin hjemmel i TEF, særlig art. 100 A om harmonisering af bestemmelser vedrørende det indre markeds oprettelse og funktion. Det indeholder ingen særlig reference til art. 129 A om Fællesskabets bidrag til virkeliggørelsen af et højt forbrugerbeskyttelsesniveau. Herved må man dog være opmærksom på, at art. 100 A, stk. 3, udtrykkelig fastslår, at Kommissionens forslag efter stk. 1 inden for sundhed, sikkerhed, miljøbeskyttelse og forbrugerbeskyttelse skal bygge på et højt beskyttelsesniveau.

Forslaget er af Kommissionen præsenteret som et supplement til direktiv 93/13/EØF om urimelige kontraktvilkår. I begrundelsen for forslaget beskrives den nærmere sammenhæng på følgende måde:

»Uafhængigt af, hvor købet er foretaget, finder den europæiske forbruger således overalt samme beskyttelse mod urimelige kontraktvilkår. Men direktivet vedrører alene de vilkår, der gælder for en transaktion, og siger intet om forbrugerens rettigheder i tilfælde af misligholdelse af kontrakten. Således vil en klausul i en købekontrakt, som fritager sælgeren for ansvar for mangler i den solgte genstand, ikke kunne gøres gældende over for forbruger.

Men de konkrete rettigheder, som forbrugeren kan påberåbe sig i denne situation, vil variere - undertiden meget - afhængigt af købslandet. Nærværende forslag skal sikre forbrugerne en ensartet mindstebeskyttelse i hele Unionen«

En argumentation som denne illustrerer den inertiens lov, der vel nærmest uundgåeligt træder i kraft ved vedtagelsen af partielle harmoniseringer af medlemsstaternes civilretlige regler. Samme argumentation som den citerede kunne således anføres til støtte for, at (også) reglerne om forbruger aftalers indgåelse og gyldighed i øvrigt burde harmoniseres. Og skal præambelns anden betragtning (om at forskellene på de nationale forbruger købslovgivninger kan medføre konkurrencefordrejning mellem sælgerne) tages for pålydende, er det ikke let at se, hvor grænsen går efter Kommissionens opfattelse, og hvorfor der alene stilles forslag om minimum- og ikke totalharmonisering. - Konkurrenceforvridningssynspunkter på national købelovgivning blev i øvrigt også gjort gældende i EF-domstolens sag C-339/89, Alsthom Atlantique SA, Samlingen 1991, I-107. Domstolen fandt imidlertid ikke, at en særlig fransk regel, der afskar sælger fra at påberåbe sig mangelsfraskrivelse i visse handelskøb, kunne anses for konkurrenceforvridende i relation til bl.a. TEF art. 3, litra g, og art. 34.

2. Barrierer for grænseoverskridende forbrugerkøb

Et væsentligt sigtepunkt med forslaget er at forpligte medlemsstaterne til at indføre beskyttelsespræceptive regler, som kan fjerne nogle af barriererne for forbrugers køb over grænserne, jf. nærmere præambelns første fire betragtninger.

2.1. Retlige forhold

Regelforskellene kan kun udgøre en sådan barriere, i det omfang det konkrete køb er underkastet andre regler end dem, der gælder i forbrugers hjemland. Spørgsmålet herom beror på, hvad de internationale privat- og procesretlige regler fører til.

Hvis købet er resultatet af en udenlandsk sælgers reklamering her i landet, afgøres danske forbrugers retsstilling i de fleste praktiske tilfælde efter dansk ret, jf. nærmere EF-kontraktlovvælgskonventionen art. 5, stk. 2. Endvidere kan tvister mellem parterne i sådanne aftaler normalt behandles ved danske domstole/klagenævn, jf. EF-domskonventionens art. 13, stk. 1, nr. 3. I disse tilfælde begrænser et minimumsdirektivs betydning for forbrugerne sig derfor i hovedsagen til de punkter, hvor det stiller forbruger-

købere bedre end den i hjemlandet gældende købelov.

Videregående betydning for forbrugere har forslaget, når det er forbrugeren (og ikke den erhvervsdrivende eller dennes reklamering), der bevæger sig over grænsen for at handle. I disse tilfælde reguleres parternes indbyrdes retsstilling normalt af de køberetlige regler i sælgers hjemland, jf. nærmere EF-kontraktlovvalgskonventionens art. 4, stk. 2. Endvidere skal eventuel retssag mv. anlagt af forbrugeren i almindelighed anlægges ved domstolene mv. i sælgers hjemland, jf. EF-domskonventionens art. 2. Hovedsynspunktet bag forslaget er, at forbrugeren i sådanne tilfælde bør kunne disponere i tillid til, at retstilstanden i sælgerens hjemland sikrer køberen et vist minimum af rettigheder.

De køberetlige forskelle er selvsagt ikke de eneste barrierer for grænseoverskridende forbrugerkøb. Også det forhold, at det om fornødent kan være nødvendigt at føre retssag eller klagenævns sag i sælgers hjemland, spiller en væsentlig rolle. I den forbindelse må dog nævnes, at Kommissionen i februar 1996 har fremlagt en handlingsplan vedrørende forbrugernes klagemuligheder og bilæggelse af tvister på forbrugerområdet i det indre marked (working document CONSUM/96/13), der forventes at føre til, at Rådet i november 1996 vedtager en resolution om forsøgsordning med udenretlig klagebehandling i grænseoverskridende forbrugertvister.

2.2. Andre forhold

Det ville imidlertid være en legalistisk tilsnigelse at tro, at de nævnte retlige barrierer er de eneste, der hæmmer forbrugerkøbers mobilitet på det indre marked. Sprogproblemer og andre i og for sig trivielle praktiske forhold, som også kan gøre sig gældende ved køb i forbrugers hjemland, men hyppigt forstærkes ved køb af en udenlandsk sælger, har også betydning. Forskellige praktiske håndteringsproblemer synes således ofte at kunne besværliggøre parternes kommunikation og reklamationsforhandlinger med det resultat, at "sagen" aldrig kommer videre, se nærmere herom under 4.1.

3. Mangelsbegrebet

Direktivforslagets art. 2 (som må sammenholdes med art. 3) søger at give en positiv beskrivelse af, hvilke kvalitetskrav varen skal opfylde for at være kontraktmæssig. Velsagtens for at udnytte den for (de fleste af) medlemsstaterne fælles referenceramme, har man valgt at lægge sig tæt op ad FN-konventionen om aftaler om internationale køb, CISG (som ikke gælder forbrugerkøb). Direktivforslagets art. 2, stk. 2, litra a-c, svarer således næsten ord til ord til CISG art. 35, stk. 2, litra a-c.

Forslaget adskiller sig en række punkter fra mangelsdefinitionen i den danske købelov § 76.

3.1. Urigtig og vildledende reklame

I modsætning til den danske købelovs § 76, stk. 1, nr. 1 og 2, indeholder direktivforslaget ingen klar angivelse af, at urigtige eller vildledende oplysninger i reklamer mv. fra producent og andre tidligere erhvervsmæssige led i omsætningen ubetinget gør varen mangelfuld, når sådanne oplysninger kan antages at have haft betydning for forbrugerens bedømmelse af salgsgenstanden. Sammenlignet med dansk ret indeholder direktivforslaget tre begrænsninger:

For det første er art. 2, stk. 2, litra a, begrænset til at angå sælgerens beskrivelse af salgsgenstanden. For det andet taler art. 2, stk. 2, litra d, alene om, at oplysninger fra "sælgeren, producenten eller dennes repræsentant" (hvad med importører, grossister, brancheforeninger etc?) skal tillægges en vis (ikke nærmere angivet) betydning for mangelsespørgsmålet ("under hensyntagen til"). Og for det tredje fastslår art. 3, stk. 2, 1. pind, om producentens urigtige eller vildledende reklameoplysninger mv. udtrykkeligt, at sælgeren fritages for mangelshæftelse i tilfælde, hvor sælgeren ikke vidste og heller ikke kunne forventes at vide, at producenten var fremkommet med oplysningerne.

Minimumdirektivets betydning for køberen i grænseoverskridende forbrugerkøb begrænser sig stort set til de tilfælde, hvor forbrugeren begiver sig til en anden medlemsstat, jf. under 2.1. I disse tilfælde har den udenlandske detailsælger ofte ikke selv haft noget at gøre med eventuel reklamering rettet mod bla. den konkrete køber, idet det for internationale mærkevarers vedkommende antagelig hyppigt er producenten, importører eller andre led i varens distributionssystem, der har stået for den konkrete reklamering rettet mod køberen. Da den konkrete udenlandske sælger ikke desto mindre ved de grænseoverskridende køb nyder godt af også reklamering for varen i købers hjemland, kan der fra et købersynspunkt argumenteres for, at sælgeren, uanset dennes eventuelle ukendskab til reklameringen, i forhold til forbrugeren bør bære risikoen for, at producenten eller andre tidligere (og parallelle?) salgsled har givet urigtige/vildledende oplysninger, således at disse uden videre gør varen mangelfuld (medmindre undtagelserne i art. 3, stk. 2, 2. og 3. pind kan anvendes).

3.2. Bevisbyrden

Art. 3, stk. 3, opstiller en bevisregel, hvorefter kvalitetsafvigelser, der påvises de første 6 måneder, formodes at have været til stede også på leveringstidspunktet (og således ikke at skyldes forbrugerens hårdhændede behandling mv), dvs. at udgøre en køberetlig mangel. Herved stilles køberen principielt bedre end efter gældende dansk ret, hvor bevisbyrden vedrørende mangelsspørgsmålet hviler på køberen. Man skal dog passe på, at man ikke kommer til at overvurdere forskellens betydning i det praktiske liv. For en lang række (ikke-brugte) varers vedkommende er det således typisk ikke noget stort problem for en sagkyndig at finde ud af, om en negativ egenskab skyldes varens beskaffenhed eller ydre påvirkninger. Og i øvrigt gør forslaget (også i art. 3, stk.3) selv undtagelse for formodningsreglen, når denne »er uforenelig med varens eller manglens art«.

Trods disse forbehold synes der fra et købersynspunkt at være tale om en ikke helt uvæsentlig forbedring. I hvert fald i relation til retssystemer, der håndterer bevisbyrde regler på en mindre uformel måde end danske domstole og klagenævn, kan reglen tænkes at være værdifuld for forbrugerkøbere. Og det kan vel i det hele taget have en vis betydning for den (udenretlige) reklamationshåndtering, at loven opstiller en formodning for, at det er varen og ikke køberen, der er noget i vejen med. Rækkevidden af disse synspunkter begrænses imidlertid en hel del af den tidsmæssige begrænsning (6 måneder) og af de citerede undtagelser, hvis anvendelsesområde ikke er særlig klar. - Undtagelser forekommer i øvrigt overflødige, idet det selvsagt må bero på omstændighederne in casu, herunder varens og kvalitetsafvigelsens nærmere beskaffenhed, hvad der skal til for at bryde formodningen.

3.3. Holdbarhed og reservedele. Direkte krav mod producentledet?

Lige så lidt som den danske købelov kommer direktivforslaget specifikt ind på spørgsmålet om "varige" goders holdbarhed og reservedelstilgængelighed. Såvidt vides, findes der kun i meget begrænset omfang national lovgivning herom, og der kunne med henvisning hertil for så vidt argumenteres for, at der ikke er nogen grund til harmonisering. En sådan argumentation kan dog hævdes at vende tingene på hovedet, idet der på disse punkter i særlig grad er tale om "produktionstekniske" forhold, som på et enhedsmarked ikke egner sig til nationale særregler, men bør undergives samlet, grænseoverskridende regulering.

Når holdbarhedsspørgsmålet påkalder sig særlig interesse, hænger det bl.a. sammen med, at direktivforslaget opererer med en absolut forældelsesfrist på to år for visse mangelsbeføjelser (jf. art 3, stk. 1, og nedenfor), og

at adskillige apparater mv. åbenbart har en længere normal holdbarhedstid. Fra forbrugerside er ofte fremført, at der ved salg af "varige" forbrugsgoder burde være pligt til at give udtrykkelig oplysning om mindste normale holdbarhedstid, således at negative afvigelser herfra kan udløse mangelsbeføjelser. Forslag herom sammenkædes ofte med forslag om indførelse af en almindelig pligt til at sørge for, at reservedele er tilgængelige i hele den oplyste holdbarhedstid.

Eventuelle regler om obligatorisk holdbarhedsdeklaration og reservedelstilgængelighed kunne udformes på flere forskellige måder. Et centralt punkt er dog under alle omstændigheder, at sådanne regler reelt stiller krav, som bør, og ofte også kun kan, opfyldes af producenten af varen. Navnlig det forhold, at producentleddet er den reelle adressat, kan tale for ensartet regulering på et enhedsmarked gennem pligtregler rettet mod producentleddet eventuelt kombineret med regler om solidarisk hæftelse for producenten og senere led i omsætningskæden i forhold til den endelige aftager, dvs. forbrugeren.

Dette synspunkt gør sig ikke alene gældende med hensyn til de omtalte holdbarheds- og reservedelsspørgsmål, men kan også anlægges på (andre) mangelsspørgsmål, der kan henføres til produktionsleddet, dvs. navnlig konstruktions-, materiale- og fabrikationsfejl.

Retlig regulering i overensstemmelse med disse synspunkter ville således indebære, at man sprængte den traditionelle køberetlige ramme, der kun giver plads til at regulere forholdet mellem de direkte aftaleparter, in casu detailsælgeren og forbrugerkøberen. EF-retlig regulering "på tværs" af de traditionelle rammer kan som nævnt forekomme mere nærliggende end nationale regler, når det drejer sig om spørgsmål, der har at gøre med de kvalitetsaspekter, som styres af producentleddet.

En udvikling i denne retning kunne umiddelbart virke drastisk. Så meget mere grund kan der være til at henvise til, at første skridt forlængst er taget på det i de nævnte henseender beslægtede produktansvarsområde med direktiv 85/374/EØF om producentansvar for skader forvoldt af defekte produkter.

4. Mangelsbeføjelser

Indholdet af forbrugers rettigheder mod sælgeren i anledning af mangler er fastsat i art. 3, stk. 4. Som udgangspunkt skal forbrugeren have valget mellem følgende fire beføjelser: ophævelse, forholdsmæssigt afslag i købesummen, omlevering og vederlagsfri reparation inden rimelig tid. Det skal dog ikke gælde uden modifikationer.

For det første kan medlemsstaterne begrænse anvendelsesområdet for

tilsyneladende alle disse beføjelser, når der er tale om "mindre" mangler, jf. art. 3, stk. 4, sidste pkt.

For det andet kan medlemsstaterne bestemme, at ophævelses- og omleveringsbeføjelsen kun kan gøres gældende indtil et år regnet fra overgivelsen, jf. art. 3, stk. 4, 2. pkt., mens afslags- og reparationsbeføjelsen skal kunne gøres gældende i to år, jf. art. 3, stk. 1.

De netop nævnte absolutte reklamationsfrister suppleres af en relativ frist, som efter art. 4 er en måned regnet fra det tidspunkt, forbrugeren opdagede eller burde have opdaget manglen.

4.1. Mangelsbeføjelsernes indhold

Direktivforslaget stiller som udgangspunkt forbrugeren bedre end den danske købelov, derved at forbrugers valgfrihed mellem de nævnte fire beføjelser ikke begrænses af, at der tilkommer sælgeren en afhjælpningsret, således som det er tilfældet efter den danske købelovs § 79, hvorefter sælgeren ved tilbud om vederlagsfri afhjælpning inden rimelig tid kan parere andre misligholdelsesfølger. Det er i den forbindelse værd at bemærke, at direktivet (også) på dette punkt pålægger medlemsstaterne at indføre beskyttelsespræceptive regler, jf. art. 6, stk. 1, som således for så vidt udelukker nationale regler svarende til § 79.

Direktivforslagets rækkevidde på dette punkt og i det hele taget afhænger dog af afgrænsningen af art. 3, stk. 4, sidste pkt., om medlemsstaternes ret til at begrænse anvendelsesområdet for samtlige de nævnte mangelsbeføjelser ved "mindre" mangler.

Mens hævebeføjelsen (og vel også omleveringsbeføjelsen) i almindelighed uden problemer bør kunne begrænses til (ligesom efter dansk ret og CISG) at angå væsentlige mangler, forekommer det for et købersynspunkt uacceptabelt, om reparations- og afslagsbeføjelsen kommer til at afhænge af, at manglen ikke er "mindre".

I stedet for på denne måde at give medlemsstaterne en vis mulighed for at afsvække reparationsbeføjelsen burde et direktiv, der har som erklæret mål at fjerne hindringer for forbrugers køb i andre medlemsstater end hjemlandet, snarere regulere reparationsbeføjelsen nærmere med henblik på at sikre dens effektivitet.

Ved køb over grænserne (i begge de under 2.1 nævnte varianter) er der således for det første et ganske særligt behov for præcisering af, hvorledes den praktiske gennemførelse af afslags- og navnlig reparationsbeføjelsen skal håndteres.

Når varen skal repareres af en udenlandsk sælger, forekommer det således vigtigt, at der sikres en rimelig regulering af en række i og for sig trivielle,

men for reglernes gennemslagskraft antagelig ofte reelt afgørende, praktiske spørgsmål såsom fordelingen af besværet med forsendelse/afhentning af varen med henblik på betryggende mangelskonstatering og eventuel -reparation, eventuelt udlæg af forsendelsesomkostninger, tilbagesendelse og eventuelt dækning af omkostninger for det tilfælde, at det viser sig, at genstanden ikke lider af en mangel etc.

For det andet er der særlig grund til at fastsætte klare regler for det tilfælde, at sælgeren ikke opfylder sin pligt til vederlagsfri afhjælpning af manglen inden rimelig tid. Dette gælder ikke mindst under en ordning som den foreslåede, hvor forbrugeren på grund af medlemsstaternes ret til særregler ved "mindre" mangler og den differentierede absolutte reklationsfrist ikke i direktivet er sikret en mulighed for at falde tilbage på ophævelses- eller omleveringsbeføjelsen ved uopfyldte reparationskrav vedrørende mangler, der er ikke er "mindre", eller som først viser sig efter et år.

Selv om der i de nævnte henseender måtte ske en præcisering i det eventuelt vedtagne direktiv, kan det forekomme tvivlsomt, om forbrugere i almindelighed er i stand til at håndtere de praktiske problemer, som vel under alle omstændigheder gør sig gældende med hensyn til reparationsbeføjelsen, når reparationen skal ske hos en udenlandsk sælger. I de tilfælde, hvor sælgeren (eller producenten eller dennes distributionssystem) har en repræsentant i køberens hjemland, kan problemets betydning formentlig begrænses ved at supplere direktivet med en regel om, at reklamation til en af de nævnte er tilstrækkelig, og at det herefter påhviler disse at sørge for, at reparation finder sted, jf. herved også under 4.2.

Når tages i betragtning, at direktivforslaget primært sigter mod at regulere forbrugerspørgsmål ved køb over grænserne, kan det i lyset af de anførte praktiske håndteringsproblemer ved reparation desuden undre, at Kommissionen ikke (i stedet for at koncentrere sig om sælgers pligt til sørge for vederlagsfri reparation) har stillet skarpt på forbrugereens erstatningsbeføjelse, nærmere bestemt retten til at få manglen konstateret og udbedret af en sagkyndig i forbrugereens hjemland efterfulgt af krav om, at sælgeren betaler reparationsregningen. Det er dog ikke udelukket, at denne fremgangsmåde kan "presses" ind under afslagsbeføjelsen. Udtrykkelige og gerne udførlige regler herom ville dog være en fordel.

Når forslaget ikke berører erstatningsbeføjelsen, skyldes det formentlig, at de nationale regler herom hviler på forskellige traditioner, og at der næres en overdreven respekt for kompleksiteten af problemerne med en tilnærmelse. Selv om det blev lagt til grund, at erstatningsbeføjelsen generelt taget (men altså ikke de øvrige beføjelser) virkelig skulle være for svære at tackle, er det ikke let at forstå, at disse problemer også skulle udelukke en partiel

tilnærmelse i form af en direktivregel, der foreskriver en ubetinget erstatningspligt med hensyn til reparationsudgifter til udbedring af mangler i overensstemmelse med det her anførte.

4.2. Reklamationsspørgsmål

Fra et dansk købersynspunkt er det selvsagt positivt, at den absolutte reklimationsfrist (i visse tilfælde) forlænges fra et, jf. købelovens § 83, til to år (jf. herved CISG art- 39. stk. 2). Der kunne dog også argumenteres for en særlig længere absolut reklimationsfrist for "varige" forbrugsgoder i tilknytning de under 3.3 anførte synspunkter.

De forskellige mangelsbeføjelser, der alt efter omstændighederne står til forbrugers rådighed, er hver især udformet med henblik på varetagelse af delvist forskelligartede partsinteresser og er afstemt med hinanden. Det virker derfor principielt uheldigt at "amputere" systemet ved at fastsætte en kortere absolut reklimationsfrist for hæve- og omleveringsbeføjelsen end for beføjelserne forholdsmæssigt afslag og reparation. Det kunne bl.a. som allerede nævnt (jf. 4.1.) indebære en uheldig svækkelse af sælgerens incitament til at opfylde køberens krav om vederlagsfri reparation inden rimelig tid, hvis manglende opfyldelse ikke kunne udløse krav om ophævelse. Under et system som det foreslåede kan desuden meget vel tænkes tilfælde, hvor der efter et år reklameres over en mangel, der ikke er værdiforringende og derfor ikke kan udløse forholdsmæssigt afslag, og som er irreparabel. Sådanne situationer kan navnlig forekomme, når manglen består i, at der i markedsføringen er givet urigtige oplysninger om salgsgenstanden oprindelse og egenskaber mv. I disse tilfælde er ophævelse (og eventuelt erstatning) ofte den eneste adækvate reaktion. Som direktivforslaget er udformet, er køberen imidlertid ikke sikret retten til at gøre køberetligt krav gældende i en sådan situation.

Ligesom andre ubetingede fristregler kan den præcist angivne frist på en måned i art. 4 (den relative reklimationsfrist) tænkes at give anledning til konkret urimelige resultater, idet den ikke tillader hensyntagen til konkrete undskyldningsgrunde. Sådanne kan i særlig grad gøre sig gældende ved forbrugerkøb over grænserne. For i så henseende at opnå den fornødne fleksibilitet, synes det afgørende kriterium, ligesom efter den danske købelovs § 81 og CISG art. 39, stk. 1, at burde være "inden rimelig tid", som eventuelt kunne suppleres af en præcist angivet mindstefrist.

Ikke mindst ved køb over grænserne kan de krav, almindelige reklimationsregler stiller til forbrugeren, på grund af sprog- og andre praktiske barrierer være en uoverstigelig hindring. Der er derfor grund til at overveje, om ikke direktivet bør indeholde særlige regler om reklimationsadressat,

således at køberen så vidt muligt kan vælge at reklamere til en erhvervsdrivende i hjemlandet med virkning også i forhold til sælgeren, jf. herved den danske købelovs § 84 og § 85. I hvert fald erhvervsdrivende, der hører til samme organiserede distributionssystem som sælgeren, er nærliggende kandidater til rollen som alternative reklamationsadressater. Jf. herved også under 3.3 om forbrugers direkte krav mod tidligere omsætningsled

5. "Detaillistklemmen"

I art. 3, stk. 5, er bestemt, at en sælger, der mødes med mangelskrav fra forbrugeren, skal have mulighed for regres mod det tidligere omsætningsled, som måtte være årsag til manglen, »efter de i de nationale lovgivninger fastsatte regler.«

Reglen modvirker, at detailhandlere kommer køberetligt "i klemme" mellem forbrugerne og producent/grossistledet. En regel herom anbefaler sig, fordi den gør det muligt, at omkostningerne ved kvalitetsmangler kan ende det "rigtige" sted. Reglens effektivitet begrænses imidlertid af, at den ovenfor citerede reference til national ret synes at give medlemsstaterne ret til at begrænse princippet om detailsælgers fulde regres (gennem fx. fastsættelse af forældelsesregler), og ikke alene for regresrettens praktiske gennemførelse. Reglens effektivitet kan desuden blive begrænset af, at sælgers regresret efter forslaget tilsyneladende skal kunne aftales bort i kontrakten mellem sælgeren og det tidligere omsætningsled, jf. art. 6 modsætningsvis.

Spørgsmålet om gennemførelse af et EF-dikteret direkte krav mod producentledet er omtalt ovenfor under 3.3

**Forslag til
EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV
om køb af forbrugsvarer og forbrugsgarantier**

EUROPA-PARLAMENTET OG RÅDET FOR DEN EUROPÆISKE UNION HAR- under henvisning til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, særlig artikel 100 A,

under henvisning til forslag fra Kommissionen,

under henvisning til udtalelse fra Det Økonomiske og Sociale Udvalg,

i henhold til fremgangsmåden i traktatens artikel 189 B, og ud fra følgende betragtninger:

Det indre marked indebærer et område uden indre grænser med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital; de frie varebevægelser gælder ikke alene for erhvervsdrivende, men også for andre; dette indebærer, at forbrugere, der bor i én medlemsstat, frit kan begive sig til en anden medlemsstat for at købe ind dér uden overraskelser på grundlag af et vist minimum af regler for køb af forbrugsvarer;

medlemsstaternes lovgivninger om køb af forbrugsvarer afviger på mange punkter fra hinanden, hvorfor de nationale markeder for køb af forbrugsvarer er indbyrdes forskellige, og der kan opstå konkurrenceforvridning mellem sælgerne;

forbrugeren, som søger at drage fordel af det indre marked ved at købe varer i en anden medlemsstat end sin bopælsstat, spiller en grundlæggende rolle for gennemførelsen af det indre marked, idet han forhindrer kunstig genetablering af nye grænser og afskærmning af markederne; hans muligheder er kraftigt forøget i kraft af de nye kommunikationsteknologier, som giver let adgang til distributionssystemerne i andre medlemsstater eller på internationalt plan; uden en mindsteharmonisering af reglerne for køb af forbrugsvarer er der fare for, at udviklingen af fjernsalget ved hjælp af de nye kommunikationsteknologier bliver hindret;

skabelsen af et fælles grundlag af mindsterettigheder for forbrugerne, som gælder, uafhængigt af hvor varerne er købt i EF, vil øge forbrugernes tillid og give dem bedre mulighed for at udnytte fordelene ved det indre marked;

de største vanskeligheder for forbrugerne og den største kilde til konflikt med sælgerne vedrører vares manglende kontraktmæssighed; derfor bør de nationale lovgivninger om køb af forbrugsvarer tilnærmes indbyrdes for så vidt angår dette aspekt, dog uden at de nationale retlige regler og principper om de ordninger, der gælder for ansvar i og uden for kontraktforhold, berøres;

varerne bør frem for alt være kontraktmæssige; begrebet kontraktmæssig kan betragtes som et fælles grundlag for de forskellige retlige traditioner i medlemsstaterne; sælgeren bør være direkte ansvarlig over for forbrugeren for, at varerne er kontraktmæssige (mangelfrie); dette er den traditionelle løsning, er valgt i medlemsstaternes lovgivninger; sælger skal dog kunne holde sig til sin egen sælger eller producenten, hvis manglende kontraktmæssighed skyldes en handling eller en undladelse hos disse;

i tilfælde af mangler ved varen bør forbrugeren have ret til at kræve varen repareret eller byttet, til at få prisnedslag eller at hæve aftalen; udøvelsen af disse rettigheder bør dog være tidsbegrænset, og der bør fastsættes frister, inden for hvilke de skal kunne påberåbes over for sælgeren; for at garantere transaktionernes sikkerhed og loyaliteten i forholdet mellem parterne bør det være forbrugeren opgave inden for en kort frist at anmelde enhver konstateret mangel til sælgeren;

for at give parterne mulighed for at finde mindelige løsninger uden straks at skulle anlægge sag for at beskytte deres rettigheder bør det bestemmes, at forbrugers anmeldelse af en mangel ved varen afbryder forældelsesfristen;

det er, i hvert fald for så vidt angår visse varekategorier, rakis, at sælgerne eller producenterne yder garantier, der sikrer forbrugerne mod enhver mangel, der måtte opstå inden for en vis frist; denne praksis kan bidrage til øget konkurrence på markedet; sådanne garantier kan ikke desto mindre vise sig at være simple reklamemidler og vildlede forbrugeren; for at sikre markedets gennemsigtighed bør der fastsættes visse fælles principper, der gælder de garantier, der indrømmes af erhvervsdrivende;

de rettigheder, der tillægges forbrugerne, må ikke kunne fraviges efter aftale mellem parterne, da den lovmæssige beskyttelse i modsat fald vil blive indholdsløs; forbrugeren bør altid frit kunne påberåbe sig sine rettigheder efter dette direktiv eller enhver anden anvendelig national bestemmelse, selv når han har accepteret garantien; forbrugers beskyttelse i henhold til dette direktiv må ikke kunne indskrænkes med den begrundelse, at aftalen er omfattet af loven i et tredjeland;

de forskellige medlemsstaters lovgivning og retspraksis på dette område viser, at der er voksende ønske om at sikre et højt beskyttelsesniveau for forbrugerne; på baggrund af denne udvikling og erfaringerne med gennemførelsen af dette direktiv kan det vise sig nødvendigt med en yderligere harmonisering, navnlig at det fastsættes, at producenten hæfter direkte for de mangler, han er ansvarlig for;

medlemsstaterne bør have mulighed for på området for dette direktiv at vedtage eller opretholde strengere bestemmelser for at sikre forbrugerne et endnu højere beskyttelsesniveau -

UDSTEDT FØLGENDE DIREKTIV:

Artikel 1

Anvendelsesområde og definitioner

1. Formålet med dette direktiv er en indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om køb af forbrugsvarer og om forbrugsvaregarantier for at sikre, at der fastsættes et ensartet mindsteniveau for forbrugerbeskyttelse inden for rammerne af det indre marked.

2. I dette direktiv forstås ved:

- a) Forbruger: en fysisk person, som i forbindelse med aftaler, der er omfattet af dette direktiv, køber en forbrugsvare til et ikke-erhvervmæssigt formål.
- b) Forbrugsvare: enhver vare, der sædvanligvis er bestemt til brug eller forbrug, bortset fra fast ejendom.
- c) Sælger: en fysisk eller juridisk person, som sælger forbrugsvarer i erhvervsøjemed.
- d) Garanti: enhver yderligere forpligtelse ud over den, der gælder ifølge lovgivningen om køb af forbrugsvarer, til at refundere købesummen, bytte eller reparere varen eller på anden måde tagesig af varen, hvis den er behæftet med mangler (ikke er kontraktmæssig).

Artikel 2

Kontraktmæssighed (fri for mangler)

1. Forbrugsvarer skal være mangelfrie.
2. Varer betragtes som mangelfrie, hvis de ved leveringen til forbrugeren:
 - a) er i overensstemmelse med sælgers beskrivelse af dem og har den kvalitet, der svarer til en vareprøve eller model, som sælger har forelagt forbrugeren
 - b) er egnet til de formål, til hvilke varer af samme type sædvanligvis anvendes
 - c) er egnet til ethvert særligt formål, forbrugeren ønsker, og som han har gjort sælgeren bekendt med på tidspunktet for aftalens indgåelse, medmindre det fremgår af omstændighederne, at køber ikke har taget hensyn til sælgerens forklaringer
 - d) har en kvalitet og egenskaber, som er tilfredsstillende under hensyntagen til deres art, købesummen og de offentlige erklæringer, der er afgivet om dem af sælgeren, producenten eller dennes repræsentant.
3. En mangel, der skyldes forkert installation af varen, betragtes som en mangel i forhold til kontrakten, hvis installationsarbejdet er udført af sælgeren eller på dennes ansvar.

Artikel 3

Sælgers pligter

1. Sælgeren er ansvarlig over for forbrugeren for mangler, der består på tidspunktet for varens levering til forbrugeren, og som viser sig senest to år efter leveringen, medmindre forbrugeren på tidspunktet for indgåelsen af aftalen kendte eller ikke kunne være ubekendt med manglen.
2. Sælgeren er ikke ansvarlig, når varen ikke er i overensstemmelse med offentlige erklæringer afgivet af producenten eller dennes repræsentant, hvis:
 - sælgeren godtgør, at han ikke var bekendt med og ikke havde rimelig grund til at være bekendt med den pågældende erklæring
 - sælgeren godtgør at have rettet den pågældende erklæring eller fralagt sig ethvert ansvar for erklæringen på tidspunktet for salget - sælgeren godtgør, at beslutningen om at købe ikke har kunnet være påvirket af den pågældende erklæring.
3. Indtil det modsatte bevises, formodes mangler, der viser sig inden seks måneder fra leveringen, at eksistere på dette tidspunkt, medmindre denne formodning er uforenelig med varens eller manglens art.
4. Når en mangel anmeldes til sælgeren efter artikel 4, kan forbrugeren af sælgeren kræve gratis reparation af varen inden for en rimelig frist, ombytning af varen, hvor ombytning er mulig, et passende prisnedslag eller ophævelse af aftalen. Fristen for at udøve retten til at hæve aftalen eller kræve varen ombyttet er begrænset til ét år.

Medlemsstaterne kan bestemme, at de i første afsnit omhandlede rettigheder begrænses i tilfælde af mindre mangler.

5. Har den endelige sælger pådraget sig et ansvar over for forbrugeren på grund af en mangel, som skyldes en handling eller en undladelse hos producenten, en tidligere sælger i samme aftalekæde eller hos enhver anden mellemmand, har den endelige sælger regresret over for den ansvarlige person efter de i de nationale lovgivninger fastsatte regler.

Artikel 4

Forbrugerens pligter

1. Forbrugeren skal for at kunne påberåbe sig de i artikel 3, stk. 4, omhandlede rettigheder anmelde manglen til sælgeren inden en måned efter, at han har opdaget eller burde have opdaget manglen.
2. Anmeldelse i henhold til stk. 1 afbryder forældelsesfristen for rettighederne ifølge artikel 3, stk. 4.

Artikel 5

Garantier

1. Enhver garanti, der ydes af en sælger eller af en producent, binder garantigiveren i retlig henseende efter de regler, der er fastsat i garantidokumentet og i reklamer desangående, og skal være gunstigere for den, over for hvem garantien ydes, end de i de nationale lovgivninger fastsatte regler om køb af forbrugsvarer.
2. Garantien skal fremgå af et dokument, som frit kan konsulteres før købet, og som klart angiver de oplysninger, der er nødvendige for garantiens opfyldelse, navnlig garantiens varighed og geografiske omfang og garantigiverens navn og adresse.

Artikel 6

Bestemmelsernes ufravigelige karakter

1. De kontraktbestemmelser eller aftaler, som er indgået med sælgeren før anmeldelsen af manglen, og som ophæver eller begrænser rettighederne i henhold til dette direktiv, er ikke bindende for forbrugeren.
2. Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger til at sikre, at forbrugeren, uanset hvilken lovgivning der finder anvendelse på aftalen, ikke berøves den beskyttelse, som dette direktiv giver, når aftalen har nær tilknytning til medlemsstaternes område.

Artikel 7

National ret og mindstebeskyttelse

1. Udøvelsen af rettighederne efter dette direktiv berører ikke udøvelsen af andre rettigheder, som forbrugeren kan påberåbe sig under henvisning til nationale regler om ansvar i og uden for kontraktforhold.
2. Medlemsstaterne kan på det af dette direktiv dækkede område ved tage eller opretholde strengere bestemmelser, der er forenelige med traktaten, for at sikre forbrugeren et højere beskyttelsesniveau.

Artikel 8

Gennemførelse

1. Medlemsstaterne sætter de nødvendige love og administrative bestemmelser i kraft for at efterkomme dette direktiv senest [to år efter dets offentliggørelse i De Europæiske Fællesskabers Tidende]. De underretter straks Kommissionen herom.

Når medlemsstaterne vedtager disse love og administrative bestemmelser, skal de indeholde en henvisning til dette direktiv, eller de skal ved offentliggørelsen ledsages af en sådan henvisning. De nærmere regler for denne henvisning fastsættes af medlemsstaterne.

2. Medlemsstaterne meddeler Kommissionen ordlyden af de nationale retsforskrifter, som de udsteder på det område, der er omfattet af dette direktiv.

Artikel 9

Ikrafttræden

Dette direktiv træder i kraft på tyvendedagen efter offentliggørelsen i De Europæiske Fællesskabers Tidende.

Artikel 10

Modtager

Dette direktiv er rettet til medlemsstaterne.

Tjenesteudbyderes ansvar for informationsindholdet på åbne digitale netværk.

af
Helen Holdt.

Problemstillingen:

Åbne digitale netværk, såsom Internettet og Bulletin Boards (BBSer), har indenfor de sidste par år udbredt sig med kolossal hast til menigmand, og erhvervslivet har taget aktivt imod kommunikationsmulighederne. Dermed er pionerernes tid på Internettet forbi, og spørgsmålet omkring retsreglers anvendelse på mediet trænger sig på. De nationale politikere står derved overfor en opgave, hvor de skal forholde sig til, hvorledes de mener, samfundets målsætning bør være vedrørende Internettet og BBSer.

Kommunikations- og informationsteknologiens udvikling har ført til, at behovet for regulering af netværk - såsom netværket for telekommunikation - er ændret fra tidligere udelukkende at angå tekniske standarder og sikring af alles adgang til nettet - til at være fokuseret på et stigende behov for en regulering af indholdet, der transmitteres via nettet. Specielt er Internettet og BBSer blevet ivrigt omtalt i mediernes i forbindelse med ulovlig anvendelse af disse. Ulovligheder begået over Internettet og BBSer adskiller sig i princippet ikke fra episoder i de traditionelle medier; men i og med at det kan være vanskeligt at håndhæve disse retsregler overfor den egentlige skyldner - den bruger¹⁾ som rent faktisk har lagt det ulovlige materiale ud på nettet - fordi det tiltider kan være vanskeligt at finde/spore denne person, hvorfor der i stedet forsøges at afkræve ansvar fra andre aktører, nemlig tjenesteudbyderne.²⁾

¹⁾ Ved "bruger" forstår jeg de online-deltagere, som benytter sig af de tilbud og tjenester, der tilbydes via åbne digitale netværk.

²⁾ Systemoperatører anvendes oftest som betegnelse for den som driver en BBS. Diskussionen - om at gøre en anden aktør i kommunikationskæden end den egentlige skyldner ansvarlig - er lige relevant, uanset hvilken af anvendelsesmulighederne, der er anvendt for udførelsen af den ulovlige handling. Det, der er centralt, er, at personen stiller information til rådighed for andre. Derfor anvendes betegnelsen "tjenesteudbyder" i denne artikel som betegnelse for den ansvarlig indehaver af en server, database, hjemmeside eller lignende, hvor information stilles til rådighed for brugerne af åbne digitale netværk - uanset om dette måtte vise sig at være en privatperson eller et firma, og også hvor funktionen - at administrere systemet eller tjenesten - reelt udøves af en anden.

Derved synes spørgsmålet om tjenesteudbyderes ansvar at hænge uløseligt sammen med spørgsmålet om kontrol af informationsindholdet på Internettet og BBSer, idet overvejelser om tjenesteudbyderes ansvar udspringer af ønsket om at have en let identificerbar person, som kan holdes ansvarlig for det ulovlige materiale, og dermed stoppe muligheden for at distribuere det.

Ved bestemmelsen af samfundets målsætning er der herved to modstridende hensyn: **1.** Beskyttelse af ytringsfriheden og **2.** Den krænkede onlinedeltagers eelt er lovligt at stille til rådighed og distribuere, holdes tilbage af tjenesteudbyderne af frygt for, at de eventuelt kan gøres ansvarlige for indholdet. Specielt når henses til at mange tjenester på åbne digitale netværk er afhængig af en udpræget informationsspredning. Spørgsmålet for politikerne er da, hvorledes disse hensyn bør afvejes i forhold til hinanden.

EU kommissionen har nedsat en arbejdsgruppe, der i denne tid er ved at udarbejde hvilke initiativer der bør foretages i forhold til åbne digitale netværk. Modellen for de politiske overvejelser vedrørende tjenesteudbyderes ansvarlighed bygger på fire principper: **1.** Internettet og BBSer er et positivt element. **2.** Ansvars-systemet bør ikke være mere restriktivt end for andre medier. **3.** Ansvar for håndhævelse hører under domstole og politi. **4.** Der skal sondres skarpt mellem ulovligt og anstødeligt materiale. Disse fire principper stemmer overens med den danske indfaldsvinkel til regulering af åbne digitale netværk.³⁾

Min personlige holdning til disse principper er **Ad 1:** Åbne digitale netværk er bestemt et positivt element i det internationale samfund, der på bedste måde bør støttes i sin fortsatte vækst og udbredelse. Tjenesteudbyderne sætter store investeringer ind på at være med til at opbygge en ny og unik infrastruktur, som allerede nu spås som en af de bærende teknologier for erhvervslivet i fremtiden. For stor retsusikkerhed omkring tjenesteudbyderes ansvarsforhold vil let kunne bremse udviklingen nationalt som internationalt.⁴⁾ **Ad 2:** Det politiske behov for private investeringer i åbne digitale netværk og disses tjenesteydelser fører efter min mening til et udgangspunkt om at tjenesteudbydere skal gives store frihedsgrader. Ansvarsreglerne bør p.g.a. den betydelige internationale konkurrence ikke være væsentlig mere restriktive end hvad tjenesteudbydere i andre lande opererer under. **Ad 3:** EU og Danmark har

³⁾ Fuldmægtig i Forskningsministeriet: Tomas Køningsfelst's foredrag med titlen: "Censur og retsforfølgelse på Nettet" på konferencen "Retlige problemer ved Internettet", afholdt af Dansk Dataforening, tirsdag den 29. oktober 1996.

⁴⁾ Den pseudo-anonyme tjeneste i Finland er lukket p.g.a. uklarhed om retsforholdene, oplysninger på adressen: <http://www.penet.fi/>

politisk valgt at lægge sig op ad de traditionelle håndhævelses midler. Jeg mener imidlertid, at disse ikke er effektive nok i denne relation, hvorfor jeg under artiklens afsnit, "Principper for dansk regulering samt udøvelsen heraf", søger at argumentere for oprettelsen af et selvstændigt nævn, der bør forestå håndhævelsen af reglerne. **Ad 4:** Det er vigtigt, at en eventuel regulering af informationsindholdet holder sig restriktivt til loven for hvilke informationer, der ikke bør distribueres, således at der ikke udvikler sig en unødigt hindring for ytringsfriheden, men blot en ydre grænse for det tilladelige, hvorved nugældende regler for offentlige ytringer opretholdes.

Heraf fremgår, at jeg er overvejende enig i tre af EU's og Danmarks opstillede **politiske principper**, og jeg mener, at disse bør danne grundlaget for en retlig regulering af åbne digitale netværk. De **mål** for en regulering, jeg mener, der ud fra disse tre principper bør sættes i højsædet ved en eventuel regulering af området, er: **1.** Opnå så stor retssikkerhed som muligt for online-deltagerne samt **2.** Stoppe tilstedeværelsen og distributionen af ulovligt materiale. I det følgende vil jeg ud fra disse tre principper samt denne målsætning give **et bud på:** **1.** Hvilke principper for reguleringen - vedrørende tjenesteudbyderes ansvar og kontrol af informationsindholdet - er de mest effektive ud fra den valgte prioritering. **2.** Hvordan kan denne regulering udøves bedst muligt.

Artiklen indeholder følgende hovedafsnit: **1.** Internettets hovedkarakteristika i forhold til regulering. **2.** Problem med at identificere en bruger. **3.** Problem med kategorisering af tjenesteydelserne. **4.** Udvalgte udenlandske domme til illustration af problemerne med at fastlægge tjenesteudbyderes ansvar. **5.** Kort beskrivelse af relevante danske ansvarsregler i forhold til tjenesteudbyders ansvarlighed. **6.** Beskrivelse af USA's og Sveriges forsøg på regulering af området. **7.** Principper for dansk regulering samt udøvelsen heraf.

1. Internettets hovedkarakteristika i forhold til regulering:

Det er min overbevisning, at der er to hovedkarakteristika ved åbne digitale netværk, som fører til, at det som udgangspunkt ved overvejelse af regulering af forhold relaterende til Internettet og BBSer, er nødvendigt at erkende, at de faktiske forhold ved disse netværk sætter nogle klare begrænsninger for mulighederne for at regulere. Disse to hovedkarakteristika er: **1.** Den hurtige teknologiske udvikling på området. **2.** Det betydelige internationale aspekt, der præger Internettet og BBSer, idet kommunikationen og distributionen sker fuldkommen uafhængigt og frit af nationale grænser.

Ad 1: Dette karakteristika fører til en nødvendig erkendelse angående mulighederne for at **regulere** tjenesterne på åbne digitale netværk: Der er velsagtens intet system til gennemtvungelse af regulering, som er perfekt, og

derfor kan der aldrig opnås 100 % overholdelse af loven, idet der altid vil være enkelte personer, som vil søge at finde en vej udenom. Dette gør sig især gældende på et teknologisk præget område som kommunikation via åbne digitale netværk. Til eksempel: En dansk bruger kan vælge at sende ulovligt materiale til danske tjenester over en af de anonyme tjenester⁵⁾, der er lokaliseret i udlandet, hvorved det vil kunne være umuligt at spore vedkommende. Et andet eksempel er en dansker, som spreder ulovligt materiale via en tjeneste med et domain name, der refererer til et andet domain område end det danske. I Danmark står DK-net for tildelingen af domain name. Det er her et krav, at man for at kunne få et domain name “.dk” skal have tilknytning til Danmark. Dette er et almindeligt krav for de fleste domain områder, men der findes også områder, hvor dette krav ikke eksisterer, hvorved en tjeneste kan få tildelt et domain navn, selv om tjenesten og tjenesteudbyderen er lokaliseret og tilknyttet et andet land end det, der umiddelbart fremgår af det tildelte domain navn. Det vil være et problem i sig selv at opdage, at det er fra Danmark, der reelt opereres.

Disse forhold fører til, at der ved overvejelser af regulering af forhold, der relaterer sig til åbne digitale netværk, bør **erkendes**, at en sådan kontrol **aldrig** kan blive **absolut**, idet brugeren altid vil kunne finde en vej uden om selv den bedst planlagt kontrolløsning.

Ad 2: Internettets internationale aspekt fører til spørgsmålet om hvilke online-deltagere den enkelte stat kan **håndhæve** sine regler overfor. Hvor går grænsen for staternes jurisdiktionskompetence i forhold til retskonflikter relaterende til Internettet og BBSer?

Det hævdes til tider, at Internettet p.g.a. sit betydelige internationale særpræg kun kan reguleres effektivt gennem internationale regler for området. Det er imidlertid vigtigt at have for øje, at det internationale fællesskab kan handle meget beslutsomt på områder, hvor der hersker en almen, fælles enighed om, hvilke værdier der bør beskyttes, og hvorledes dette bør ske; men at det internationale fællesskab ingen magt har, når det drejer sig om emner, hvor der ikke eksisterer en gennemgående enighed, f.eks. p.g.a. de betydelige kulturelle forskelle nationerne imellem. Eksempler herpå er grænserne for ytringsfriheden og bestemmelser vedrørende pornografisk materiale.⁶⁾ Derimod vil det internationale fællesskab have mulighed for at nå til enighed om, hvordan konflikt mellem nationernes jurisdiktionskompetence løses, ved

⁵⁾ Se forklaring under afsnittet: “Problemer med at identificere en bruger” på side 5.

⁶⁾ Robert Carolina, “Internet regulation: can content be controlled?”, 1995, på http://www.CliffordChance.com/irc_05.htm.

dispositioner foretaget via åbne digitale netværk, således at der nationerne imellem er enighed om, hvilke staters lovregler de enkelte online-deltagere bør bedømmes i forhold til.

Der vil ikke i denne artikel blive forsøgt at tage stilling til den nærmere afgrænsning af de enkelte staters jurisdiktionskompetence i forhold til retskonflikter relateret til åbne digitale netværk, idet disse forhold i sig selv fordrer en større undersøgelse. Her vil jeg blot ud fra de anførte forhold hævde, at åbne digitale netværks internationale karakteristika fører til, at hvis politikerne ønsker åbne digitale netværk, må de **som udgangspunkt erkende** at åbne digitale netværk - som nyt telekommunikationsmedie - åbner dørene til hele verden på godt og ondt, hvilket indebærer, at de danske lovgivere ikke suverænt selv kan sætte grænserne for, hvilke informationer de danske brugere har adgang til, samt for hvad der er tilladeligt for udenlandske tjenesteudbydere. Derimod har de danske lovgivere en god mulighed for at regulere forholdene gældende for de **danske online-deltagere**.

Dette forhold erkendes af komiteen bag det svenske lovforslag⁷⁾. Det anføres herved i bemærkningerne til lovforslaget: "Svenske myndigheder kan naturligvis ikke agere som verdenspoliti på IT-området og det er åbenbart, at svenske ordensregler ikke kan gælde for f.eks. amerikanske formidlingstjenester tilknyttet Internettet".

2. Problem med at identificere en bruger:

Et af hovedargumenterne for at gøre tjenesteudbydere ansvarlige for informationsindholdet på deres tjenester er, at det kan være vanskeligt at spore og dermed identificere den egentlige skyldige - den bruger som har sendt det ulovlige materiale ud på Internettet eller BBS'er. Af denne grund søges her ganske kort skildret nogle af de almindelige muligheder for at brugere forbliver anonyme ved kommunikation via åbne digitale netværk.

Almindeligvis vil modtageren af en e-mail kunne se hvilke computere, beskeden er sendt fra og via. Denne viden er imidlertid ikke altid tilstrækkelig for at kunne identificere den faktiske bruger. Således vil man ved en e-mail afsendt fra et universitet ikke altid kunne se hvilken lærer eller studerende, som har sendt beskeden, idet dette afhænger af universitetets system. Tilsvarende vil brugere, der opnår forbindelse til Internettet via internet-udbydere, ikke være umiddelbart identificerbare for modtageren af beskeden.

Afsenderen af beskeden kan selv - hvis han er tilstrækkelig kyndig - sløre sit spor, idet han kan forsøge at lade det se ud, som om han har sendt beskeden

⁷⁾ Se nedenfor side 15.

fra en anden computer. Hvis brugeren ved denne disposition er på Internettet via en Internet-udbyder, vil Internet-udbyderen ofte kunne se hvilken bruger/kunde, der har foretaget dispositionen. Dette skyldes tildelingen af IP-numre til disse brugere. IP-numrene er grundlaget for kommunikationen over Internettet, og idet der kun er et vist antal IP-numre⁸⁾ til rådighed, kan en Internet-udbyder få tildelt f.eks. 255 IP-numre, som så skal dække behovet for udbyderens 2000 kunder. Dette løses ved, at kunden ved opringning til udbyderen tildeles et tilfældigt IP-nummer fra udbyderen, og dette nummer anvendes ved denne forbindelse til Internettet. Derved vil modtageren kunne se, at IP-nummeret tilhører Internet-udbyderen, men vil ikke kunne se hvilken kunde, der har benyttet nummeret ved forsendelse af beskederne. Internet-udbyderen vil formentlig - naturligt nok - være meget tilbageholdende med at udlevere denne oplysning.

Derudover eksisterer der en række anonyme tjenester, som udbydes via Internettet, hvorigennem brugeren kan operere anonymt.⁹⁾ Brugeren afsender sin besked til den anonyme tjeneste, som sender beskeden videre. Derefter vil modtageren kunne se, at beskeden kommer fra denne tjeneste, og dermed ikke kunne se, hvem den faktiske afsender er. Der skelnes i denne forbindelse mellem "pseudo-anonymous" og "anonymous" tjenester. Ved brug af en pseudo-anonym tjeneste etablerer brugeren en konto på tjenesten, således at systemet ved svarforsendelser til brugeren ved, hvem forsendelsen skal sendes til. Således vil den pseudo-anonyme tjenestes tjenesteudbyder kunne identificere afsenderen af en besked via tjenesten; men, som med Internetudbydere, vil tjenesteudbyderen rimeligvis være overordentligt tilbageholdende med at give oplysningen fra sig. Ved brug af anonyme tjenester vil der imidlertid ikke efterlades oplysninger om brugeren på den benyttede anonyme tjeneste. Ved at sende beskeder via flere anonyme tjenester vil det derfor være umuligt at spore brugeren. Disse tjenester er imidlertid - efter sigende - langt sværere at anvende end pseudo-anonyme tjenester.

Ved brug af Internet Relay Chat (IRC) lagres som oftest ingen oplysninger om brugerne. Alle bruger af Internettet har mulighed for at oprette deres egen konference i IRC, og kan suverænt selv bestemme hvem/hvilke brugere, der skal have adgang til konferencen. Et sådant forum kan dermed blive et temmeligt sikkert sted for udveksling af information, som f.eks. oplysninger om kreditkort og pin-koder.

Det er således ikke altid lige let at spore den egentlige skyldige, specielt

⁸⁾ Problemet med for få IP-numre menes løst med den nye version IPv6.

⁹⁾ Adresser kan hentes via <http://www.well.com/user/abacard/remail.html>.

ikke hvis brugeren har brugt flere anonyme tjenester til at sende beskeden eller forseelsen er sket på IRC, hvorfor der umiddelbart synes at opstå et behov for at gøre andre aktører i kommunikationskæden ansvarlig for informationsindholdet på tjenesterne.

3. Problem med kategorisering:

Et af de centrale problemstillinger er afgørelsen af hvilket ansvarssystem, der bør gælde for tjenesteudbydere ved opstilling af forslag til regulering. Her er problemet at bestemme hvilke aspekter af kommunikationsmetoderne, der skal fokuseres på.

Åbne digitale netværk, såsom Internettet og BBSer, stiller mange metoder for kommunikation og informationsudveksling til rådighed. Disse metoder udvikler sig konstant og er således svære at kategorisere præcist. De mest alment kendte metoder til kommunikation via åbne digitale netværk kan groft opdeles i seks kategorier: 1.En-til-en beskeder, såsom "e-mail". 2.En-til-mange beskeder, såsom "listserver". 3.Databaser, der distribuerer beskeder, såsom "Usenet newsgroups". 4.Simultan kommunikation, såsom "Internet Relay Chat". 5.Fjern udnyttelse af computere, såsom "Telnet". 6."Passiv" publikation, såsom "ftp", "gopher" og "World Wide Web".¹⁰⁾ Det er vanskeligt, at bestemme nogle få udslagsgivende aspekter, der kan være kendetegnende for alle disse kommunikationsformer. Desuden fører udviklingshastigheden på området til, at grænserne mellem kategorierne flyder mere og mere ud.

Ved diskussionen af hvilken form for ansvar, der bør være gældende for tjenesteudbyderen, tages ofte udgangspunkt i kendte traditionelle situationer. Hvis man fokusere på kategori 2, 3, 6, vil man kunne argumentere for, at tjenesteudbyderen skal betragtes som en redaktør eller som en distributør alt efter hvilke aspekter ved metoderne, der fokuseres på. Hvis der ved beskrivelsen fokuseres på kategori 1 og 4 vil det være nærliggende at sammenligne med ansvarssystemerne for post og telefonservice.

Det er således vanskeligt at udskille de forskellige former for tjenesteudbud i klare kategorier, som kan passe ind i kendte retsstrukturer for tildeling af ansvaret. Dette er komiteen bag det svenske lovforslag¹¹⁾ også kommet frem til. I bemærkningerne til lovforslaget anføres, at det er umuligt at kategorisere de forskellige tjenester, som udbydes ved elektronisk formidling, og skulle en

¹⁰⁾ Side 7 på <http://www.counsel.com/spotlight/cda/cda.html>: American Civil Liberties Union, et. Al v. Janet Reno, Attorney General of the United States, No. 96-963.

¹¹⁾ Se side 15.

sådan kategorisering lykkes vil den p.g.a. udviklingshastigheden på dette område have stor risiko for at blive forældet på ganske kort tid.

Jeg mener, at en af konsekvenserne af vanskeligheden med kategorisere tjenesterne er, at alle tjenesterne behandles på samme måde m.h.t. tildeling af ansvar for tjenesteudbydere. En anden konsekvens vil efter min mening være, at alle forsøg på at presse disse forskellige tjenesteudbud ned/ind i een bestemt form for ansvarssystem - såsom redaktøransvaret - ikke kan give et resultat, der er effektivt nok. I stedet bør man indse, at online-samværet på åbne digitale netværk kræver et ansvarssystem, der er udarbejdet med udgangspunkt i de karakteristika, der præger Internettet og BBS'er, samt i de ønskede politiske målsætninger vedrørende åbne digitale netværk.

4. Udenlandske domme:

Idet åbne digitale netværk er et forholdsvist nyt fænomen i Danmark og Europa, men har en væsentlig længere historie i USA, og idet problemerne for de fleste retskulturer vil være, hvorledes retskonflikter relaterende til åbne digitale netværk bør vurderes ved brug af de gældende retsregler, kan fremmed rets domme på området give en vis vejledning til aktørerne i eventuelle fremtidige danske sager. Af denne grund refereres kort nogle enkelte udenlandske domme til illustration af problemerne med at fastlægge tjenesteudbyderes ansvar.

A. Cubby Inc. vrs. CompuServe Inc., 1991¹²⁾: CompuServe er en on-line tjeneste, der på tidspunktet for retssagen gav abonnenter adgang til et udbud af databaser og fora opdelt i forskellige emner og interesseområder. Et af disse fora, "Journalism Forum", bar i en af sine publikationer falske og krænkende udtalelser om Cubby Inc., der var udviklerne af et elektronisk nyheds- og sladder magasin, "Skuttlebut". Cubby Inc. lagde sag an mod CompuServe og anførte, at CompuServe var udgiver af den falske udtalelse og således skulle underlægges ansvarsreglerne gældende for udgivere. CompuServe anførte til sit forsvar: 1. At firmaet handlede som distributører og ikke som udgivere af udtalelserne. 2. At firmaet ikke kendte og ikke havde grund til at kende noget til udtalelserne, hvorfor ansvar ikke kunne pålægges firmaet. 3. At CompuServe ikke havde mulighed for at gennemgå indholdet af publikationerne, før de blev uploadet til firmaets databank. Stridsemnet var således hvilken form for ansvarssystem, der skulle anvendes på CompuServe's handlinger.

Retten valgte at betegne CompuServe's tjenester som et elektronisk privat bibliotek, der stillede forskellige publikationer til rådighed og modtog betaling

¹²⁾ 776 F.Supp.135 (S.D.N.Y. 1991).

herfor ved at afkræve abonnenterne afgift for at opnå adgang til tjenesterne. Retten fandt, at CompuServe ikke havde mere kontrol over indholdet af sådanne publikationer end et offentlig bibliotek, boghandler eller en avisbutik har, hvorfor det ligesom for andre distributører ikke ville være muligt for CompuServe at undersøge alle publikationer for potentielle æreskrænkende udtalelser.

B. Stratton Oakmont vrs. Prodigy Serv. Co, 1995¹³⁾: Prodigy blev stiftet i 1990 og blev for retten beskrevet som et computernetværk med ikke mindre end 2 millioner abonnenter. Abonnenterne kan kommunikerer med hinanden gennem forskellige BBS'er. "Money Talk" var et populært finansielt BBS, hvori medlemmerne kunne sende udtalelser angående aktier, obligationer, investeringer og relaterede finansielle emner. Stratton Oakmont er et værdipapirinvesterings bankfirma og dets direktør, D. Porush, reagerede imod en udtalelse om firmaet på "Money Talk" i 1994. I udtalelserne anførtes, at det snart ville være bevist, at Porush var kriminell, samt at Stratton Oakmont var "en kult af mæglere, der enten lever af at lyve eller bliver fyret".

Stratton Oakmont anførte for retten, at Prodigy markedsførte sig selv som en on-line service, der var familieorienteret, og for at opnå dette familiemiljø redigerede Prodigy indholdet af beskeder sendt til dets BBS'er. Retssagens hovedspørgsmål var, hvorvidt Prodigy havde udøvet nok redaktionel kontrol over indholdet på dets BBS til at ifalde samme grad af ansvar som udgivere af aviser.

Retten fandt det afgørende at: 1. Prodigy markedsførte sig som en tjeneste med kontrol over indholdet på dets BBS'er og 2. Prodigy havde implementeret denne kontrol via et software program, samt ved at kræve at administrationen på BBS'erne overholdt Prodigy's politik og retningslinier; hvorfor retten kom frem til, at Prodigy havde tildelt sig selv rollen til at bestemme, hvad der var korrekt for dets medlemmer at sende og læse på Prodigy's BBS'er. På denne baggrund konkluderede retten, at Prodigy var en udgiver og dermed skulle pålægges samme niveau af ansvar, som er associeret med denne status.

C. Universitetsstuderende David LaMacchia¹⁴⁾ drev en BBS på flere af universitetets computere uden at universitetets administration var vidende herom. På BBS'en opfordrede LaMacchia brugerne til at uploade ophavsretligt beskyttede værker, som via BBS'en dermed blev stillet til rådighed for andre brugere til downloading. LaMacchia's forsvarer anførte, at LaMacchia ikke

¹³⁾ Stratton Oakmont, Inc and Daniel Porush against Prodigy Services Company, Supreme Court State of New York.

¹⁴⁾ U.S. v. LaMacchia: No 94-10092-RGS (D. Mass. 1994).

kunne gøres ansvarlig for overtrædelserne af ophavsretsloven, som blev foretaget via de computere, han benyttede, idet han ikke tjente penge på foretagendet, og fordi han ikke personligt havde uploadet og downloaded værkerne - dette havde brugerne af BBSen gjort. Forsvareren anførte desuden, at hvis der i denne sag blev stueret ansvar for LaMacchia, ville dette have en "chilling" effekt på andre tjenesteudbydere, således at disse i fremtiden ville være meget tilbageholdende med at stille deres tjenester til rådighed for fri information. Meget overraskende købte retten forsvarerens argumenter.

D: En svensk dom¹⁵⁾ angående en BBS-tjenesteudbyder's ansvar for indholdet på hans tjeneste minder om LaMacchia-dommen. En ejer af en privatejet BBS stiller sin BBS til rådighed for brugere, hvor der blandt andre aktiviteter kan uploades programfiler, som kan hentes af brugerne af BBSen. Adgang til BBSen opnåedes via modem. Til tider kontrollerede BBS-ejeren de programmer, brugerne overførte til BBSen, for virus. I forbindelse hermed omadresserede han enkelte programmer til andre kategorier af BBSen. Denne omadressering indebar ikke nye eksemplarer fremstillinger. Hvis BBS-ejeren mistænkte et af programmerne for at være ophavsretligt beskyttet, omadresserede han programmet til det område af databasen, der havde den højeste kategori.

Samtlige brugere blev præsenteret for en tekst, som oplyste, at det var forbudt at uploade ophavsretligt beskyttede programmer. Desuden blev brugerne til den højeste kategori oplyst om, at de tilgængelige programmer kun var til brugerens eget brug. På dette tidspunkt var det ifølge svensk ret lovligt for privat personer at kopiere computerprogrammer til eget brug. Tjenesteudbyderen af BBSen blev anklaget for krænkelse af ophavsretten til de beskyttede værker.

Højesteret konstaterede, at både en ulovlig overførelse *til* en BBS (uploading) af et ophavsretligt beskyttet computerprogram som en videreoverførelse af et sådant program (downloading) *fra* en BBS til en anden computer er en krænkelse af ophavsretten. Idet de skyldige, der foretog krænkelse, i denne sag ikke kunne findes, angik sagen bl.a. spørgsmålet: Om tjenesteudbyderen kunne gøres ansvarlig for disse ophavsretlige krænkelse, p.g.a. at han stillede dem til rådighed over sin BBS.

Højesteret fandt, at den svenske ophavsretslov's § 2 forudsætter en form for aktiv handlen, og dette krav er ikke opfyldt alene ved at stille en BBS tilgængelig. I denne forbindelse anførte Højesteret; at den eneste aktive handling, der eventuelt skulle kunne opfylde dette krav, er det at tjenesteudby-

¹⁵⁾ Højesteret DB28, 1996-02-22, NJA 1996, side 79.

deren - for at *begrænse spredningen*¹⁶⁾ af programmerne - flyttede enkelte af programmerne til et område i BBSen med høj prioritet. Skulle en sådan handling fører til ansvar ville det indebære, at den som gør noget - selv lidt - for at begrænse spredningen vil være mere dadelværdig, end den som i stedet bare "sidder med armene over kors". Fra et retspolitisk synspunkt fandt højesteret ikke, at dette resultat var acceptabelt.

Enkelte svenske jurister¹⁷⁾ mener, at det faktum, at tjenesteudbyderen omadresserede programfilerne til et område af BBSen med høj prioritet, er tilstrækkelig aktiv handlen til at gøre ham ansvarlig. Dette synspunkt vil kunne føre til den paradoksale situation i svensk ret, at den tjenesteudbyder, der forsøger at holde ulovligt materiale væk fra sin tjeneste - som her ved omadressering til område i BBSen med høj prioritet - vil have **større** risiko for at ifalde ansvar for informationsindholdet på tjenesten, end den tjenesteudbyder som **intet** foretager sig for at begrænse mængden af ulovligt materiale på tjenesten. Dette svarer til resultatet af de amerikanske domme: CompuServe og Prodigy. CompuServe foretog ingen redigering. Prodigy derimod gjorde en aktiv indsats for at komme ulovligt materiale til livs, men p.g.a. mængden af materiale, vil der alligevel på et eller andet tidspunkt komme en ulovlig information igennem. Selvom Prodigy skulle kunne gennemgå alle informationerne, der går via tjenesterne, vil der være en risiko for, at Prodigy anser en specifik information som værende lovlig, som så senere viser sig at være ulovlig.

Idet domme vedrørende retskonflikter relaterende Internettet og BBSer er et relativt nyt fænomen, kan domme, som de ovenfor skitserede, som sagt give visse retningslinier for retstilstanden på området i Danmark. Retningslinierne peger på en betydelig herskende retsusikkerhed angående omfanget af tjenesteudbyderes ansvar, der fører til det - for samfundet - uheldige resultat, at tjenesteudbyderen opnår bedst sikring imod ansvar for informationsindholdet på tjenesten, ved at kører en "hands-off" politik og ikke redigere i informationerne; samt at de krænkede online-deltagere - som i LaMacchia-dommen og den svenske BBS-dom - har vanskeligheder ved at få stoppet krænkelse, samt at pågribe den/de ansvarlige.

Disse retningslinier kan kun tjene som overordnet vejledning for hvordan den danske retstilstand på området bør være, idet både retssystemerne og

¹⁶⁾ Min fremhævnning.

¹⁷⁾ Martin Brinnen, "IT- ett fall för HD", Juridisk Tidsskrift nr. 4, 1995-96, side 1108f. Og Jan Rosen, "BBS-målet och ansvaret för elektroniske förmedlingstjänster", Svensk Jurist Tidning, 5-6/96, side 423.

retstraditionerne for USA er forskellige fra de tilsvarende danske. Hvilket fører til resultatet; at der hersker en betydelig retsusikkerhed angående danske tjenesteudbyderes ansvarsforhold.

5. Dansk rets mulige ansvarsregler for tjenesteudbydere:

Medieansvarslovens¹⁸⁾ (MAL) formål er at sikre ytrings- og informationsfriheden. For at opnå dette etablerer MAL et særligt ansvarssystem, som medfører, at de almindelige ansvarsregler ikke kan anvendes på medier, der jf. § 1 reguleres af MAL, samt giver mulighed for at bringe anonyme indslag og at beskytte kilder. For at opnå disse fordele fører reglerne i MAL til, at redaktøren for massemediet kan gøres ansvarlig for informationsindholdet. MAL indeholder derved de nærmere regler for, hvem der i en given situation kan anlægges sag imod.¹⁹⁾

Jf. MAL § 1, nr. 3 kan andre massemedier end de traditionelle blive omfattet af MAL's ansvarssystem, hvilket også vil kunne ske for elektroniske formidlinger på tjenesterne via åbne digitale netværk. Der er en del krav, som skal opfyldes for at en sådan elektronisk formidling kan høre ind under MAL: 1. Det skal være en periodisk udbredelse, hvormed i denne sammenhæng menes, at konstante, uforanderlige eller enkeltstående formidlinger ikke kan være omfattet. 2. Den elektroniske nyhedsformidling skal kunne ligestilles med formidlingen fra den trykte presse eller fra radio og fjernsyn. Dette krav indebærer: a: at der skal være tale om en-vejs kommunikation således, at abonnenten/brugeren ikke må kunne påvirke produktet, b: at mediets indhold skal være sammensat af en flerhed af informationer fra forskellige kilder samt, c: at der er foretaget en selvstændig bearbejdning af stoffet. 3. Der skal være en person til stede i Danmark, som ansvaret kan gøres gældende overfor jf. MAL § 8, stk. 2 jf. § 5.²⁰⁾

Hvis et medie, der opfylder disse krav, ønskes underlagt MAL's ansvarssystem kræves jf. MAL § 8, stk. 1, at virksomheden indgiver anmeldelse herom til Pressenævnet.

Selv om en informationsdatabase hører ind under MAL § 1, nr. 3 og er anmeldt jf. § 8, stk. 1, er databasen stadig underlagt Registerloven. Dette forhold kan være en væsentlig hindring for udarbejdelsen af databasen. Lov

¹⁸⁾ Lov nr. 348 af 6. Juni 1991.

¹⁹⁾ Knud Aage Frøbert og Jørgen Paulsen, "Medieansvarsloven med kommentarer", 1992, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, side 61

²⁰⁾ Ibid., side 68,

om massemediers informationsdatabaser²¹⁾ (MI) blev udarbejdet for at sikre, at visse informationsdatabaser kan fritages for Registerlovens regler, uden at privatlivets fred krænkes.

Informationsdatabaser, som drives i tilknytning til en eller flere virksomheder, er altid omfattet af loven, jf. MI § 1. Ligeledes er informationsdatabaser, der udelukkende indeholder allerede offentliggjorte periodiske skrifter m.v. eller dele heraf, som er indlagt uændret, og hvor materialet oprindeligt var underlagt MAL's regler, undtaget Registertilsynets kompetence jf. MI § 18 og 19.

Derudover kan andre informationsdatabaser være omfattet af loven, hvis de opfylder betingelserne fastsat i MAL § 1, nr. 3. For at være omfattet skal informationsdatabaserne, jf. MI § 6, stk. 1, desuden: 1.Være tilgængelige for enhver på almindelige forretningsvilkår, hvilket indebærer, at eventuel prismæssig forskelsbehandling på abonnenter ikke reelt må hindre visse personer og virksomheder adgang.²²⁾ 2.Være anmeldt til Pressenævnet og Registertilsynet. Anmeldelsen til Registertilsynet begrundes med, at Registertilsynet bør gøres bekendt med, at der findes et edb-register, som nu falder udenfor Registertilsynets kompetence jf. MI § 18 og 19.²³⁾ 3.Der skal ved anmeldelsen anføres hvem, der er ansvarlig for databasen. Anmeldes det ikke, hvem der er ansvarlig for databasen, medfører dette, at informationsdatabasen ikke er omfattet af loven.²⁴⁾

Ifølge MI § 17, stk. 1 gælder lovgivningens almindelige straf- og erstatningsregler på sager omfattet af loven. Herved er MAL's særlige ansvarssystem ikke overført til denne lov, hvorfor andre end den ansvarlige ifølge MI efter omstændighederne kan drages til ansvar.

Så vidt så godt. Tjenesteudbyderen vælger selv, om hans formidling er af en sådan beskaffenhed, at det vil være en fordel at være underlagt MAL eller MI, idet dette kun vil kunne ske ved en anmeldelse til Pressenævnet - medmindre indholdet kun består af allerede offentliggjorte periodiske tidsskrifter. Imidlertid skal Pressenævnet ikke foretage en realitetsprøvelse af, om den elektroniske formidling opfylder betingelserne i MAL § 1, nr. 3. En anmeldt tjeneste/formidling jf. MAL § 8, stk. 1 og MI § 6, stk. 1 vil således ved en senere retssag kunne stå i den situation, at det ved domstolsprøvelsen

²¹⁾ Lov nr. 430, af den 1/6-1994.

²²⁾ Bemærkninger til lovforslaget, Folketingstidende, A, 1993/94, side 959.

²³⁾ Ibid., side 950.

²⁴⁾ Karnov, 1995, 14. udgave, 3. bind, side 4852, note nr. 9.

viser sig, at den elektroniske formidling ikke opfylder kravene jf. MAL § 1, nr. 3, og derved er underlagt lovens almindelige ansvarsregler. Dette giver efter min mening en betydelig retsusikkerhed for de tjenesteudbydere, som vælger at anmelde deres tjenester/formidlinger. Dette kan imidlertid imødegås ved at bestemme, at Pressenævnet skal realitetsprøve opfyldelsen af kravene i MAL § 1, nr. 3 ved anmeldelse, hvorved tjenesteudbydere ved udøvelsen af deres erhverv - samt brugerne ved anvendelsen af tjenesten - ville have vished for, hvilket ansvarssystem tjenesten opererede under.

For de tjenesteudbydere, der ikke er underlagt MAL's ansvarssystem, gælder lovens almindelige ansvarsregler. Derved vil tjenesteudbyderen kunne risikere at ifalde medvirkeransvar jf. Straffelovens § 23, når brugerne via tjenesten sender informationer og materiale, der er ulovligt. Idet en undladelse også kan være strafbar medvirken, hvor der ved bedømmelsen heraf tages stilling til, om der med rimelighed kunne ventes en aktiv handling og eventuelt hvilken²⁵⁾; vil spørgsmålet være afhængig af hvorledes tjenesteudbyderens handlinger og undladelser vurderes i forhold hertil.

UfR 209.1996 angår umiddelbart forhold som kunne minde om denne problemstilling. Rigsadvokaten anlagde sag mod Kupon-Nyhederne A/S. Anklager gjorde gældende, at Kupon-Nyhederne som udgiver var medansvarlig for de annoncer, der i den udgivne publikation reklamerede med ulovligt tilgift jf. markedsføringslovens²⁶⁾ § 6, stk. 1, 2. pkt. Kupon-Nyhederne anførte bl.a. at: 1.De ikke kendte til annoncerens indhold før publikationen, og at de således blot stillede annoncepladsen til rådighed. 2.Der ikke var behov for at straffe udgiveren, idet det ansvar, der påhviler annoncøren og reklamebureauet, er tilstrækkeligt. 3.At det ofte ikke vil være muligt for medarbejderne hos Kupon-Nyhederne at bedømme, om en annonce averterer med ulovligt tilgift, eller om der foreligger tilbud om kombinationssalg, tilbud om en ydelse af samme art som hovedydelsen, tilbud om en bydelse af ringe værdi eller andre former for ekstra ydelser, der accepteres i praksis. Retten fandt imidlertid, at Kupon-Nyhederne var ansvarlig jf. Markedsføringslovens § 6 ,stk. 1 jf. Straffelovens § 23.

Spørgsmålet er, om dommens resultat kan anvendes analogt på tjenesteudbyders ansvar, idet der for så vidt er visse paralleller hertil: **Ad 1:**“Ejeren” kender p.g.a. de faktiske omstændigheder ikke indholdet af “beskeden”. **Ad 2:**Hvilken personkreds bør holdes ansvarlig? **Ad 3:**Hvem skal bedømme om informationsindholdet er lovligt?

²⁵⁾ Knud Waaben, “Strafferettens ansvarslære”, 1987, GAD, side 226.

²⁶⁾ Lov nr. 428 af 1. juni 1994 om markedsføring.

Personligt mener jeg, at der mangler årsagernes lighed, idet de informationer en tjenesteudbyder skal vurdere er af en noget andet beskaffenhed end informationsindholdet i annoncer, samt at distributionsmængden ofte er langt større end for en distributør af annoncer, hvorfor dommen efter min mening ikke er umiddelbart anvendelig. Det må imidlertid konstateres, at forholdet er uafklaret, og at der også vedrørende brugen af danske regler om medvirkeransvar hersker betydelig retsusikkerhed.

6. USA's og Sveriges forsøg på regulering:

Ved overvejelserne om eventuelle regulerings-forsøg fra dansk side er det naturligt at skele til andre landes forsøg herpå, hvorfor jeg kort i dette afsnit vil beskrive henholdsvis det amerikanske og det svenske tiltag.

I USA blev "**Telecommunications Decency Act of 1996**" (Acten) vedtaget i februar 1996. Ifølge Acten er det strafbart at bruge interaktive computertjenester til at sende meddelelser, informationer eller materiale, der bedømt efter standarder i samtidens samfund, er åbenbart stødende, og som beskriver eller skildre seksuelle eller latrinære aktiviteter eller organer til bestemte personer under 18 år, eller således at det er tilgængeligt for personer under 18 år. Forholdet er strafbart uafhængig af, hvem der indledte kommunikationen. Tjenesteudbyderen kan straffes for denne aktivitet, hvis han er vidende om forholdet. En tjenesteudbyder kan dog ikke gøres ansvarlig for forholdet, hvis han udelukkende står for tilgangen, opkoblingen eller transmissionen til tjenesten. Denne undtagelse gælder dog ikke, når tjenesteudbyderen er vidende om den strafbare aktivitet eller ejer tjenesten, systemet eller netværket, som benyttes til at udføre den strafbare handling. Forholdet kan straffes med fængsel op til 2 år.

Som forsvar imod retsforfølgelse tæller forhold, hvor den anklagede har: **1.**Efter omstændighederne i god tro foretaget rimelige, effektive og tilstrækkelige foranstaltninger for at begrænse og forhindre tilgangen for mindreårige til kommunikation specificeret i Acten. Et regeringsorgan skulle beskrive nærmere, hvad der kan kendetegne "rimelige, effektive og tilstrækkelige foranstaltninger", men kun som vejledning idet andre muligheder også skal kunne anses for værende egnede. **2.**Har begrænset adgangen til en sådan kommunikation ved at kræve brug af efterprøvede kreditkort, konti, koder eller identifikationsnumre.

Forslaget giver meget løse holdepunkter for hvornår en tjenesteudbyder er ansvarsfri. Til eksempel: Hvordan skal tjenesteudbyderen i en konkret sag tage stilling til, om materialet "bedømt efter standarder i samtidens samfund er åbenbart stødende"? Hvornår er tjenesteudbyderen "vidende om forholdet"?

For at undgå ansvarssager vil tjenesteudbyderen blive nødt til at holde stram justits med hvilket slags materiale, der er på hans tjeneste, samt at begrænse mindreårige's adgang til materiale, der bare lugter af at være seksuelt eller latrinært betonet. Alligevel vil tjenesteudbyderen ikke kunne være sikker på at være ansvarsfri; for hvorledes skal han kunne være sikker på, at der "efter omstændighederne" er foretaget "rimelige, effektive og tilstrækkelige foranstaltninger"? Hvordan skal tjenesteudbyderen sikre sig, at brugeren ikke er en mindreårig?

Forslaget medførte ramaskrig blandt Internet-brugerne. Og selv om dette - p.g.a. Internettets historie - har ry for at ske hver gang foranstaltninger om kontrol af informations- indholdet bringes på banen, må reaktionerne siges at være let forståelige i dette tilfælde. Forskellige organisationer og individer samlet under betegnelsen "American Civil Liberties Union" anlagde sag i Pennsylvania og gjorde gældende, at "Telecommunications Decency Act of 1996" var grundlovsstridig.²⁷⁾ Sagen blev anlagt den 8. Februar 1996, samme dag som loven blev underskrevet af præsidenten. Den 26. Februar blev parterne enige om, at Acten ikke måtte anvendes, før sagen var afgjort. De 3 dommere gav anklagerne medhold og nedlagde foreløbigt forbud imod Acten's anvendelse. Sagen er appelleret til Højesteret.²⁸⁾

Den 19/5-94 besluttede den **svenske** regering at iværksætte en undersøgelse bl.a. vedrørende behovet for en **regulering** af tjenester såsom BBS'er. Dette resulterede i et lovforslag²⁹⁾ udgivet i marts 1996, der bl.a. behandler spørgsmålet om tjenesteudbyderens ansvarlighed. I bemærkningerne til lovforslaget anføres bl.a. følgende forudsætninger for reguleringen: 1.Det er vigtigt, at den frie udveksling af information ikke hindres, og tjenester til formidling af elektroniske meddelelser spiller en vigtig rolle i denne udveksling. 2.Der er et behov for at bekæmpe ulovlig eller anden uacceptabel spredning af information, og det er ikke acceptabelt at svensk territorium bliver en elektronisk "tumbleplads" for en sådan aktivitet. 3.Det eksisterende regelværk fungerer ikke i miljøet for disse elektroniske tjenester. Det er delvist uklart, hvorledes bestemmelserne tolkes; visse forskrifter efterleves ikke; mens andre tolkes således, at de forenes med de nye former for kommunikation. 4.Reguleringen bør i princippet gælde for samtlige tjenester. Det bør være afgørende, at den, som anvender tjenesten, kan hente eller sende information

²⁷⁾ American Civil Liberties Union, et al. V. Janet Reno, Attorney General og the United States; No. 96-963.

²⁸⁾ ComputerWorld nr. 26, den 12/7-1996, side 11.

²⁹⁾ SOU 1996:40.

til andre. 5. Tjenesteudbyderen kan bestemme tjenestens anvendelse, inklusiv udformningen af de tekniske og de administrative rutiner. De valg tjenesteudbyderen foretager i denne henseende bliver således afgørende for hvilket råderum, der gives for at udføre forbrydelser over tjenesten og for mulighederne for at spore den skyldige bruger.

Ifølge lovforslaget om elektroniske formidlingstjenester skal loven gælde for tjenester, som er beregnet på elektronisk formidling af meddelelser, jf. § 1, stk. 1. Således omfatter lovforslaget ikke den brug af åbne digitale netværk, som angår udnyttelse af andre computers ressourcer til eksempelvis matematiske udregninger.

Loven skal imidlertid jf. § 1, stk. 2 ikke gælde: 1. Hvor der er tale om rene e-mail-forsendelser, som kan sidestilles med postens udbringelse af breve. Hvorimod e-mails sendt til distributionslister skal behandles i forhold til lovforslagets bestemmelser. Idet dette kan give problemer med forskellige kategorier af e-mail-forsendelser, opstilles et forslag om; at hvis listen er tilgængelig for flere end 10 brugere falder den ind under bestemmelsen. Dette synes som en noget vilkårlig opsat grænse. 2. Hvor formidlingen foretages indenfor en myndighed eller mellem myndigheder eller indenfor en virksomhed eller koncern. 3. For tjenester, der fungerer som trykte medier, og derved er reguleret af reglerne for disse om ytrings- og trykkefriheden.

Jf. § 3 i forslaget skal den, som stiller tjenesten til rådighed, pålægges en pligt til at have et sådant opsyn over tjenesten, som er nødvendig af hensyn til virksomhedens indretning og omfang. Desuden skal han jf. § 4 så tidligt som muligt underrette alle brugerne af tjenesten om: 1. Hvem der stiller tjenesten til rådighed. 2. At brugeren selv er ansvarlig for indholdet af de meddelelser vedkommende sender. 3. I hvilken udstrækning at beskeden stilles til rådighed for andre brugere.

Derudover ifalder tjenesteudbyderen ansvar for at hindre fortsat spredning af meddelelser, hvor det er åbenbart, at brugeren ved at sende meddelelsen har gjort sig skyldig i en forbrydelse, eller krænket en ophavsret, eller at indholdet i meddelelsen kan anvendes i en forbrydelse, jf. § 5.

Ved forsætligt og uagtsomt brud på § 4 samt forsætligt brud på § 5 kan den skyldige idømmes bøder eller fængsel i højst 6 måneder, eller hvis overtrædelsen er grov; fængsel i op til 2 år.

Ifølge bemærkningerne skal pligten jf. § 5 kun indtræde, hvis den ansvarlige person er klar over, at meddelelsen er til stede på tjenesten samt kender til indholdet. Således medfører § 4 sammen med § 5 ikke et krav om, at tjenesteudbyderen skal være bekendt med al information på tjenesten. Det er derimod formålet med forslaget, at det skal have en selvregulerende effekt. Følgende spørgsmål synes da at opstå: hvor meget skal tjenesteudbyderen foretage sig jf. § 4 for at undgå, at meddelelser nævnt i § 5 er til stede i hans

tjeneste? I den svenske BBS-dom anførte tjenesteudbyderen, at han ikke åbnede filerne - og i enkelte tilfælde ikke kunne åbne dem p.g.a. pladsmangel - og således vurderede han deres indhold efter fil-navnet. De filer, hvis navne måtte "vække" en formodning om, at indholdet var et ophavsretligt beskyttet program, overførte han til området i BBS-en med høj prioritet. Var denne handling tilstrækkelig jf. § 4, eller burde tjenesteudbyderen altid åbne filerne, og i fald han ikke kunne åbne dem slette dem for at undgå at komme på tværs af § 5?

Lovforslagets anførelse i § 5 om at det er "åbenbart", at brugeren har foretaget en af handlingerne nævnt i § 5, skal ifølge bemærkningerne forstås således, at det er "tydeligt for en gennemsnitlig, eftertænsksom person". Dette synes ikke at give tjenesteudbyderen nogle særlig faste holdepunkter for grænserne af det tilladelige.

6. Principper for dansk regulering samt udøvelsen heraf:

I det ovenstående har jeg søgt at illustrere, at der hersker en betydelig retsusikkerhed vedrørende ansvarsforholdene for danske tjenesteudbydere. I artiklens indledning har jeg søgt at anskueliggøre, at der i EU og Danmark er politisk velvilje overfor åbne digitale netværks videre eksistens samt udbredelse. Den bedste måde hvorpå politikerne efter min mening kan støtte dette, er ved at opstille klare regler for tjenesteudbyderes ansvarsforhold, så disse er klar over hvilket regelsæt, de opererer under, samt hvorledes de skal forstå regelsættet.

Ved overvejelsen af et sådant reguleringsinitiativ bør der efter min mening tages udgangspunkt i: **1.** De to erkendelser diskuteret i afsnittet "Internettets hovedkarakteristika i forhold til regulering." **2.** De to mål opstillet i slutningen af artiklens indledning, samt **3.** Tre yderligere grundforudsætninger.

De to erkendelser er: **1.** *Et forsøg på at regulere informationsindholdet på åbne digitale netværk kan aldrig blive absolut.* **2.** *De danske lovgivere må ved reguleringen koncentrere sig om tjenesteudbydere og brugere, der er lokaliseret i Danmark.*

De to mål for reguleringen er: **1.** *Opnå så stor retssikkerhed som muligt for online-deltagerne.* **2.** *Stoppe tilstedeværelsen og distributionen af ulovligt materiale.*

De tre yderligere grundforudsætninger er: **1.** *Spørgsmålet om tjenesteudbyderens ansvar hænger uløseligt sammen med spørgsmålet om kontrol af informationsindholdet.*

2. *Tjenesteudbyderne er ikke de rette til at afgøre om specifikt materiale på Internettet og BBS'er er lovligt henholdsvis ulovligt.*

Det er ikke altid let at afgøre om et specifikt materiale er lovligt henholdsvis

ulovligt at distribuere. Til belysning af denne omstændighed anføres enkelte udtalelser, vedrørende bedømmelsen af om en ytring er en ærekrænkelse: "Der kan ikke anvises klare og let anvendelige kriterier til afgrænsning af de strafbare krænkende ytringer. Loven må anvende almindelige begreber, der udfyldes i retspraxis. Domstolene får herved en vanskelig opgave. De skal se den påklagede ytring i lys af deres viden om sprogets anvendelse og om adfærdsnormer i samfundet, og de skal afgøre om en grænse for det tilladelige er overskredet."³⁰⁾ Og: "Ved bedømmelsen af udtalelser kommer det an på om de efter en vis almen målestok kan anses for egnede til at virke krænkende.....(hvor der kan) tages hensyn til i hvilke omgivelser en udtalelse er faldet."³¹⁾ "En sigtelse er som hovedregel straffri, når dens sandhed bevises under injuriesagen." Dette gælder dog ikke i 2 tilfælde, hvor retten jf. § 270, stk. 1 kan frakende sanhedsbeviset betydning: 1. Sigtelsen "Ved sin form (er) utilbørlig fornærmende" og 2. "gemingsmanden har ikke haft rimelig anledning til at fremsætte fornærmelsen".³²⁾

Og vedrørende bedømmelse af om et materiale er ophavsretligt beskyttet: "Står man over for et værk...der efter sin art henhører under den ophavsretlige emneverden, og skal man afgøre, om dette værk nyder ophavsretlig beskyttelse, rejser der sig en række vanskelige spørgsmål. Disse spørgsmål kan ikke besvares på grundlag af lovtænkningen, der ikke yder nogen reel vejledning i så henseende. De må afgøres på basis af lovgivningens antagelige forudsætninger, den nationale og internationale ophavsretlige tradition og systemtænkning samt de allerede foreliggende retsafgørelser."³³⁾

Det kan altså være overordentlig vanskeligt selv for dommere, der er trænet i denne opgave, at foretage vurderingen. Derfor vil selv den tjenesteudbyder, der er meget omhyggelig m.h.t. at redigere og censurere i materialet, altid skulle leve med risikoen for, at noget af det materiale, han selv er sikker på, er lovligt senere vil vise sig at være ulovligt - ved et efterfølgende sagsanlæg. Hertil kan man selvfølgelig hævde, at retsuished ikke er nogen undskyldning, samt at det er vigtigt, at den krænkede part kan gøre sit krav gældende, hvorfor dette hensyn bør fortrænge forbeholdet. Mit eget udgangspunkt i debatten er imidlertid, at alle deltagere i kommunikationen på tjenester udbudt via åbne

³⁰⁾ Knud Waaben, "Strafferettens specielle del II", 1981, GAD, side 258.

³¹⁾ Ibid., side 259 og 260.

³²⁾ Ibid., side 273.

³³⁾ Mogens Koktvedgaard, "Lærebog i immaterialret", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1996. Side 65.

digitale netværk er bedst tjent med, at der opstilles klare, enkle regler for regulering og derigennem opnå et af formålene med en eventuel kontrol af informationsindholdet: at det ulovlige materiale fjernes **og** at alt lovligt materiale kan distribueres uden hindringer. Dermed er min holdning, at etablering af retssikkerhed for den brede kreds af online-deltagere må gå forud for den krænkedes absolutte krav på at kunne gøre en af aktørerne ansvarlig.

3. Politikerne er rede til at betale for at få en brugbar og hensigtsmæssig regulering.

Mit bud er, at hovedprincipperne i en dansk **regulering** af tjenesteudbyderes ansvarsforhold bør være: 1. Tjenesteudbyderen er som udgangspunkt ansvarsfri for det indhold på hans tjeneste, som andre brugere har uploaded eller sendt via/til tjenesten. 2. Ansvarsfriheden er afhængig af to krav: **a.** tjenesteudbyderen logger aktiviteten udført via hans tjeneste; samt **b.** tjenesteudbyderen udleverer oplysninger fra logning ved den kompetente myndigheds anmodning.

For et par år tilbage forsøgte en gruppe politikere og advokater i Washington DC at lave et lovforslag, som skulle holde tjenesteudbydere ansvarsfri.³⁴⁾ Gruppen betegnede forsøget som "The Electronic Communications Forwarding Act". Forslaget skulle beskytte tjenesteudbydere imod ansvar for enhver illegal eller farlig aktivitet udført af deres brugere. Formålet var simpelt: Idet tjenesteudbydere udfører et værdifuldt bidrag ved at skabe mødesteder for millioner af mennesker, skal denne værdi, som de tildeler samfundet, maksimeres, ved at de frit kan bære brugernes beskeder uden risiko for at blive retsfulgt, hver gang en af deres brugere gør noget ulovligt. Gruppen fik imidlertid ikke lavet lovforslaget færdigt, fordi der ikke kunne opnås enighed, om hvad en tjenesteudbyder skulle yde for at opnå den foreslåede beskyttelse imod ansvar for andres brug af Internettet. Områder, hvor uenigheden var stor: 1. Skulle tjenesteudbyderen som "betaling" for ansvarsfriheden lade alt passere frit, således at de ikke måtte redigere eller ændre materiale? Eller gav dette et problem i forhold til materiale som helt tydeligt var farligt/skadeligt eller ulovligt materiale, og hvilken betydning ville det have, at tjenesteudbydere ikke kunne sætte deres personlige præg på deres egne systemer? Efter min overbevisning fører tjenesteudbyderens ansvarsfrihed til, at tjenesteudbydere roligt kan slette, rette og redigere i materialet på deres tjenester, således at materialet stemmer overens med profilen på deres tjenester, uden at frygte hvad disse handlinger betyder for deres ansvarsforhold. Dette vil således løse paradokset: at en tjenesteudbyder, der aktivt forsøger at holde uetisk og ulovligt materiale væk fra sin tjeneste, har større risiko for at ifalde ansvar end

³⁴⁾ Lance Rose, "Netlaw. Your Rights in the Online World", 1995, Osborne McGraw-Hill, side 161.

en tjenesteudbyder, der intet gør. 2. Der var bred enighed om, at lovgiverne aldrig ville give tjenesteudbydere en sådan beskyttelse, uden at der samtidig blev stillet krav om, at tjenesteudbydere skulle logge aktiviteten, så alle brugere kunne identificeres, således at sandsynligheden for at finde den egentlige skyldner forøgedes væsentligt. Gruppen var imidlertid delt med hensyn til, om dette krav var hensigtsmæssigt at indføre, idet en del af gruppen var af den opfattelse, at alle brugere har ret til at handle/operere anonymt i online-miljøet, for at undgå at elektroniske spor ophober datamateriale om brugerens gøren og laden. Hvis tjenesteudbyderen ønsker at være ansvarfri for informationsindholdet, vil det ifølge mit bud for regulering kun være muligt at operere pseudo-anonyme tjenester indenfor dansk område, idet logning oplysninger skal kunne udleveres i tilfælde af, at en bruger skal identificeres. Hertil kan anføres, at oplysningerne fra tjenesteudbydernes logning kun forudsættes anvendt, efter at nævnet har fundet et specifikt ulovligt materiale og derved søger at finde den egentlige skyldner. Der er således ikke tale om, at informationerne indhentet ved logning skal bruges til at samle en flerhed eller sammenstilling af den enkelte brugers benyttelse af Internettet og BBS'er; men om at indhente en oplysning til brug ved ansvarsfordeling mellem online aktører.

Den traditionelle retshåndhævelses metode er domstolene. Som anført i artiklens indledning bygger EU's og Danmarks grundforudsætninger for regulering af tjenesteudbydernes ansvarsforhold på en forudsætning om, at domstole og politi skal håndhæve reguleringen. På grund af den hurtighed hvormed distributionen og spredningen af materiale kan foretages, fører dette efter min mening til et resultat, der ikke er tilstrækkelig effektivt. For at kunne opfylde målet om at stoppe tilstedeværelsen og distributionen af ulovligt materiale på bare nogenlunde tilfredsstillende niveau, er det nødvendigt, at håndhævelsen kan ske hurtigt. Af denne grund er det mit bud at **håndhævelsen** af reguleringen bør ske via et navn - et Internet-navn, om man vil - som skal tildeles kompetence til at: 1. Afgøre hvorvidt specifikt materiale på tjenester på åbne digitale netværk er lovligt henholdsvis ulovligt. 2. Pålægge tjenesteudbydere **ansvar** for at fjerne materiale, som af nævnet er vedtaget at være ulovligt. 3. Pålægge tjenesteudbydere ansvar for at give nævnet logning oplysninger til brug ved identifikation af den egentlige skyldner samt 4. Idømme tjenesteudbydere bøder, hvis disse ikke følger nævnets bestemmelser og henstillinger.

Det primære formål med nævnet er derved, at få hurtige afgørelser af om et materiale er ulovligt/lovligt samt at få foretaget skridtene til at få fjernet det ulovlige materiale hurtigst muligt.

Yderligere kommentarer til nævnets virke: 1. Nævnets kompetence bør kun relatere sig til kontrol af informationsindholdet og tjenesteudbydernes ansvarsforhold; men indenfor dette område er det imidlertid vigtigt, at alle

slags ulovligheder kan undersøges af nævnet, idet udviklingen m.h.t. teknologi og anvendelsesmuligheder ikke kan forudses.

2. Enhver skal kunne henvende sig til nævnet for at få nævnet til at tage stilling til specifikt forekommende materiale på tjenesterne på åbne digitale netværk. Tilsvarende skal nævnet også kunne undersøge/tage spørgsmål op til afgørelse af egen drift.

3. Det er vigtigt, at nævnet ved sine afgørelser holder sig restriktivt til loven for hvilke informationer, der ikke bør distribueres, således at der ikke udvikler sig en unødigt hindring for ytringsfriheden, men blot en ydre grænse for det tilladelige, så nugældende regler for offentlige ytringer opretholdes.

4. Som anført ovenfor vil det ved vurdering af om specifikt materiale er lovligt henholdsvis ulovligt ikke altid være ligetil at træffe den rette afgørelse. Idet et af målene med reguleringen er at stoppe tilstedeværelsen af ulovligt materiale, er det vigtigt, at nævnet træffer hurtige afgørelser. Derfor bør nævnets opgave være at bestemme, hvorvidt der er overvejende sandsynlighed for, om et specifikt materiale er ulovligt, hvorefter skridtene til at fjerne materialet bør gennemføres hurtigst muligt. Nævnets afgørelser bør efterfølgende kunne tages til domstolsprøvelse af de online-deltagere, som måtte være uenige i afgørelserne. Materiale, som nævnet har erklæret for ulovligt, bør kun lovligt kunne gøres tilgængeligt igen via åbne digitale netværk, efter at en domstolsprøvelse viser, at materialet ikke er ulovligt. Herved vil det selvfølgelig kunne ske, at nævnet i henhold til denne kompetence kræver materiale fjernet, som ved en efterfølgende domstolsprøvelse viser sig at være en forkert beslutning. I disse tilfælde vil spørgsmålet om erstatning til tjenesteudbydere kunne komme på tale. Ud fra de følgende betragtninger er mit udgangspunkt her, at Staten må betale erstatningen: a. Det vil formentlig være sjældent, at materialet på en tjeneste, der afkræver betaling fra brugerne, i sig selv vil kunne være af en sådan beskaffenhed og værdi, at tjenesteudbyderen lider et tab ved, at det specifikke materiale fjernes. b. En af præmisserne for mit bud er, at politikerne er rede til at betale for at få en brugbar og hensigtsmæssig regulering. Det er vigtigt, at der er sat så mange penge af til dette formål, at nævnet ikke - p.g.a. pengemangel - er meget tilbageholdende med at kræve materialet fjernet.

5. Ifølge forslaget bør tjenesteudbydere ifalde ansvar for at følge nævnets afgørelser og henstillinger og kan tildeles bøder, ifald dette ikke sker. En tjenesteudbyder vil imidlertid kunne risikere, at en tredjeperson udfører hetz mod ham ved at vedblive med at uploade det samme ulovlige materiale. I disse tilfælde vil en uvildig tredje person - eksempelvis UNI-C - kunne blive sat på opgaven med at gennemgå logningen og prøve at spore personen, der udfører hetzen.

Nævnets succes med at opfylde de 2 opstillede mål - opnå retssikkerhed på

området og stoppe tilstedeværelsen af ulovligt materiale - vil p.g.a. den kolossale informationsmængde på Internettet og BBSer helt afgørende være afhængig af, at brugerne vil gøre brug af nævnet. Det er derfor vigtigt, at brugerne anskuer nævnet som en samarbejdspartner, og at det generelt i online samlivet er god tone at henvende sig til nævnet, således at brugerne ikke føler sig som "stikkere" eller "sladrehanke". Af denne grund bør nævnet: 1.Ved sine afgørelser holde sig strikt til at bestemme, hvad der er ulovligt henholdsvis lovligt og bør således ikke forsøge at opstille egne etiske regler. 2.Ved henvendelse og henstillinger til tjenesteudbydere om at fjerne materiale udvise en respektfuld tone og en let forståelig kommunikationsform. 3.På alle måder profilere sig til alle on-line deltagere som et godt tilbud - en god mulighed - for at få indført retssikkerhed, således at alle deltagere kan undgå ubehagelige følger af retsusikkerheden, og derved tager afstand fra at virke som et "online-politi".

Det som formentlig vil være sværest for politikere at acceptere ved dette bud på principper for en dansk regulering af tjenesteudbyderes ansvar, er formentlig de overvejelser, jeg giver udtryk for i afsnittet "Internettets hovedkarakteristika i forhold til regulering", som efter min opfattelse fører til de to erkendelser, der er nødvendige at acceptere for at kunne lave en effektiv regulering. Grænserne disse to "grund"-erkendelser sætter for reguleringen vil danske politikere dog kunne forsøge at imødegå ved at indgå samarbejde med udenlandske myndigheder, der opererer på tilsvarende vis, med hensyn til udveksling af erfaringer og oplysninger. Eksempler på sådanne er U.S. toldvæsen, der er aktive på Internettet i bekæmpelsen af børnepornografisk materiale³⁵⁾, samt US Securities and Exchange Commission, der er aktive på Internettet til bekæmpelse af økonomisk svindel.³⁶⁾ Ligeledes vil de danske politikere kunne arbejde på at indgå internationale aftaler om gensidig anerkendelse og samarbejde mellem lignende udenlandske organer, således at det danske navn eksempelvis vil kunne få udleveret oplysninger om danske brugere, der opererer via en udenlandsk pseudo-anonym tjeneste.

Fordi de nationale grænser flyder ud ved anvendelsen af åbne digitale netværk, og at man, som anført, bør indse, at den enkelte stat kun kan operere succesfuldt i forhold til brugere og tjenesteudbydere indenfor statens egen jurisdiktion, gælder ved mit bud et udpræget princip om at "fejle for sin egen dør" - ikke "først" men derimod "kun" - med opfordringen til og håbet om at andre lande vil gøre noget tilsvarende.

³⁵⁾ [Http://www.gate.net/~custums/childprn.htm](http://www.gate.net/~custums/childprn.htm).

³⁶⁾ [Http://www.sec.gov/consumer/cyberfr.htm](http://www.sec.gov/consumer/cyberfr.htm).

Grænseoverskridende TV og den kulturelle dimension i EU

af
Elisabeth Thuesen

1. Indledning

Der er i traktaten om den Europæiske Union indført regler, som har til hensigt at fremme det kulturelle samarbejde på grundlag af medlemsstaternes forskellige kulturer. Adgangen til fri bevægelighed for varer, tjenesteydelser, personer og kapital i EU's indre marked bidrager til at forøge udvekslingen af produkter og den gensidige kontakt mellem EU-borgerne. Det rejser spørgsmål om, hvorledes udvekslingen af TV-tjenesteydelser og de kulturelle aktiviteter på nationalt og europæisk plan gensidigt kan øve indflydelse på hinanden på det åbne marked i EU. Banes der vej for en europæisk kultur, eller vil medlemslandene lukke sig om deres nationale interesser?

1.1. Det kulturelle grundlag i EU

Det europæiske samarbejde har udviklet sig fra forretningsmæssige forhold til også at omfatte relationer af ikke-økonomisk karakter. Der foregår et tæt samkvem mellem stater, som udvikler sig på det nationale plan. Derved skabes en global kultur, som opstår af impulser fra dynamiske samfund og derfor er under stadig forandring.

Kultur kan defineres som holdninger, traditioner og opfattelser, som er fælles for medlemmerne inden for et område, der er afgrænset geografisk eller på anden måde. Disse elementer tilfører medlemmerne identitet og tilhørsforhold og skaber derved tryghed indadtil og en fælles holdning over for påvirkninger udefra¹⁾.

I den globale, dynamiske kultur er forandringen i sig selv en værdi. Kendte værdier forsvinder, og der opstår nye holdninger, ritualer og forventninger, der opleves som kulturløse, indtil de har etableret sig i en form, der er udtryk for en ny kultur. Denne udvikling kan fremstå som en trussel mod eller blive

¹⁾ Cf. Thyssen s. 87 ff.

integreret i den traditionelle nationale kultur. Der foregår til stadighed et spil mellem konflikt og samarbejde i det globale kulturområde²⁾.

Formidlingen af kulturelle impulser i området kan ikke ske ved personlig kontakt som inden for den lokale kultur, men må foregå ved hjælp af medier. Her har massemedierne og især det grænseoverskridende fjernsyn en central placering som formidler. TV-mediet vil fungere som et styringsmiddel³⁾.

Kommunikationen må foregå på et standardiseret grundlag, for at mediet kan være i stand til at håndtere store mængder af information. Der vil blive udspremt kulturelle påvirkninger, hvoraf nogle vil dominere og fortrænge andre. Spredningen vil foregå mellem landene indbyrdes, ligesom der vil trænge fælles europæiske holdninger ind i de enkelte medlemslande.

1.2. Radio- og TV-kommunikation i Europa

I EU's medlemsstater findes en national lovregulering af audio/visuelle medier. Landsdækkende radio- og TV-stationer er gennemgående offentligt ejede eller selvejende institutioner under offentlig kontrol. Lovreguleringen af disse medier skal sikre alsidige programtilbud, der imødekommer væsentlige behov hos alle landets befolkningsgrupper og formidler den fælles kultur.

Lokale og regionale medier, der er åbne for offentligheden, er ligeledes underlagt en vis kontrol. En betydelig del af finansieringen af TV-stationernes drift og aktiviteter sker ved salg af reklameplads og sponsorstøtte fra erhvervsvirksomheder. TV-mediernes skal således varetage både kulturelle og kommercielle interesser. Den nationale administration heraf er typisk overladt til institutioner, som tillader udsendelse af reklamer og kontrollerer reklamerne indhold og sponsorering. Ved grænseoverskridende TV opstår der problemer med, i hvilket omfang de nationale myndigheder kan underkaste fremmede TV-stationer kontrol og restriktioner uden at krænke princippet om fri bevægelighed for tjenesteydelser og samtidig beskytte ikke-økonomiske interesser på det nationale plan.

2. Europæisk regulering af kultur

2.1. Almindelige bestemmelser i Unionstraktaten

Traktaten om Den europæiske Union (Maastricht-traktaten, forkortet "T-EU") har indført bestemmelser om kultur. I præamblen udtales, At medlemslandene "ønsker at styrke solidariteten mellem deres folk samtidig med, at de

²⁾ Thyssen s. 100 ff.

³⁾ Thyssen s. 121 - 214.

respekterer disses historie, kultur og traditioner". Disse principper er udmøntet i Traktaten om Det europæiske Fællesskab, forkortet TEF, der udgør en del af Maastricht-Traktatens "søjle 1". Det følger af Fællesskabets målsætning i TEF art. 2, at det tilsigtes at højne livskvaliteten i Fællesskabet, og TEF art. 3 litra p om Fællesskabets funktion bestemmer, at Fællesskabet yder "bidrag til kvalitetsuddannelser og udfoldelsesmuligheder for Medlemsstaternes kulturer".

Afsnit IX i Traktaten om Det europæiske Fællesskab vedrører kultur. Afsnittets eneste artikel, art. 128, bestemmer i stk. 1, at Fællesskabet skal bidrage til, at Medlemsstaternes kulturer kan udfolde sig. Den nationale og regionale mangfoldighed skal respekteres samtidig med, at den fælles kulturarv skal fremhæves. Artiklens stk. 2-4 fastlægger Fællesskabets opgaver i forbindelse med kultur, og stk. 5 regulerer beslutningsprocessen.

Kulturelle produkter er undergivet princippet om fri bevægelighed. Men for at værne om national kultur er visse begrænsninger tilladt, når der ikke er tale om skjulte handelshindringer, jfr. TEF art. 36, som angiver beskyttelse af nationale skatte. Immaterielle rettigheder såsom ophavsretlig beskyttelse i national ret respekteres ligeledes af Fællesskabet.

2.2. Forholdet mellem nationale og europæiske kulturelle elementer i Unionen

Med udgangspunkt målsætningen i TEF art. 128 stk. 1 om at give den nationale og regionale kultur mulighed for udfoldelse fastlægges det i stk. 2, at Fællesskabet skal fremme og udbygge samarbejdet mellem de nationale stater, herunder bevare kulturarv af europæisk betydning, støtte ikke-commerciel kulturel udveksling og fremme kunstneriske og litterære frembringelser blandt andet i den audio-visuelle sektor.

Fællesskabets opgaver skal løses ved at gennemføre tilskyndelsesforanstaltninger og vedtage henstillinger, jfr. TEF art. 128 stk. 5, og det nævnes udtrykkeligt, at der ikke er tale om lovharmonisering. Det er således imod Fællesskabets opgave at nivellere og tilpasse de kulturelle forskelligheder til hinanden. Fællesskabet skal derimod støtte de kulturelle elementer, som er gennemgående for alle de lokale kulturer, og fremme den gensidige udveksling uden at udjævne forskelligheder og fjerne det lokale særpræg. Medlemsstaterne bestemmer således selv over deres egen kultur og tilbydes hjælp til at hente nye impulser i et kulturelt samarbejde med de øvrige medlemsstater. Tilskyndelsesforanstaltninger vil typisk bestå i en regulering, der har til hensigt at supplere og koordinere nationale aktiviteter, fastlægge og gennemføre kulturelle projekter og programmer og yde støtte, både økonomisk og på anden måde.

Beslutningsprocessen er udformet i overensstemmelse hermed. Målene gennemføres ved at udarbejde tilskyndelsesforanstaltninger i overensstemmelse med TEF art. 189 B. Vedtagelser kan kun ske med enstemmighed. Heraf følger, at EU-Kommissionen som det fællesskabs-organ, der har initiativretten, skal udarbejde forslag til fælles foranstaltninger, der binder medlemsstaterne. Men medlemsstaternes repræsentanter i Ministerrådet har vetoret over for ethvert uønsket forslag. Det følger tillige af art. 189 B, at det organ, der repræsenterer de nationale befolkninger i Unionen, EU-Parlamentet, forkortet EP, har medbestemmelsesret. Kan der ikke opnås flertal i EP om et forslag, eller kan et ændringsforslag fra EP efter behandling i forligsudvalget ikke opnå både enstemmig tilslutning fra Ministerrådet og flertal i EP, er det bortfaldet.

EU-Kommissionens initiativ til fælles foranstaltning kan således bremses af nationale kræfter. Dette er i overensstemmelse med princippet om subsidiaritet i TEF art. 3 B stk. 2. Bestemmelsen fastslår, at på områder, hvor kompetencen er delt mellem Fællesskabet og medlemsstaterne, handler Fællesskabet kun, hvis og i det omfang målene ikke i tilstrækkelig grad kan opfyldes af medlemsstaterne og samtidig bedre kan gennemføres af Fællesskabet. Medlemsstaterne er dog samtidig underlagt rammerne i TEF art. 5, hvorefter medlemmerne har forpligtet sig til at bidrage til opfyldelse af Fællesskabets mål og til at undlade at lægge hindringer i vejen for gennemførelsen, således at traktatens målsætning bringes i fare.

Det gælder også for henstillinger, at udarbejdelsen foretages af EU-Kommissionen, og at vedtagelse sker med enstemmighed i Ministerrådet. Sådanne retsakter er ikke bindende for medlemsstaterne. Men også her er de i henhold til TEF art. 5 forpligtet til handle i overensstemmelse med retsakternes indhold og ikke at modarbejde dem.

TEF art. 92, der omhandler statsstøtte, bestemmer i stk. 3 litra d, at støtte kan ydes til fremme af kulturen og bevarelse af kulturarven, når konkurrence- og samhandelsvikårene ikke ændres i et omfang, der strider mod de fælles interesser. Det er således tilladt at yde statsstøtte inden for visse rammer. Det fremgår ikke af bestemmelsen, om national økonomisk støtte er tilladt på grundlag af gensidighed, således at medlemsstaterne respekterer hinandens bestræbelser på skabe et økonomisk grundlag for gennemførelse nationale kulturelle tiltag. Der kan her opstå problemer med afgrænsning over for økonomiske aktiviteter, der udgør nationale handelshindringer.

Traktaten betragter ikke kultur som et isoleret område. Det bestemmes i art. 128 stk. 4, at Fællesskabet skal tage hensyn til de kulturelle aspekter i sin indsats i henhold til andre bestemmelser i traktaten, altså de øvrige politiske områder, som er henlagt under Fællesskabet, uanset om der er tale om enekompetence eller kompetence delt med medlemsstaterne. Det er således Fællesskabets opgave at tage det fornødne hensyn til og synliggøre den

kulturelle dimension inden for alle områder af det fælles marked, hvor der optræder et kulturelt element inden for økonomiske og handelsmæssige aktiviteter. Dette vil være tilfældet inden for den audio-visuelle sektor, hvor kulturelle produkter i form af film, forestillinger og programmer fremstilles og gennemføres med salg for øje, men hvor den handelsmæssige værdi udgøres af det kulturelle indhold.

2.3. Rammerne for kulturpolitikken med vægt på den audio-visuelle sektor

Fællesskabet har på baggrund af meddelelser fra EU-Kommissionen udformet rammerne for den indsats, der følger af art. 128. Allerede i 1992, hvor Maastricht-Traktaten var undertegnet, men endnu ikke ratificeret af alle medlemsstaterne, overvejede kulturministrene Fællesskabets fremtidige indsats. I Konklusioner vedtaget af kulturministrene forsamlet i Rådet d. 12. November 1992 udtales, at Fællesskabet skal udbygge eksisterende kulturelle aktiviteter, og der lægges særlig vægt på den audio-visuelle sektor. Programmer skal planlægges og videreføres, herunder MEDIA-programmet, som omhandler det audio-visuelle område.

I Rådets konklusioner af 10. November 1994 fastlægges det, at Fællesskabet skal arbejde for at fremme samarbejdet mellem medlemsstaterne. I sin indsats skal fællesskabet tilstræbe subsidiaritet og komplementaritet i forhold til aktiviteterne på nationalt plan. Det skal tilstræbes, at der herved tilføres en tydelig ekstra gevinst på europæisk plan i forhold til den nationale indsats. De audio-visuelle mediers kulturelle dimension tillægges særlig betydning.

For at sikre udvekslingen af TV-tjenesteydelser gennemføres en tilpasning af de teknologiske forhold⁴⁾.

3. Regulering af TV-tjenesteydelser i EU

TV-stationer i medlemsstaterne fremstiller og udbyder de programmer og udsendelser, som udgør indholdet i TV-tjenesteydelserne. Reguleringen heraf er underlagt national ret.

TV-programmer, der fremstilles af en station i en medlemsstat og udsendes til modtagelse i en anden medlemsstat udgør grænseoverskridende tjenesteydelser, uanset om de betales ved fremstillingen eller modtagelsen. Dette

⁴⁾ F. eks. Rådets afgørelse 89/337 om HDTV-ydelser (high definition television services), hvorefter udstyr og anlæg skal gøre det muligt at modtage HDTV ydelser.

fremgår af EF-Domstolens praksis ⁵⁾. Disse produkter er undergivet princippet i TEF art. 59 - 60 om fri udveksling af tjenesteydelser. Fællesskabet har taget skridt til at harmonisere den grænseoverskridende radio- og TV-spredning ved TV-direktivet 89/552, se ndfr. under pkt. 3.2, og direktivets art. 2 stk. 2 fastslår princippet om, at medlemsstaterne skal sikre modtagefrihed på deres områder for TV-udsendelser fra andre medlemsstater.

3.1. National regulering

Medlemsstaternes lovgivning regulerer aktiviteterne for de radio- og TV-stationer, som hører under deres myndighed. På nationalt plan kræves der normalt bevilling til at udsende programmer til almenheden, og TV-reklamer er underlagt særskilt styring og kontrol.

Til belysning af national ret redegøres for den danske lovgivning om radio og TV.

I Danmark reguleres området af Lov om radio- og fjernsynsvirksomhed⁶⁾ (forkortet LTV). Det fremgår af § 1, at der kræves tilladelse til at udøve programvirksomhed over for almenheden på landsdækkende, regionalt eller lokalt plan. Det gælder også for kabel-TV og fællesantenne-anlæg. Tilladelse på landsplan er givet til Danmarks Radio (DR) og TV 2 og er betinget af, at der i programudbudet lægges vægt på kvalitet, alsidighed og mangfoldighed. DR er en selvstændig offentlig institution, der er forpligtet over for hele befolkningen til at bringe oplysende og kulturelle udsendelser, de såkaldte "public service-forpligtelser", jfr. § 7 stk. 1. I programlægningen for TV 2, som er en selvejende institution, skal der lægges vægt på den regionale tilknytning, § 18 stk.

TV 2 har tilladelse til at bringe reklameindslag. Reklameformidlingen sker ved hjælp af et statskontrolleret aktieselskab, "TV2 Reklame A/S", som leverer reklameblokke og tekst-tv reklamer til udsendelse. Overskudet anvendes til delvis finansiering af TV 2. En del af de indkomne midler kan efter nærmere bestemmelser anvendes til kulturelle formål.

Reklamer kan ligeledes sendes inden for regional og lokal fjernsynsvirksomhed.

LTV kapitel 8 indeholder regler om placering og indhold af reklamer. Bestemmelserne svarer til de regler, som er fastlagt i EF-direktivet om radio-

⁵⁾ Se f.eks. Sag 352/85, Bond van Adverteerders, Saml. 1988 s. 2085, især præmis 14 s. 2131. Se pkt. 4, note 9.

⁶⁾ Lovbkg. Nr 578 af 24.6.1994 om radio- og fjernsynsvirksomhed, som ændr. v. Lov nr. 377 af 14.6.1995.

og TV-spredning om udsendelse af reklame i blokke og forbud mod eller restriktioner for reklame for visse produkter og religiøse og politiske anskuelser. Afgørelse om indholdet af reklamer træffes af TV-Reklamenævnet, der er nedsat af kulturministeren, se LTV § 71. Nævnet kan påtale overtrædelser af reglerne herom.

Sponsoring af programmer tilladt efter reglerne i LTV § 73, der stemmer overens med EF-direktivets bestemmelser.

3.2. Lovharmonisering. EF-direktivet om radio- og TV-spredning

Med de forbedrede muligheder for at nedtage grænseoverskridende TV- og radioudsendelser har man allerede før indførelse af Unionen erkendt behovet i Det europæiske Fællesskab for at harmonisere nationale bestemmelser med henblik på at sikre den fri bevægelighed for tjenesteydelser inden for radio og TV. Man ønskede at styrke det kulturelle samarbejde samtidig med, at de enkelte medlemslandes kultur værnes og udvikles på sine egne betingelser.

Lovsamarbejdet har i 1989 ført til vedtagelsen af direktivet om TV-radiospredningsvirksomhed⁷⁾. I den daværende Traktat om Det europæiske økonomiske Fællesskab (EØFT) fandtes der ingen særlig regulering af kultur. Hjemmelen for direktivet er EØF-Traktatens regler om etableringsretten i EØF-Traktaten art. 57, stk. 2, som anvendes tilsvarende på fri bevægelighed for tjenesteydelser, jfr. art. 66. Danmark og Belgien lagde vægt på, at vedtagelser om kulturelle forhold skulle foregå inden for rammerne af internationalt samarbejde, da området blev opfattet som henhørende under national suverænitet. Direktivet er derfor ikke formelt blevet gennemført i Danmark; men dansk ret er ikke i modstrid med dets regler. Det er direktivets formål at fjerne hindringerne for den fri bevægelighed for tjenesteydelser, sikre loyale konkurrencevilkår og iøvrigt sikre ytringsfriheden uden at gribe ind i de nationale interesser, der varetages af TV- og radiospredningstjenesterne i medlemslandene. Kun de nødvendige mindsteregler skal harmoniseres, idet man ønsker, at en selvstændig kulturel udvikling og mangfoldighed kan opretholdes. Inden for disse rammer bestemmer direktivets art. 2, at der skal være fri adgang til modtagelse af TV- og radioudsendelser fra alle medlemslande på betingelse af, at udsendelserne er i overensstemmelse både med lovgivningen i afsenderlandet og med direktivets bestemmelser⁸⁾ Det er fastsat

⁷⁾ Rådets direktiv af 3.10.1989 om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse af tv-radiospredningsvirksomhed (89/552), EFT 1989 L 298/23.

⁸⁾ Det er fastslået af EF-Domstolen, at en medlemsstat ikke er berettiget til at fastlægge regler for udsendelser, der sendes af et radiospredningsorgan under en anden medlemsstats myndighed, og

i direktivets art. 3 stk. 1, at medlemsstaterne for så vidt angår TV-radiospredningsorganerne under deres myndighed kan indføre strengere eller mere detaljerede bestemmelser inden for de områder, der er omfattet af direktivet. Denne bestemmelse er blevet fortolket at EF-Domstolen i sagen Leclerc-Siplec⁹⁾. Spørgsmålet var, om en fransk lov, som forbød distributionssektoren at benytte fjernsynsreklame, var i overensstemmelse med EU-retten. Loven havde medført, at to TV-stationer i Frankrig havde måttet afvise at udsende reklamer for distribution af brændstof. Domstolen udtalte, at art. 3, stk. 1, ikke indeholder nogen begrænsning med hensyn til, hvilke interesser medlemsstaterne kan tage i betragtning. Forbudet i den franske lov kunne derfor opretholdes. Til fremme af den europæiske kultur indeholder direktivet i kap. 3 bestemmelser om produktion og transmission af europæiske programmer. En nærmere angivet andel af sendetiden skal anvendes til transmission af "europæiske programmer". Herved forstås programmer, som er fremstillet i EU's medlemslande eller andre europæiske lande, og som er fremstillet af eller under kontrol eller medvirken af producenter, som efter nærmere regler skal være etableret eller bosat i de pågældende europæiske lande.

Iflg. art. 7 er spillefilm beskyttet mod at blive udsendt i TV i 2 år efter, at filmen første gang er blevet vist i biograferne i en medlemsstat. Film fremstillet i ko-produktion med TV-radiospredningsorganet er beskyttet i 1 år. Direktivet indeholder i kap. 4 bestemmelser for TV-reklamer og sponsorvirksomhed. Varigheden af reklameudsendelser skal begrænses til højst 15% - 20% af sendetiden og skal sendes i blokke og må ikke bryde ind i udsendelser på mindre end 45 minutters varighed, jfr. art. 18. Medlemsstaterne kan iflg. art. 19 indføre strengere regler bl. a. for at varetage kulturelle hensyn og for at sikre pluralisme. Indholdet af reklamerne er reguleret ved bestemmelser om forbud mod reklamer for tobak og receptpligtig medicin, og der er restriktive regler om reklame for alkoholholdige drikkevarer samt regler til beskyttelse af mindreårige og andre svage grupper. Det er overladt til medlemsstaterne at udforme beskyttelsesreglerne. Endvidere må der ikke reklameres for politiske eller religiøse ideer, og der må ikke tilskyndes til adfærd, der kan skade sundhed og sikkerhed eller være til skade for miljøbeskyttelsen.

TV-direktivet har efter en femårig periode skullet tages op til revision. På dette grundlag er der d. 31.5.1995 fremsat et ændringsforslag fra Kommissionen. Det omfatter blandt andet reguleringen af europæiske produktioner. Der

ej heller at opstille forskellige regler for indenlandske og udenlandske satellitprogrammer eller særlige betingelser for viderespredning gennem kabelanlæg af Tv-udsendelser fra andre medlemsstater, se sag C-222/94 afg. af 10.9.1996 Kommissionen mod Storbritannien og Nordirland, og sag C-11/95, afg. 10.9.1996, Kommissionen mod Belgien.

⁹⁾ Sag C-412/93, afg. af 9.2.1995, Saml. 1995 - I/2, I, s. 209

foreslås regler om, at TV- og radiostationer etableret uden for Fællesskabets territorium henhører under en medlemsstats kompetence, når de benytter eller har fået tildelt en frekvens eller satellitkapacitet eller benytter en satellit-up link i medlemsstaten. Endvidere foreslås regler om teleshopping, hvorved forstås TV-programmer og indslag, der omfatter direkte tilbud til publikum om salg, køb eller leje af varer eller levering af tjenesteydelser mod betaling. Til sikring af nationale kulturelle interesser skal det gøres muligt at gennemføre sprogpoltiske målsætninger samt "at tage hensyn til den almene interesse med hensyn til fjernsynets funktion som medium for information, uddannelse, kultur og underholdning og behovet for at bevare pluralismen i forbindelse med nyhedsformidling og medier", forslaget art. 3 stk. 1.

4. Konflikt mellem medlemsstaternes og Fællesskabets interesser afspejlet i retspraksis

Medlemsstaternes kontrol med udsendelsernes indhold og kvalitet og en stram styring af TV-reklamer har ført til konflikter mellem de nationale beskyttelsesregler og Fællesskabets regler om fri bevægelighed for tjenesteydelser. Medlemsstaterne har påberåbt sig, at lovgivningen har skullet beskytte national og lokal kultur, medens EU-Kommissionen har betragtet foranstaltningerne som økonomiske handelshindringer. Foruden modsætningsforholdet mellem kulturelle og økonomiske interesser har der også været konflikt mellem bevarelse af national kultur og åbning for påvirkninger udefra. Dette kan illustreres med eksempler fra EF-Domstolens praksis.

I *sagen om de hollandske reklamebureauer, Bond Van Adverteerders*¹⁰⁾, havde en gruppe reklamebureauer etableret i Nederlandene i en anden medlemsstat fået fremstillet reklamer med nederlandske undertekster, beregnet til det nederlandske publikum. Reklamerne blev afsendt fra den udenlandske TV-station via nederlandske kabel-TV-stationer til nederlandske TV-abonnenter. Der var lovforbud imod denne fremgangsmåde i Nederlandene, da al TV-reklame skulle administreres af en særlig organisation, STER, som opkrævede afgift for sendetilladelse og førte kontrol med reklamernes indhold. Reklamebureauerne mente, at den nederlandske lovgivning udgjorde en traktatstridig handelshindring for den fri bevægelighed for tjenesteydelser, medens den nederlandske regering hævdede, at lovgivningen havde et ikke-kommercielt formål, der skulle sikre alsidige udsendelser og værne om kulturelle interesser. EF-domstolen godtog ikke denne form for beskyttelse af kulturelle forhold og fastslog, at Nederlandene uberettiget hindrede den fri bevægelighed for tjenesteydelser til fordel for indenlandske økonomiske

¹⁰⁾ Sag 352/85, afg. af 26.4.1988, Saml. 1988-4 s. 2085.

interesser. - I en senere *sag mod Nederlandene*¹¹⁾ var problemet, at den nederlandske lov om TV og radio, Mediawet, stillede krav om, at landsdækkende radio- og TV-stationer ved produktion af programmer skulle benytte faciliteterne hos et nederlandsk selskab, Nederlands Omroepproductie Bedrijf, NOB, og at de beløb, der blev stillet til rådighed for programproduktion, skulle anvendes til produktion hos NOB. Endvidere skulle udsendelser fra udenlandske TV- og radiostationer fordeles af en nederlandsk bestyrer af kabelanlæg. Reklamer fra udlandet skulle opfylde visse krav, blandt andet være forsynet med nederlandske undertekster, og reklameindtægterne skulle anvendes fuldtud på programvirksomhed. Nederlandene erkendte, at reglerne var af økonomisk karakter, men hævdede, at der forelå tvingende almene hensyn vedrørende udbredelse af landets kultur og sikring af ytringsfriheden. Domstolen fastslog, at reglerne var diskriminerende for udenlandske TV-stationer og gik ud over, hvad der var nødvendigt for at beskytte anerkendte almene interesser af kulturel og ikke-kommerciel art.

I en *sag mod Belgien*¹²⁾ indeholdt den belgiske lovgivning forbud mod transmission af udsendelser fra andre medlemsstater på et sprog, som ikke blev anvendt i den stat, hvor TV-stationen var etableret, eller i Belgien. Endvidere krævede lovgivningen af andre medlemsstaters ikke-statslige TV-stationer, at de skulle opnå forudgående tilladelse til transmission i Belgien. Desuden stilledes der krav til ejerforholdene i TV-selskaber etableret i et nederlandsk eller to-sproget område i Belgien til fordel for nederlandsk sprogede medier. Indenlandske kulturelle produktioner skulle udgøre en obligatorisk del af programudbudet i ikke-statslige TV-selskaber. Disse regler lagde diskriminerende restriktioner på udenlandske TV-stationer, som ikke kunne producere på sprog, der hverken anvendtes i Belgien eller i TV-stationens hjemland, og der stilledes adgangskrav til det belgiske TV-område, som efter Domstolens opfattelse rakte udover, hvad der var nødvendigt for at beskytte landets kulturelle interesser og hindre omgåelse af belgiske regler. Reguleringen, som medførte økonomiske fordele for Belgien, ansås for at udgøre en uberettiget hindring af den fri bevægelighed for kapital og af etableringsfrihed for de udenlandske TV-selskaber. Den kulturkonflikt, som forekom ved at give adgang for udsendelser på et tredje lands sprog, kan ikke antages at have haft selvstændig betydning for Domstolens afgørelse. Når de nationale grænser åbnes, må kulturelle brydninger af denne art accepteres som et led i samspillet. I den senere retspraksis har der vist sig en tendens til at imødekomme

¹¹⁾ Sag 353/89, afg. af 25.7.1991, Saml. 1991-7, I, s. 4069.

¹²⁾ Sag C-211/91, afg. af 16.12.1992.

kulturelle hensyn. I *Veronica-sagen*¹³⁾ havde en fjernsyns-station, som havde fået tildelt sendetid i Nederlandene, ydet bistand til, at der i Luxemboug blev oprettet en kommerciel fjernsynsstation, hvis programmer var rettet til Publikum i Nederlandene. Fjernsyns-stationen udøvede derved en virksomhed, som den ikke havde fået tilladelse til, hvorved den overtrådte den nederlandske radio- og TV-lov, Mediawet. EF-Domstolen fastslog, at forbudet i Mediawet kunne opretholdes, når det var nødvendigt for at sikre, at ordningen på radio- og fjernsynsområdet bevarer sin alsidige og ikke-kommercielle karakter. Ved sin afgørelse har Domstolen samtidig taget hensyn til ikke-diskrimination, idet indenlandske og fremmede TV-stationer behandles ens på det område, som er underlagt medlemsstatens myndighed.

EF-Domstolen har anerkendt, at nationale kulturelle interesser kan udgøre tvingende almene hensyn, som tilsidesætter princippet om den frie bevægelighed. Men Domstolen foretager en nøje vurdering af, i hvilket omfang de trufne foranstaltninger har været nødvendige for at værne sådanne interesser, når bestemmelserne har økonomisk interesse for modtagerlandet. Diskriminerende foranstaltninger tillades ikke.

5. Grænseoverskridende TV-tjenesteydelsers betydning for den kulturelle udvikling i EU

En TV-tjenesteydelse kan indeholde både kommercielle og kulturelle elementer af varierende omfang. Tjenesteydelser er undergivet medlemsstatens suverænitet i afsenderlandet og kan således af national lovgivning tilpasses til den lokale kultur. Direktivet om grænseoverskridende TV tillader indførelsen af strengere regler end de normer, som direktivet indeholder. Iflg. EF-Domstolens praksis kan reguleringen omfatte alle områder inden for direktivet. Denne adgang vil kunne benyttes til at indføre en skærpet national lovgivning til fremhævelse af lokale kulturværdier, herunder sprogforhold, hvis medlemslandene ønsker en national bevidstgørelse i forhold til de øvrige medlemslande. Dette kan medføre kulturelle brydninger mellem medlemslandene.

Men den enkelte medlemsstat kan ikke ved særregler beskytte sig mod TV-tjenesteydelser fra de øvrige medlemsstater. Udbudet fra kommercielle TV-stationer forøges, således at de statslige TV-stationer får stigende konkurrence,

¹³⁾ Sag C-148/91, Vereniging Veronica Omroep Organisatie, afgørelse af 3.2.1993, se Arbejdet ved De europæiske Fællesskabers Domstol 1.-5. februar 1993, nr. 4/93. Dieter Dörr: "Die Entwicklung des Medienrechts", Neue Juristische Wochenschrift 1995, Heft 35, s. 2263 - 2271. Se s.2265, hvor der tillige omtales sagen Sache 10 SA, EF-Domstolens afgørelse af 5.10.1994, hvorefter en fjernsyns-station etableret i Luxemboug, der var indrettet på og helt overvejende sendte udsendelser til Nederlandene, var underlagt nederlandsk lovgivning.

og brugerne får flere valgmuligheder. Brugernes præferencer vil få forøget betydning for programlægningen, hvilket vil reducere medlemsstaternes muligheder for at regulere den nationale kulturelle udvikling. Brugerne er udsat for kommercielle og kulturelle påvirkninger, som i stigende grad styres af markedskræfterne og ikke kan undergives nogen overordnet regulering. Der kan opstå elementer, som kan opleves som kulturløse, indtil de er blevet accepteret som udtryk for nye kulturformer. Under en sådan udvikling er det et spørgsmål, om de enkelte lande skal opretholde statslige TV-organer som medier til formidling af national kultur, eller om TV-området hovedsageligt skal gøres brugerstyret og den kulturelle udvikling bestemmes af de valg, som brugerne træffer. Det er sandsynligt, at de nationale kulturer vil nærme sig til hinanden. Men samtidig vil sprogbarrierer og lokale præferencer kunne medvirke til at fastholde nationale variationer.

Under en sådan udvikling vil det være hensigtsmæssigt at styre den kulturelle udvikling ved at fremme europæisk samarbejde under gensidig respekt for hinandens nationale værdier. Direktivet om grænseoverskridende TV har fået en udformning, som giver støtte hertil, og EF-Domstolen har taget hensyn til kulturelle forhold i tilfælde, hvor der ikke har været økonomiske interesser involveret. EF-Domstolen har samtidig sikret, at der ikke sker diskrimination i behandlingen af indenlandske og fremmede TV-tjenesteydelser, når et medlemsland har påberåbt sig adgang til nationale indgreb over for TV-aktiviteter.

Den kulturelle dimension i EU har endnu ikke gjort sig stærkt gældende i forhold til de erhvervsmæssige elementer i det europæiske samarbejde. Men med vedtagelse af kulturpolitiske målsætninger i Den europæiske Union er de kulturelle forhold blevet synlige og accepteret som en del af samarbejdet, der ikke kan tilsidesættes.

6. Perspektiv

EU-reguleringen af kultur tilstræber en fleksibel tilpasning af retstilstanden i et område, hvor kommunikationen intensiveres mellem medlemslande i dynamisk udvikling. De kulturpolitiske holdninger, som den europæiske regulering er udtryk for, synes at give grobund for en smidig tilpasning til andre medier, der byder på nye udfordringer. Der udvikles f. eks. via Internettet og interaktivt fjernsyn nogle kommunikationsformer, som rækker ud over den europæiske dimension og har skabt et verdensomspændende netværk, som har behov for regulering på internationalt plan.

Forkortelser:

LTV: Lovbekendtgørelse nr. 578 af 24.6.1994 om radio- og fjernsynsvirksomhed.

Saml.: Samling af EF-Domstolens afgørelser.

TEF: Traktaten om Det europæiske Fællesskab. Indgår i Maastricht-Traktaten som art. G.

T-EU: Maastricht-Traktaten: Traktaten om Den europæiske Union, undertegnet i Maastricht d. 7. Februar 1992. Trådt i kraft d. 1. november 1993.

Thyssen: Ole Thyssen: Kommunikation, kultur og etik. Handelshøjskolens Forlag 1994.

Koncernretlige aspekter af den ny Anpartsselskabslov

af
Søren Friis Hansen

1. Anpartsselskabsloven i historisk og internationalt perspektiv

Den 1. juni 1996 trådte den nye Anpartsselskabslov (herefter ApSL 1996) i kraft. Hermed var den største reform af de danske selskabslove siden ikrafttrædelsen af hhv. Aktieselskabsloven (ASL) og Anpartsselskabsloven i 1973 (ApSL 1973) en realitet. Gennem årene er selskabslovene af 1973 blevet revideret adskillige gange. De fleste af disse lovændringer har skyldtes implementering af EU's selskabsretlige direktiver. Reformen af ApSL er imidlertid gennemført som et rent dansk anliggende.

Aktieselskabet opstod i Europa i første halvdel af 1800-tallet som et redskab til fremskaffelse af kapital for store erhvervsvirksomheder, og dets succes var tæt forbundet med den industrielle revolution.¹⁾ I Danmark opstod der også aktieselskaber, men en lovgivning på området blev først vedtaget i 1917.²⁾

I Tyskland opstod ved udgangen af 1800-tallet et behov for, at også mindre erhvervsvirksomheder kunne nyde godt af den begrænsede hæftelse, der var, og som fortsat i dag er, et centralt element i den retlige regulering af kapital-selskaberne.³⁾ I 1892 blev således "die Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung" (GmbHG) vedtaget. Denne lov har overlevet flere reformforsøg og er kun ændret på få punkter i forhold til originalen. GmbHG er imidlertid en fleksibel lov, og der er til stadighed sket en udvikling i retspraksis, hvilket sammen med enkelte justeringer har medført, at loven er i overensstemmelse med der erhvervsmæssige realiteter.⁴⁾ I dag er selskabsformen GmbH den mest anvendte i Tyskland.⁵⁾

¹⁾ Se om aktieselskabets historie hos Torp, Den danske Selskabsret (1919) s. 178ff og Inger Dübeck, Aktieselskabernes retshistorie (1991).

²⁾ Vedtagelsen af den første danske aktieselskabslov var en langstrakt proces, jvf. Herschend; Loven om aktieselskaber (1917) s. I ff.

³⁾ Se bemærkningerne til ApSL 1996 s. 16, der fremhæver ønsket om at opnå begrænset hæftelse som et centralt motiv for valg af selskabsform.

⁴⁾ Se nærmere Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht (2. Aufl. 1991) s. 821.

⁵⁾ Jvf. Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz (14. Aufl. 1995) s. 1.

På europæisk plan har "det lille aktieselskab" bredt sig, således at der i dag i stort set alle lande findes to forskellige kapital-selskabsformer.⁶⁾ Den retlige regulering af det lille aktieselskab kan opdeles i to hovedgrupper. I visse lande som eksempelvis England og Sverige sondres imellem to undergrupper af aktieselskaber,⁷⁾ medens andre lande har to selv-pital-kravene til anpartsselskaber er mindre, men børsnotering er udelukket.

Anpartsselskabet blev indført i Danmark i 1973, og har siden vundet indpas som den mest populære selskabsform overhovedet.⁸⁾ Den retlige regulering har hidtil efter tysk forbillede været opbygget som en selvstændig selskabsform, hvorimod der ikke har været de helt store forskelle i den materielle regulering. En del af bestemmelserne i selskabslovene af 1973 var ikke blot indholdsmæssigt, men tillige sprogligt sammenfaldende. Reformen af ApSL har sin baggrund i betænkning nr. 1251 fra 1993 om "forenkling af anpartsselskabsloven". Allerede i Selskabsretspanelets kommissorium kom ønsket om en væsentlig reduktion af antallet af bestemmelser i loven til udtryk,⁹⁾ og Selskabsretspanelet lagde da også op til en lang række forenklinger. Den vedtagne lov er imidlertid gået langt videre i denne retning end foreslået af Industriministeriets selskabsretspanel.

ApSL 1996 udgør en væsentlig tilnærmelse af dansk ret til det tyske forbillede. Anpartshaverne har fået endnu større frihed til at tilpasse selskabets interne organisation til deres behov, og lovteksten er blevet reduceret i betydeligt omfang. Det har ved udformningen af den ny ApSL været en overordnet målsætning, at bestemmelser, der ikke er nødvendige for at sikre aftalepartnere, kreditorer og offentlige myndigheder, skulle udgå fra loven.¹⁰⁾ Hermed har man nærmet sig det ideologiske grundlag for den første danske aktieselskabslov fra 1917.¹¹⁾ Efter tysk forbillede er der nu fuldstændig frihed

⁶⁾ Sml. Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz (14. Aufl. 1995) s. 6, der fremhæver selskabsformen GmbH som en af tysk rets mest succesfulde eksportartikler.

⁷⁾ Således i Sverige hhv. "privata" og "publika" aktiebolag, og i England hhv. "public" og "private" limited companies.

⁸⁾ Jvf. Gomard, Aktieselskaber & anpartsselskaber (3. udg. 1996) s. 49.

⁹⁾ Jvf. B 1251/1993 s. 8.

¹⁰⁾ Jvf. Bemærkningerne s. 16.

¹¹⁾ Således også Werlauff, Selskabsret (2. udg. 1994) s. 66. Se om ASL 1917 Herschend, Loven om Aktieselskaber (1917) s. II f, hvor det om det udkast, der skulle blive vedtaget som ASL 1917, hedder, at: "... der saa godt som udelukkende toges sigte på Aktieselskabernes Forhold udadtil. Hovedvægten var lagt på at fastslaa Regler, hvis Øjemed er at bidrage til at betrygge Almenheden mod at vildledes gennem utilstrækkelig Oplysning og manglende Klarhed, først og fremmest allerede ved Selskabets Stiftelse, derefter i Henseende til dets Ledelse, Regnskabsaflæggelse og senere Ændringer i Selskabets væsentlige Forhold". Se tillige Torp, "Den Danske Selskabsret" (1919), s. 182.

med hensyn til organisationen af selskabets ledelse, jvf. ApSL § 19,¹²⁾ dog bortset fra situationer, hvor betingelserne for medarbejderrepræsentation er opfyldt. En række af EU's selskabsretlige direktiver gælder for såvel aktie- som anpartsselskaber, medens andre udelukkende vedrører aktieselskaber.¹³⁾ Hidtil er de fleste af direktiverne blevet implementeret i dansk ret for begge kapitalselskabsformer. Enkelte bestemmelser, der ikke var direktivnødvendige for anpartsselskaber, er nu udgået af ApSL 1996. Dette gælder således reglerne om anmeldelsespligt for storaktionærer.¹⁴⁾

På en række punkter har ApSL 1996 medført væsentlige ændringer at den retlige regulering. Kapitalkravet er blevet nedsat fra 200.000 til 125.000 kr, medens reglerne om kapitaltab er blevet strammet, således at pligten til at reagere nu indtræder ved tab af 40% af anpartskapitalen imod tidligere 50%, jvf. ApSL § 52. En lang række bestemmelser er helt udgået af loven. Dette gælder eksempelvis reglerne om indløsning af en minoritet¹⁵⁾, reglerne om formalia i forbindelse med afholdelse af generalforsamlinger,¹⁶⁾ samt en række af de koncernretlige bestemmelser.

Med vedtagelsen af ApSL 1996 og de norske,¹⁷⁾ svenske og finske¹⁸⁾ reformforslag til nye selskabslove, er den retsenhed, der hidtil har eksisteret på selskabsrettens område imellem de nordiske lande blevet væsentlig indskrænket. Det nordiske selskabsretlige samarbejde, som gennem en menneskealder har været fundamentet for vores selskabsretlige love er ikke blevet videreført. Samarbejdet tog for alvor form i tredverne, men et fælles lovudkast blev ikke vedtaget på grund af den anden verdenskrig.¹⁹⁾ Efter krigen blev samarbejdet

¹²⁾ Sammenlign for tysk ret GmbHG § 6, samt ASL 1917 § 28.

¹³⁾ Således vedrører 2. Direktiv (kapitaldirektivet), 3. direktiv (fusion) og 6. direktiv (spaltning) ikke selskaber af GmbH-typen. For Danmarks vedkommende er de to førstnævnte direktiver overført til ApSL, medens spaltningsreglerne ikke gælder for anpartsselskaber.

¹⁴⁾ Jvf. ASL § 28a og ApSL 1973 §§ 17a og 17b, der implementerede direktiv 88/627 EØF.

¹⁵⁾ Jvf. ApSL 1973 § 14d og ASL §§ 20b - d.

¹⁶⁾ Jvf. eksempelvis ApSL 1973 §§ 47 (anpartshavernes møderet), 48 (bl.a. habilitet ved stemmeafgivning), 49 (generalforsamling på selskabets hjemsted), 51 (betingelser for ekstraordinær generalforsamling), 52 - 54 (indkaldelse og dagsorden), 55 (beslutningskompetence), 56 dirigenten), samt 57 (anpartshavernes spørgsmålsret).

¹⁷⁾ Se NOU 1996:3.

¹⁸⁾ Se regeringens proposition nr. 89/1996, fremsat den 31.5 1996.

¹⁹⁾ Se hertil for Danmarks vedkommende Krenchel, Forslag til lov om Aktieselskaber (1942), s. 3.

mellem de nordiske aktielovsudvalg genoptaget.²⁰⁾ Selvom det fællesnordiske projekt denne gang led skibbrud på grund af Danmarks tiltrædelse til EF i 1973, var der meget fælles tankegods i de selskabslove, som blev vedtaget i de enkelte lande i løbet af halvfjerdserne.

Der er nu store forskelle i de nordiske landes selskabsretlige regulering. I Norge, Sverige og Finland opererer man med den britiske model, hvor anpartsselskabet ikke er en fuldstændigt selvstændig selskabsform, men en undergruppe af aktieselskabet. Som et eksempel på de opståede forskelle kan nævnes, at de foreløbige norske udkast til lov om aksjeselskaber og lov om allmennaksjeselskaber indeholder hhv. 331 og 336 paragraffer, hvoraf en stor del indholdsmæssigt er sammenfaldende. Den danske anpartsselskabslov indeholder til sammenligning beskedne 83 paragraffer. Der er stadig områder, hvor den materielle retstilling er sammenfaldende i de nordiske lande, men antallet af fælles regler er skrumpet ind. I de tilfælde, hvor reglerne fortsat er sammenfaldende, skyldes dette ofte, at den pågældende regel er baseret på et EU-direktiv.²¹⁾ Denne udvikling er ikke overraskende, da de enkelte landes reformforslag fra første halvdel af halvfemserne ikke har været udarbejdet i fællesskab. Dette er beklageligt. I EU har man siden 1968 gennemført en harmonisering af en lang række selskabsretlige regler. Der forestår imidlertid fortsat en harmoniseringsproces på væsentlige selskabsretlige områder, som eksempelvis selskabets organisation,²²⁾ og - måske - koncernretten.²³⁾ Norden ville have stået i en langt stærkere position ved de kommende forhandlinger om disse emner, såfremt man havde kunnet forhandle på baggrund af en fælles regulering gældende i fem lande. Nu må Nordens chancer for at påvirke de kommende selskabsretlige direktiver nøgternt betragtes som små i forhold til de selskabsretlige "supermagter", Tyskland, England og Frankrig.

2. Forholdet mellem de to typer af kapitalselskaber

Ved stiftelsen er der for en erhvervsdrivende person som udgangspunkt fuld valgfrihed med hensyn til valget af selskabsform. Efter stiftelsen kan et

²⁰⁾ Se nærmere B 362/1964. Man søgte så vidt muligt at udarbejde ensartede nordiske love om aktieselskaber, jvf. samme s.6.

²¹⁾ Norge må på selskabsrettens område sidestilles med de øvrige nordiske lande for så vidt angår EU-medlemskab, da landet i kraft af EØS-aftalen er forpligtet til at gennemføre de selskabsretlige direktiver, se hertil Marthinussen og Aarbakke, Aksjeloven (2. utg. 1996), s. 17ff.

²²⁾ Jvf. det meget omdiskuterede udkast til femte direktiv. Se herom hos Lutter, *Europäisches Unternehmensrecht* (4. Aufl. 1996), s. 171ff.

²³⁾ Se nærmere Friis Hansen, *Europæisk koncernret* (1996), s. 237 ff, og Werlauff, *Selskabsret*, (2. udg. 1994) s. 816 f.

aktieselskab ved en beslutning på generalforsamlingen med vedtægtsændringsmajoritet omdanne sig til et anpartsselskab, og vice versa. Det er et ubestrideligt faktum, som påpeget i bemærkningerne til ApSL 1996, at anpartsselskabsformen hidtil oftest har fundet anvendelse som selskabsform for mindre virksomheder med en enkelt, eller med meget få selskabsdeltagere, medens aktieselskabsformen har været anvendt af større erhvervsvirksomheder. Der er imidlertid ingen formel grænse for størrelsen af de virksomheder, der kan vælge at lade sig organisere som anpartsselskaber.²⁴⁾

Denne tætte sammenhæng mellem reglerne i Aktieselskabsloven og Anpartsselskabsloven nødvendiggør, at i det mindste de grundlæggende regler til beskyttelse af selskabsdeltagernes og medkontrahenternes interesser er sammenfaldende i de to love.²⁵⁾ Dette er fortsat tilfældet efter reformen af Anpartsselskabsloven. På en række punkter er der imidlertid nu blevet skabt ikke uvæsentlige forskelle mellem reglerne i de to selskabslove. Da der er tale om to forskellige selskabsformer, er det naturligt, at den retlige regulering udviser indbyrdes forskelle. Lovændringer, der fører til sådanne forskelle bør imidlertid kun foretages efter nøje overvejelse af sammenhængen mellem de to regelsæt. En regel, der opretholdes i Aktieselskabsloven, men som let og fuldt lovligt kan fravælges gennem en - eventuelt midlertidig - omdannelse til et anpartsselskab, står i fare for at miste sin betydning.²⁶⁾ Man risikerer, at reglen kun står på papiret. På lang sigt er der mulighed for, at aktieselskabsformen vil tabe terræn over for anpartsselskabsformen. Faren for flugt fra aktie til anpartsselskabsformen vokser naturligvis, i det omfang forskellene mellem de to love vedrører særligt indgribende regler.

Det faktum, at der består en sammenhæng mellem på den ene side de retlige forskelle mellem de to selskabsformer og på den anden side den frie adgang til valg af selskabsform kan illustreres ved flere eksempler. Regnskabsreglerne, der i vidt omfang er baseret på EU's fjerde og syvende direktiver, differentierer ikke mellem aktie- og anpartsselskaber, men mellem virksomheder med større og mindre omsætning. De økonomiske realiteter nødvendiggør, at der ikke gøres forskel på dette punkt. For at undgå, at en stor del af erhvervsvirksomhederne unddrager sig regnskabspligten, har det vist sig nødvendigt at udvide området for regnskabsreglerne, således at de i dag også omfatter visse personselskaber, hvor de fuldt hæftende selskabsdeltagere er aktie- eller

²⁴⁾ Sml. Gomard, Aktieselskaber & anpartsselskaber (1. udg. 1986) s. 24.

²⁵⁾ Således også Gomard, Aktieselskaber & anpartsselskaber (1. udg. 1986) s. 22.

²⁶⁾ Sml. Gomard; Aktieselskaber og Anpartsselskaber (2. udg. 1992) s. 34, der konstaterer, at: *"En grund til, at lovene har nærmet sig hinanden, ... er vanskeligheden ved at udtænke to forskellige regler og at angive overbevisende grunde til, at en regel, der vil være værdifuld for et aktieselskab, er unødvendig for det med aktieselskabet nærbeslægtede anpartsselskab."*

anpartsselskaber.²⁷⁾ I Tyskland vedtog man i 1965 vidtgående lovregler vedrørende den materielle koncernret gældende for aktieselskaber. Lignende regler var forudset for anpartsselskaber, men blev aldrig vedtaget. Den tyske højesteret var derfor nødsaget til hurtigt at etablere en praksis, hvorefter den materielle koncernret gældende for anpartsselskaber i alt væsentligt kom til at svare til reglerne i den tyske aktieselskabslov.²⁸⁾

Børsnoterede aktieselskaber er afskåret fra at omdanne sig til anpartsselskaber. Det samme gælder en række virksomheder inden for den finansielle sektor. Størsteparten af de danske aktieselskaber falder dog uden for disse kategorier, og de vil således frit kunne fravælge en række bestemmelser i ASL, i det omfang de pågældende bestemmelser findes for byrdefulde.

3. Den almindelige koncernret

I de ganske talrige tilfælde, hvor en bestemmelse er gledet ud af ApSL 1996, uden at der er givet en udtømmende forklaring herfor i bemærkningerne, opstår det spørgsmål, i hvilket omfang de ophævede regler fortsat kan antages at være gældende som udfyldende deklaratorisk ret,²⁹⁾ eller eventuelt som præceptiv ret. Svaret på dette spørgsmål må ses i sammenhæng med de interesser, som søges værnet ved de pågældende regler. Den nye lov vil sikkert give anledning til megen debat, og det vil vare nogen tid før en fast praksis har fæstnet sig på alle områder. Formålet med denne artikel er at søge at klarlægge betydningen af ApSL 1996 for koncernrettens vedkommende.

Der sondres inden for selskabsretten imellem to typer af koncernretlige regler. Ved den materielle koncernret forstås de regler, der regulerer hhv. ledelseskompetence og ledelsesansvar i koncernen, samt beskyttelsen af koncernfremmede minoritetsselskabsdeltagerere og kreditorer. I Danmark er den materielle koncernret ikke lovreguleret. Dette er situationen i de fleste lande i Verden. På koncernrettens område, er det stort set kun Tyskland, der skiller sig ud ved at have en lovregulering af den materielle koncernret.³⁰⁾

Aktieselskabslovene af 1917 og 1930 indeholdt ingen koncerndefinition, og følgelig heller ingen regler, der tog hensyn til koncerner. Allerede under reformarbejdet i tredverne diskuteredes muligheden for indførelsen af

²⁷⁾ Jvf. ÅRL § 1a.

²⁸⁾ Se herom Friis Hansen; Europæisk koncernret, (1996) s. 192 f og 234.

²⁹⁾ Se nærmere om problemstillingen hos Gomard, Aktieselskaber & Anpartsselskaber (3. udg. 1996) s. 40.

³⁰⁾ Den tyske koncernret er beskrevet hos Friis Hansen, Europæisk koncernret (1996).

koncernretlige regler i de nordiske selskabslove,³¹⁾ og Sverige kom først på dette område med vedtagelsen af ABL 1944. Skatteretten var tidligt nødsaget til at tage stilling til erhvervslivets anvendelser af koncerner, men en selskabsretlig regulering på området indførtes først i Danmark med vedtagelsen af selskabslovene af 1973. De danske regler om koncerner har stort set alle deres baggrund i den svenske ABL 1944.³²⁾ De koncernretlige regler i selskabslovene af 1973 kan under ét betegnes som den almindelige koncernret.³³⁾ Et generelt træk ved disse regler er, at de har vist sig nødvendige for at hindre omgåelse af de i loven foreskrevne regler gennem anvendelse af en koncernkonstruktion. En stor del af de almindelige koncernretlige regler er udgået af ApSL 1996. Spørgsmålet bliver herefter, hvilken betydning dette får for gældende ret.

4. Koncerndefinitionen i ApSL

Koncerndefinitionen i ApSL § 3 er sammenfaldende med definitionen i ASL § 2. Selskabsretspanelet havde foreslået, at bestemmelsen udgik til fordel for en bestemmelse, der blot henviste til ASL § 2,³⁴⁾ men i stedet blev koncerndefinitionen flyttet fra § 2 til § 3, uden at der dog skete nogen ændring af bestemmelsens indhold. Hidtil har det været uden betydning, om man anvendte koncernreglerne i ASL eller ApSL, men efter lovændringen kan det få betydning, i det omfang der statueres forskelle mellem de to love. Aktieselskabslovens koncernregler finder anvendelse på koncerner, hvor moderselskabet er et aktieselskab, jvf. ASL § 2 stk.1, medens anpartsselskabslovens regler finder anvendelse, hvor et anpartsselskab er moderselskab.

5. Egne aktier og anparter (ASL § 48, stk. 6 og ApSL § 51, stk.1)

Det stod hurtigt klart, at kravet om indskud af en vis minimumskapital nemt kunne omgås, såfremt selskabet havde fri adgang til at erhverve egne aktier. Allerede ASL 1917 indeholdt derfor regler om et aktieselskabs erhvervelse af

³¹⁾ Jvf. Krenchel, Forslag til Lov om Aktieselskaber (1942), s. 5, der påpeger, at *"Forholdet mellem Moder- og Datterselskaber (Koncerner) har været Genstand for indgaaende Drøftelser under den nordiske Konference,..."*.

³²⁾ Se Friis Hansen, Europæisk koncernret (1996) s. 325.

³³⁾ Se en fuldstændig opregning af de pågældende bestemmelser i ASL-Kommentaren, s. 73.

³⁴⁾ Hertil B 1251/1993 s. 76.

egne aktier.³⁵⁾ Disse regler blev skærpet med ASL 1930, der indførte et forbud imod erhvervelse af egne aktier udover den endnu gældende 10%-grænse.³⁶⁾ Forbudet i 1930-loven omfattede ikke andre koncernselskabers erhvervelser af aktier i det pågældende selskab, selvom kreditorernes tilgodehavender kunne blive udsat for samme risiko ved sådanne transaktioner som ved selskabets egen erhvervelse.³⁷⁾ ASL 1973 udvidede da også restriktionerne imod erhvervelse af egne aktier til at omfatte datterselskabers erhvervelse af aktier i moderselskabet, jvf. ASL § 48 stk.6. Kravet om, at eventuelle regler om egne aktier skal finde anvendelse på datterselskabers erhvervelser af aktier i moderselskabet, følger nu af EU's andet direktiv, jvf. artikel 24a. Andet direktiv gælder ikke for anpartsselskaber, men ApSL 1996 § 51 har videreført den hidtil gældende regel i ApSL § 30, stk.1, hvorefter erhvervelse af egne anparter er udelukket. Undtagelsesbestemmelsen i stk. 2 er blevet indskrænket til at omfatte anparter, der er erhvervet i kraft af en lovbestemt indløsningspligt. Disse regler omfatter således fortsat datterselskabers erhvervelse af aktier eller anparter i moderselskabet.

6. Underretnings- og informationspligt i koncernforhold (ASL § 55 og § 55a)

Underretnings- og informationspligten i koncernforhold er for aktieselskabers vedkommende slået fast i hhv. ASL §§ 55 og 55a. ASL § 55 pålægger bestyrelsen i et moderselskab en pligt til at underrette bestyrelsen i et datterselskab, så snart et koncernforhold er etableret, og pålægger desuden datterselskabets bestyrelse at give modervirksomhedens ledelse de oplysninger, der er nødvendige til udarbejdelse af et koncernregnskab. Bestemmelsen har sin oprindelse i det svenske 1941-lovforslag. Baggrunden var, at man ville sikre koncernledelsen adgang til de oplysninger, der er nødvendige for at udarbejde et koncernregnskab, også i tilfælde, hvor datterselskabets ledelse kunne komme i konflikt med reglerne om tavshedspligt ved at videre give sådanne oplysninger.³⁸⁾ Underretningspligten skal endvidere sikre, at koncernens

³⁵⁾ Jvf. ASL 1917 § 25, der foreskrev, at et selskabs erhvervelse af egne aktier skulle opføres i årsregnskabet, og skulle anmeldes til aktieselskabsregisteret, hvis besiddelsen oversteg 5 %.

³⁶⁾ Jvf. ASL 1930 § 39, stk. 1.

³⁷⁾ Jvf. allerede Krenchel, Forslag til Lov om Aktieselskaber (1942) s. 71, der i sit udkast udvidede forbudet til at gælde for datterselskabers aktieerhvervelser i moderselskaber. Se tillige Gomard, Aktieselskabsret (1970) s. 169, samt om mulighederne for omgåelse af forbuddet, Kedner/Roots, Aktiebolagslagen, Del II (5. uppl. 1995) s. 226.

³⁸⁾ Jvf. SOU 1941:9, s. 682 f om udkastets § 210.

ledelser har mulighed for at udøve de pligter, der udspringer af koncernforholdet.³⁹⁾

ASL § 55a slår fast, at moderselskabets ledelse har pligt til at informere datterselskabers bestyrelser om forhold af betydning for koncernen som helhed, samt om beslutninger af betydning for det enkelte datterselskab forinden endelig beslutning træffes af moderselskabet. Denne bestemmelse skal sikre, at datterselskabets ledelse har mulighed for at øve indflydelse på påtænkte beslutninger fra moderselskabets side. Der må træffes en konkret beslutning, om en oplysning er af en sådan karakter, at den er underlagt informationspligten.⁴⁰⁾ Reglen i ASL § 55 om underretningspligt er bødesanktioneret, jvf. ASL § 161, medens overtrædelse af informationspligten i § 55a er ikke sanktioneret.⁴¹⁾ De tilsvarende bestemmelser i ApSL 1973 (§§ 37 og 37a) er nu udgået af ApSL 1996.

Et moderselskab er som alle andre aktionærer berettiget til at træffe beslutninger af vidtrækkende konsekvenser for datterselskaber. Trufne beslutningers materielle lovlighed skal bedømmes særskilt fra spørgsmålet om informationspligt. Det gælder navnlig beslutningernes overensstemmelse med generalklausulerne i ApSL § 27 (ASL § 63) og ApSL § 35 (ASL § 80).⁴²⁾ Bestemmelsen i § 55a foreskriver ikke direkte en egentlig pligt til at foretage en høring af datterselskabets ledelse. Det foreskrives blot, at der skal ske underretning inden endelig beslutning træffes. Det har imidlertid netop været formålet med bestemmelsen, at sikre datterselskabets ledelse ret til at påvirke koncernledelsens beslutninger, og det vil da også være naturligt at give datterselskabets ledelse, der må formodes at være bedst orienteret om datterselskabets forhold, lejlighed til at udtale sig forinden endelig beslutning træffes af koncernledelsen.⁴³⁾

Ledelsen i et selskab kan ikke udøve sit hverv på forsvarlig måde, hvis den ikke har adgang til fyldestgørende oplysninger om alle selskabets forhold. Oplysninger om soliditetsgraden for andre selskaber i koncernen kan således

³⁹⁾ Jvf. B 540/1969 s. 104 f og ASL-Kommentaren, s. 269.

⁴⁰⁾ Jvf. ASL-Kommentaren s. 269, der som eksempler på forhold, der er af en sådan interesse, at de er omfattet af informationspligten nævner koncernens mulige ophør, udvidelser eller indskrænkninger i koncernens aktiviteter, samt optagelse eller ophør af virksomheder indenfor bestemte brancher. Se tillige Jens Drejer, R&R 1980, s. 426.

⁴¹⁾ Se kritisk, Werlauff, Koncernretten (1996), s. 45.

⁴²⁾ Se om disse bestemmelsers betydning i koncernforhold hos Gomard; Aktieselskaber & anpartsselskaber (3. udg. 1996 s. 75)

⁴³⁾ Jvf. ASL-Kommentaren s. 269, men mere vidtgående Werlauff, Selskabsret (2. udg. 1994) s. 807, der antager en egentlig retlig pligt til høring.

have stor betydning for et koncernselskab, der har store mellemværender med andre koncernselskaber.

I en koncern vil beslutninger af vidtrækkende konsekvenser for de enkelte datterselskaber ofte være blevet truffet af moderselskabets ledelse.⁴⁴⁾ Dette er der intet unaturligt eller odiøst ved, men en følge af dette faktum bliver, at moderselskabets ledelse har pligt til på eget initiativ at informere det enkelte datterselskabs ledelse om væsentlige beslutninger af betydning for såvel koncernen som helhed, som for det pågældende selskab, og det vil ikke være muligt at nægte datterselskabets ledelse adgang til sådanne oplysninger.⁴⁵⁾

En vis koordinering af oplysninger på koncernniveau er foreskrevet i ÅRL § 61h, som bestemmer, at revisor i et moderselskab har adgang til relevante informationer om koncernen som helhed, og at ledelsen i datterselskaber har pligt til at give moderselskabets revisor de nødvendige oplysninger til gennemførelsen af en forsvarlig revision. Udførelsen af denne pligt ville blive vanskeliggjort, hvis koncernledelsen kunne nægte et datterselskabs ledelse adgang til væsentlige oplysninger af betydning for det pågældende selskab.

Pligten til udarbejdelse af koncernregnskab medfører, at der fortsat består en pligt til at underrette datterselskabets ledelse, såfremt et koncernforhold er etableret.⁴⁶⁾ For et aktieselskab, der er datterselskab af et anpartsselskab, vil en sådan underretning tillige være en forudsætning for, at ledelsen kan efterkomme en række pligter, således eksempelvis ASL § 53 vedrørende ledelsens pligt til at oplyse om aktie- eller anpartsbesiddelser i selskaber indenfor samme koncern.

Den indbyrdes oplysningspligt mellem de enkelte ledelser i en koncern påhviler såvel moderselskabets som datterselskabernes ledelser. Et datterselskabs ledelse er som hidtil forpligtet til at give moderselskabets ledelse de oplysninger, der er nødvendige for at kunne udarbejde et koncernregnskab. Dette gælder også i tilfælde, hvor de pågældende oplysninger er omfattet af ledelsens tavshedspligt. En sådan oplysningspligt er blandt andet en forudsætning for, at moderselskabets årsberetning kan indeholde relevante oplysninger om koncernen som helhed, jvf. ÅRL § 56 stk.4.

Den praktiske betydning af reglerne om underretnings- og informationspligt i koncernforhold må ikke overvurderes. Det er sædvanligt, at der sker en central styring af de enkelte koncernselskaber. I praksis vil informationspligten mellem de enkelte ledelser i en koncern ofte blive tilgodeset gennem et

⁴⁴⁾ Hertil eksempelvis Krüger Andersen, *Aktie- og anpartsselskabsret*, (4. udg. 1994) s. 341 og John G. Sørensen, *R&R* 1995 Nr.4, s. 9 og s. 11. Se tillige Frode Slipsager, *Styring af udenlandske selskaber* (1989) s. 20 ff.

⁴⁵⁾ Jvf. ApSL 1973 § 37a, 2. pkt.

⁴⁶⁾ Bemærkningerne til ASL § 55 henviser da også til en nu ophævet bestemmelse om koncernregnskab, jvf. B 540/1969 s. 27.

personsammenfald mellem moderselskabets direktion og datterselskabernes bestyrelser.⁴⁷⁾

Sammenfattende kan det konkluderes, at såvel underretnings- som informationspligten i koncernforhold, som disse pligter er beskrevet i ASL §§ 55 og 55a, gælder uændret i koncerner, hvor et anpartsselskab er moderselskab, på trods af at de hidtidige regler herom er udgået af ApSL 1996.⁴⁸⁾

7. Spørgsmålsretten (ASL § 76)

Enhver aktionær har på generalforsamlingen ret til at afkræve bestyrelsen og direktionen til rådighed stående oplysninger vedrørende dels årsregnskab og koncernregnskab, dels vedrørende selskabets forhold til andre selskaber i samme koncern, jvf. ASL § 76 stk. 1. Bestyrelsen kan dog nægte at fremkomme med de ønskede oplysninger, såfremt videregivelse af oplysningerne skønnes at kunne medføre væsentlig skade for selskabet. Der var ingen udtrykkelig regel om aktionærernes spørgsmålsret i ASL 1930. Det var dog en fast antagelse, at der gjaldt en ret til at afkræve ledelsen spørgsmål, som ganske svarede til den, der blev kodificeret med ASL 1973 § 76.⁴⁹⁾ ApSL 1973 indeholdt en tilsvarende bestemmelse i § 57, men denne er nu udgået af ApSL 1996.

Spørgsmålsretten er af central for en eventuel minoritet til beskyttelse af sine interesser.⁵⁰⁾ Det er minoriteten, der ved et eventuelt søgsmål om overtrædelse af generalklausulen i ApSL §§ 27 og 35 står med bevisbyrden for, at majoriteten på utilbørlig vis har tilsidesat minoritetens interesser. En sådan bevisbyrde kan ikke løftes uden adgang til relevante og fyldestgørende oplysninger om selskabets forhold. På den anden side kan ledelsens svar på et kritisk spørgsmål afværge et unødvendigt søgsmål. Spørgsmålsretten er således en nødvendig forudsætning for, at minoriteten kan udøve sine rettigheder i selskabet. En spørgsmålsret, der ikke omfatter selskabets forhold til andre koncernselskaber, ville være uden betydning, idet væsentlige dele af selskabets virksomhed frit vil kunne udskilles til datterselskaber.

⁴⁷⁾ Således for svensk ret allerede SOU 1941:9, s. 682, og tillige Kedner/Roos, Aktiebolagslagen Del II (5. uppl. 1995) s. 246 f. Se også Thorsen i Aakvaag, m. fl., Noen sentrale emner innen norsk konsernrett (1994), s. 38.

⁴⁸⁾ De tilsvarende regler er opretholdt i begge de norske lovudkast til nye selskabslove, jvf. § 14-6.

⁴⁹⁾ Jvf. Gomard, Aktieselskabsret (1970) s. 320 f.

⁵⁰⁾ Sml. Werlauff, Selskabsret (2. udg. 1994) s. 661, der taler om: "*én af de vigtigste individualrettigheder*", og forudsætningsvis Krüger Andersen, Aktie- og anpartsselskabsret, (4. udg. 1994) s. 262f. Se for tysk ret Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht (2. Aufl. 1991), s. 513 f, der taler om en "*mitgliedschaftliches Grundrecht*".

Efter svensk ret gælder en udvidet adgang til at kræve informationer i selskaber, med under ti aktionærer, jvf. ABL § 9:12 stk. 4. Efter denne bestemmelse kan aktionærerne kræve adgang til at gennemse selskabets regnskabsmateriale. I det finske udkast til en ny aktieselskabslov har man forbedret aktionærernes ret til at stille spørgsmål. Nægter ledelsen at give oplysninger med henvisning til skadesklausulen, skal de krævede oplysninger inden 14 dage overgives til selskabets revisor, der så skal vurdere, om de fremkomne oplysninger påvirker revisionen jvf. det finske udkasts § 9:12.

Under hensyntagen til, at spørgsmålsretten er af central betydning for minoritetsbeskyttelsen, at en praksis om spørgsmålsret havde udviklet sig i dansk selskabsret allerede inden der kom udtrykkelig lovhjemmel herfor, og at retten til at stille spørgsmål i selskaber med få deltagere snarere burde være større end i selskaber med mange deltagere, må det konkluderes, at der fortsat gælder en spørgsmålsret for anpartshaverne efter en analogi af ASL § 76. Denne ret må i overensstemmelse med hidtil gældende ret utvivlsomt omfatte ikke blot selskabets egne forhold, men tillige selskabets forhold til andre koncernselskaber, uanset om der er tale om moder- eller datterselskaber.⁵¹⁾ En vedtægtsbestemmelse, der fjerner denne ret, vil kun kunne vedtages på generalforsamlingen med samtykke fra samtlige anpartshavere.

8. Udbytteudbetaling i koncernforhold (ASL §§ 110, stk. 2)

For et aktie- og anpartsselskabs forpligtelser hæfter kun selskabets formue. For at sikre selskabernes kreditorer, kan vederlagsfri overførsel af økonomiske midler fra et selskab til selskabsdeltagerne kan kun ske i form af udbytte, kapitalnedsættelse til udlodning, eller ved likvidation. Udbytteudbetalingen skal være forsvarlig i forhold til selskabets økonomiske stilling, jvf. ASL § 110, stk.2, og ApSL 1973 § 80, stk.2. For moderselskaber skal forsvarligheden vurderes i forhold til koncernens samlede økonomiske stilling. Dette betyder bl.a., at udbytteudbetaling i et moderselskab ikke udelukkende må være baseret på interne fortjenester.⁵²⁾ Bestemmelsen synes at have spillet en forholdsmæssig ringe rolle i praksis.

Denne koncernbestemmelse har sin baggrund i det svenske 1941-forslags § 80. Da moder- og datterselskaber udgør en økonomisk enhed, overvejede det svenske udvalg at indføre en regel om, at moderselskabets udbytte skulle

⁵¹⁾ Således også Gomard, *Aktieselskaber & Anpartsselskaber* (3. udg. 1996) s. 277. I tysk ret indeholder bestemmelsen om spørgsmålsret for anpartshavere (GmbHG § 51a) ikke en udtrykkelig en bestemmelse om, at forholdet til andre koncernselskaber er omfattet. En sådan bestemmelse blev udeladt, fordi lovgiver anså dette for en selvfølgelighed, jvf. Lutter/Hommelhoff, *GmbHG* (14. Aufl. 1995) s. 630.

⁵²⁾ Jvf. ASL-Kommentaren, s. 348.

udbetales på grund af koncernregnskabet.⁵³⁾ Man fandt imidlertid, at en sådan regel ville være for vidtgående, og foreslog i stedet en regel, hvorefter forsvarelsen af moderselskabets udbytteudbetaling skulle vurderes under hensyn til koncernens samlede økonomiske stilling.⁵⁴⁾

Et udtrykkeligt krav om, at udbytteudbetalinger skal være forsvarlige, er udgået af ApSL 1996 § 45, men da dansk rets almindelige erstatningsregler fortsat gælder for ledelsen i et anpartsselskab, kan der ikke heri antages at ligge en ændring af gældende ret. Begrænsningen i et moderselskabs adgang til udbytteudbetaling er imidlertid heller ikke videreført i ApSL 1996.

De enkelte koncernselskabers ledelser vil være ansvarlige for deres respektive selskabers udbytteudbetalinger. Beslutter således et datterselskab at udbetale udbytte, der er uforholdsmæssigt stort i forhold til selskabets reelle indtjening, vil kreditorer, der måtte lide et tab herved, kunne rette et krav imod ledelsen i det pågældende selskab. En eventuel minoritet vil kunne anfægte beslutningen om udbytteudbetaling efter ApSL § 35. De enkelte koncernselskaber er selvstændige retssubjekter. Det klare udgangspunkt er derfor, at moderselskabets ledelse ikke kan gøres ansvarlig for beslutninger truffet af eventuelle datterselskabers ledelser. Anvendelsen af den såkaldte enhedsteori, hvorefter en retlig regulering betragter koncernforbundne selskaber som en økonomisk enhed,⁵⁵⁾ må forudsætte en særlig hjemmel.

Det er klart, at personerne i moderselskabets ledelse kan blive personligt ansvarlige for udbytteudbetaling i et datterselskab, hvis de er de reelle beslutningstagere, eller hvis de har haft sæde i begge selskabers ledelser. Bortset fra sådanne situationer, kan der næppe blive tale om et ansvar for moderselskabets ledelse, og forsvarelsen af en udbytteudbetaling må vurderes i forhold til det pågældende selskabs egne forhold. De enkelte koncernselskabers kreditorer vil være beskyttet af de almindelige kreditorbeskyttelsesregler, herunder i yderste konsekvens Konkurslovens regler om omstødelse. Eventuelle minoriteter er beskyttet af de almindelige grundsætninger om minoritetsbeskyttelse.⁵⁶⁾ Da de interesser, der søges beskyttet gennem kravet om, at udbytteudbetaling skal være forsvarlig, nyder en forsvarlig beskyttelse uden den særlige koncernregel, taler dette imod at antage, reglen fortsat skulle

⁵³⁾ En sådan regel er nu optaget i det finske regeringsforslag, jvf. Prop. 89/1996, § 12:2.

⁵⁴⁾ Jvf. SOU 1941:9, s. 297 f. Se tillige Kedner/Roos/Skog, Aktiebolagslagen Del II (5. uppl. 1996) s. 100, der henviser til, at moderselskabets magtstilling inden for koncernen medfører særlige farer for misbrug, hvorfor særlige beskyttelsesregler er nødvendige.

⁵⁵⁾ Se om enhedsteorien hos Friis Hansen, Europæisk koncernret (1996), s. 26 f.

⁵⁶⁾ Koncernbestemmelsen udgik af den norske aktieselskabslov, men det antages, at et tilsvarende resultat opnås gennem anvendelse af det almindelige krav om udbytteudbetalings forsvarlighed, se hertil Marthinussen og Aarbakke, Aksjeloven (2. utg. 1996) s. 458.

være gældende ret. Udbytteudbetalingen fra et moderanpartsselskab er således blot begrænset af hensynet til selskabets egen økonomi. Dansk rets almindelige erstatningsregler vil kunne anvendes over for en udsultning af et enkelt selskab i koncernen på moderselskabets bekostning.

9. Sammenfatning

Sammenligningen af koncernbestemmelserne i ApSL 1973 og ApSL 1996 har vist, at selvom de fleste af disse regler nu er ophævet, så må de i alt væsentligt fortsat må antages at være gældende ret. Reformen af anpartsselskabsloven har således haft ringe betydning for koncernretten. Kun på et enkelt punkt er der sket en ændring, idet kravet i den tidligere ApSL § 80 stk. 2, hvorefter udbytte i moderselskaber skulle være forsvarligt set i forhold til koncernens samlede økonomiske stilling næppe kan opretholdes uden lovhjemmel. Den praktiske betydning heraf synes dog ringe.

Retten til at eje og benytte fast ejendom i Danmark

af
Bernhard Gomard

1. Kort efter krigen blev der nedsat et udvalg til at overveje udlændinges adgang til at eje fast ejendom i Danmark. Udvalget afgav betænkning i 1948, og i 1959, to år efter at Rom-traktaten var blevet underskrevet, vedtoges Lov om erhvervelse af fast ejendom, en lov som med visse ændringer stadig er gældende, nu Lovbekendtgørelse nr. 566 af 28. august 1986 med ændring ved Lov nr. 1102 af 21. december 1994.¹⁾ Baggrunden for ønsket om at begrænse udlændinges adgang til at erhverve fast ejendom i Danmark var en frygt for, at købedygtige udlændinge ville melde sig på det danske ejendomsmarked i stort tal, og især at tyskere ville opkøbe de attraktive sommerhuse i Danmark.

Hovedbestemmelsen i loven af 1959 er, at personer, der ikke har bopæl i Danmark og heller ikke tidligere har haft bopæl her i landet i et tidsrum af i alt 5 år, kun kan erhverve adkomst på fast ejendom med Justitsministerens tilladelse, samt at selskaber m.m., der ikke har hjemsted i Danmark, ligeledes kun med Justitsministerens tilladelse kan erhverve adkomst på fast ejendom. Loven er blevet praktiseret meget restriktivt, således som det bl.a. illustreres af den i pressen omtalte sag om den tyske forfatter Lenz.

Dansk medlemskab af De Europæiske Fællesskaber blev aktuelt i 1972, og der opstod spørgsmål om, hvorvidt og hvordan loven af 1959 kunne opretholdes. I Tiltrædelsesloven af 1972 blev der givet ministerierne hjemmel til at fastsætte bestemmelser om, at der bortses fra krav om bopæl og hjemsted i Danmark, hvis dette er påkrævet som følge af Fællesskabernes regler om fri etableringsret m.v. i EF. Dette er sket ved bekendtgørelser fra Justitsministeriet, nu Bekendtgørelse nr. 764 af 18. september 1995.

EF-borgere kan frit tage arbejde overalt i Fællesskabet (nu Unionen), og virksomheder kan frit etablere sig. En arbejdstager og en virksomhed har ret til at virke overalt i Fællesskabet på lige vilkår. Et forbud om, at arbejdstagere og virksomheder erhverver fast ejendom til bolig eller til virksomheden, synes vanskeligt foreneligt med medlemskab af Fællesskaberne, sml. *Ellen Brinch Jørgensen*: Union Citizens, 1996 s. 235 ff. Retten til at opholde sig og at drive virksomhed i et andet medlemsland er senere udvidet, således at retten ikke

¹⁾ Se om loven Karnov s. 3851 med udførlige henvisninger samt *Werlauff* i Festskrift til Ringgaard 1989 s. 189 ff.

kun består for arbejdstagere og selvstændige næringsdrivende, men også pensionister og studerende. Også disse persongrupper har en naturlig interesse i at kunne løse deres boligproblem ikke blot ved leje, men også ved køb af ejerlejlighed eller parcelhus.

Traktaten indeholder også bestemmelser om frie kapitalbevægelser. De oprindelige bestemmelser i art. 67 ff er nu efter Maastricht afløst af et forbud mod restriktioner for kapitalbevægelser i art. 73 B. En bolig fyldestgør et personligt behov, men en boligejennyttelse af et hus i et sommerhusområde til helårsbeboelse gælder enhver. Man må, som det er blevet understreget i hyppige straffesager, ikke benytte sit sommerhus som sin principale bolig.

I årene op til undertegnelsen af Traktaten om Den Europæiske Union i Maastricht den 7. februar 1992 bestræbte Danmark sig stadig for, at det både i direktiver om ophold i andre medlemslande og om frie kapitalbevægelser blev fastholdt, som det bl.a. er sagt i art. 6 nr. 4 i Rådets direktiv af 24. juni 1988 om frie kapitalbevægelser, at "eksisterende national lovgivning om erhvervelse af ejendomme, der ikke er helårsboliger, kan opretholdes, indtil Rådet vedtager yderligere bestemmelser på dette område...", jf. *Gulman og Hagel-Sørensen*: EU-ret, 1995 s. 397. Under forhandlingerne om Traktaten om Den Europæiske Union, hvor retten til ophold, etablering og kapitalbevægelser yderligere blev understreget, var det et problem for Danmark at sikre mulighed for at opretholde sin særlige lovgivning om udlændinges adgang til at erhverve fast ejendom i Danmark. Forhandlingerne herom er omtalt af *Poul Skytte Christoffersen* i Traktaten om Den Europæiske Union 1992 s. 68 og 114. Som resultatet af de danske bestræbelser blev der knyttet en særlig Protokol til Traktaten om ejendomserhvervelser i Danmark. Desuden understregede Danmark i en ensidig erklæring om unionsborgerskab (et af de forbehold, der blev taget som følge af folkeafstemningen den 2. juni 1992), at unionsborgerskab ikke giver statsborgere fra de andre medlemsstater nogen af de rettigheder og pligter, som følger af dansk statsborgerskab, men at Danmark i øvrigt fuldt ud respekterer alle specifikke rettigheder, der udtrykkeligt følger af Traktaten, og som gælder for statsborgere fra medlemsstaterne.

Traktaten om den Europæiske Union indeholder ikke bestemmelser, der særligt beskæftiger sig med adgangen til at erhverve og udnytte fast ejendom i Unionen. Spørgsmål herom beror alene på de almindelige regler i Traktaten om ophold, etablering og frie kapitalbevægelser. Domstolen har antaget, at bestemmelserne i art. 48, 52 og 59 om arbejdskraften m.v. forudsætter, at arbejdstagere og erhvervsdrivende kan erhverve ejerbolig i landet, hvor de arbejder og virker, jf. Saml. 1989.1461 og 1988.29 omtalt i *Engsig Sørensen og Ringe Nielsen*: EU markedsret 1996 s. 369 f og 422 f.

2. Den særlige Protokol, der er knyttet til Maastricht-traktaten, og som angår erhvervelse af fast ejendom i Danmark, lyder således:

“Protokol (nr.1)
om ejendoms erhvervelse i Danmark
De Høje Kontraherende Parter,

*som ønsker at finde en løsning på visse særlige problemer, der er af interesse for Danmark,
er blevet enige om følgende bestemmelse, der knyttes som bilag til
Traktaten om Oprettelse af Det Europæiske Fællesskab:
Uanset bestemmelserne i Traktaten kan Danmark opretholde den gældende
lovgivning om erhvervelse af ejendomme, der ikke er helårsboliger.”*

Protokollen gør ikke nærmere rede for, hvilken lovgivning den sigter til med “den gældende lovgivning om erhvervelse af ejendomme, der ikke er helårsboliger”, men meningen må være den lovgivning, der var gældende ved undertegnelsen af Traktaten den 7. februar 1992, om *erhvervelse af ejendomme, der ikke er helårsboliger*. Protokollen angår ikke lovgivningen om *udnyttelsen af ejendomme, der ikke er helårsboliger*. Begrænsninger i udnyttelsesretten, der er begrundet i beskyttelse af naturen eller anden planlægning, er et rent dansk anliggende. En erklæring om second homes, der er knyttet til Tiltrædelsestraktaten for Østrig, Finland og Sverige, citeret nedenfor i nr. 4, er anderledes, jf. bl.a. *Ellen Brinch Jørgensen: Union Citizens s. 237 f*, og måske bedre egnet til at give landene en ønsket handlefrihed.

Protokollen udtaler sig ikke om, hvorvidt den gældende danske lovgivning uden Protokollen ville være i strid med Traktaten, men siger kun at Danmark kan opretholde denne lovgivning. Det ligger nær at antage, at en endnu mere restriktiv lovgivning ville være uforenelig med Traktaten. Protokollen er accepteret af alle signatarlandene. Intet andet land begærede indsat en tilsvarende Protokol i Traktaten af 1992.

De ejendomme, der er omfattet af Protokollen, er defineret som ejendomme, der “ikke er helårsboliger”. Sådanne ejendomme må uanset deres bygningsmæssige standard og beliggenhed hverken af ejeren eller af en lejer beboes som helårsbolig. Enhver beboer, være sig ejer eller lejer, af ejendommen må have hjemsted andet steds eller midlertidigt (for en kort tid) være uden egentligt hjemsted (fast bopæl). Dette fremgår af Sommerhusloven af 1972. Bestemmelsen er nu flyttet til Planloven. Kriteriet for, om en bolig er helårsbolig, er uomtalt i Protokollen. Kriteriet fremgår alene af national ret.

Protokollen bruger ikke ordet “sommerhus”, og dette eller lignende ord (f.eks. Ferienhäuser, Summer cottages) er ej heller brugt i de andre trak-

tatsprog. Her tales der om *Zweitwohnung*, second home, residence secondaire o.lign. Ordet sommerhuse er kun brugt internt i Danmark som en betegnelse for huse i *sommerhusområder*. Protokollen angår ikke huse i særlige områder og adskiller sig således fra de danske regler, nu i Planlovens kap. 8.

Tiden er løbet fra betegnelsen sommerhus for et hus, som ikke er en families faste bopæl året rundt. Mange af disse huse er nu teknisk set egnede til ophold - kortere eller længere også om vinteren. Sådant ophold anses af mange som attraktivt, også på grund af gode trafikforbindelser, telefon, telefax og andet moderne udstyr. Det nutidige udtryk for sommerhuse er fritidshuse, både i Danmark og andetsteds (*Ferienhäuser*). En bolig i et bjergområde er f.eks. åbenbart anvendeligt til bjergvandring om sommeren og til skiløb om vinteren. I Danmark bruges fritidshuse i dag året rundt. Der indgår ikke i definitionen i Protokollen en begrænsning til sommerhalvåret. Det siges alene, at Protokollen angår ejendomme, der ikke er helårsboliger, det vil sige huse, som ikke er fast bopæl for en person eller familie. Ingen ejer eller lejer kan bo i en sådan ejendom som sin faste bopæl indtil videre eller dog for længere tid uden at have et andet egentligt hjemsted. Anden begrænsning indeholder Protokollen ikke.

3. Protokollen gør det muligt for Danmark at opretholde "den gældende lovgivning". Dette må forstås således, at ejendommene ("sommerhusene") ikke kan benyttes som fast bopæl, men kan benyttes af ejeren eller af andre, også af lejere på anden måde end som fast bopæl og helårsbolig. Protokollen kræver, at dette hovedindhold, men vel næppe at alle detaljer i den (da) gældende lovgivning fastholdes.

Efter Ændringsloven til 1959 af 1994 er der udstedt en Bekendtgørelse om adgangen for borgere og selskaber i EF til at erhverve fast ejendom i Danmark. Reglerne går ud på, at arbejdstagere og andre, der frit kan tage ophold i Danmark, kan købe en fast ejendom, og det samme gælder virksomheder, der kan etablere sig her, men adgangen til at erhverve ejendom gælder kun nødvendig helårsbolig eller for virksomheder ejendom, som er nødvendig for at udøve selvstændig virksomhed eller levere tjenesteydelser i Danmark. Den, der ikke opfylder betingelserne i Loven af 1959, kan købe en ejerlejlighed eller et parcelhus, men ikke et sommerhus. Er vedkommende imidlertid kommet hertil og har taget bopæl i Danmark, ændrer situationen sig. Nu kan han også købe sommerhus.

De gældende regler om EF-statsborgere og om EF-selskaber fra de andre medlemslande og fra EØS i Bekendtgørelsen af 18. september 1995 giver i § 3 i overensstemmelse med protokollen til Maastricht-traktaten kun adgang til erhvervelse af ejendomme:

- der skal tjenes som fornødent *helårsbolig* for erhververen (min fremhævelse), eller
- hvor erhvervelsen er en forudsætning for at udøve selvstændig virksomhed eller levere tjenesteydelser.

Bekendtgørelsen må antages at ville åbne adgang for de erhvervelser af fast ejendom, der efter Traktaten navnlig artikel 48, 52 eller 59 og direktiver er traktatmæssigt hjemlede. Betydningen af Protokollen er, at medlemsstaterne anerkender, at det ikke anses som en nødvendig følge af en arbejdstagers eller en virksomheds adgang til aktivitet i Danmark som arbejdstager eller som selvstændig virksomhed eller leverandør af tjenesteydelser at arbejdstageren eller virksomheden kan eje boliger, der ikke er helårsboliger, uanset at det modsatte kan være tilfældet i andre lande.

Det er næppe muligt i de talrige straffesager mod ejere af sommerhuse for overtrædelse af lov om planlægning ved selv at bruge eller at udleje deres hus i vinterhalvåret at søge at opnå præciseringer af unionsretten ved at stille spørgsmål til EF-domstolen efter Traktatens artikel 177 af to grunde. De danske domstole vil formentlig fastholde, at disse straffesager afgøres alene efter gældende dansk ret, der jo efter ordlyden af Protokollen respekteres af Traktaten, og EF-domstolen vil næppe afgive abstrakte udtalelser (responsa) om forståelsen af EF-retten på dette sensitive område. En mulig kontakt med Kommissionen kunne derimod måske komme på tale efter at der eventuelt var opnået en forståelse med Miljøministeriet om en fremtidig mere rimelig og rummeligere forståelse af den danske lovgivning.

4. Erhvervsmæssig udlejning af fritidshuse kan ikke lovligt ske. Dette forbud gælder for alle. Erhvervsmæssig udlejning og udlejning for et længere tidsrum end et år af beboelsesejendomme må efter den danske Sommerhuslov kun ske, hvor det lejede skal anvendes til helårsbeboelse. Helårsbeboelse er ikke omfattet af Protokollen. Helårsbeboelse af ejendomme i et sommerhusområde er ikke tilladt efter den gældende danske lovgivning. Såfremt der i dansk lovgivning ville blive givet adgang til erhvervsmæssig udlejning, ville EF-borgere og EF-selskaber efter Bekendtgørelse nr. 764 af 18. september 1995 kunne gøre krav på erhvervelse af fritidsejendomme til erhvervsmæssig udlejning på samme betingelser, jf. Bekendtgørelsens § 3. Det synes en overvejelse værd, om ikke Danmark var tjent med at søge Protokol nr. 1 ombyttet med Erklæringen til Østrig, Finland og Sveriges Tiltrædelsestraktat. Erklæringen lyder:

“Existing Community law does not hinder that the individual Member State takes national, regional or local measures regarding second homes, provided

they are necessary for the exploitation of territories, planning and environmental protection and they apply without discriminating against Union citizens, whether directly or indirectly.”

Ikke enhver udlejning mod vederlag er erhvervsmæssig. Udlejning af sommerhuse (feriehuse) foretaget af ejeren af en eller to sådanne ejendomme anses ikke som erhvervsmæssig, uanset at lejeindtægten i skattemæssig henseende betragtes som en erhvervsindtægt. Skatteregler er imidlertid i det hele taget anderledes end reglerne om eje og leje. Der betales indkomstskat af fuld lejeværdi og ejendomsskat af fuld ejendomsværdi, også af boliger der ikke er helårsboliger.

En udlejning af et sommerhus er ikke erhvervsmæssig, selv om ejeren i en periode eller i længere tid ikke selv benytter huset. Det kan ikke kræves, at ejeren i en periode af året enten selv skal opholde sig i sommerhuset, eller at sommerhuset i en periode skal stå tomt. Der kan ikke opstilles krav herom ud fra begrebet om ikke-erhvervsmæssig udlejning. Et særligt spørgsmål kan være, om en grænse på 1, 2 eller nogle få fritidshuse til udlejning er afgørende for, om udlejning må anses for “erhvervsmæssig”. En familie, hvor ægtefællerne for eksempel ved arv eller gave har fået mere end to fritidshuse, vil næppe være afskåret fra at foretage en ikke erhvervsmæssig udlejning af alle husene. Afgørende for om udlejning af et hus, som ikke er ejerens helårsbolig, er erhvervsmæssig er, om huset er erhvervet som investeringsobjekt alene eller i det væsentlige med henblik på at opnå økonomisk gevinst ved indtægt ved udlejning og værdistigning, eller om huset er købt eller arvet med henblik på benyttelse som fritidshus, men også udlånes eller udlejes når det ikke - aktuelt eller på kortere eller længere sigt - benyttes af ejerfamilien. Der kan ikke sættes bestemte grænser for varigheden af udlejningsperioder eller for antallet af huse. 1 års grænsen er arbitrær og ikke krævet af Protokollen.

Erhvervelsesmåden og øjemedet med erhvervelsen må være hovedkriteriet for hvad der er og ikke er erhvervsmæssigt. Det er i øvrigt også på andre områder almindeligt at skelne mellem erhvervsmæssig og ikke erhvervsmæssig aktivitet, men kriterierne er forskellige på forskellige områder jf. eksempelvis til illustration UfR 1996. 229 H om ret til skattefradrag.

Der synes for så vidt angår spørgsmålet om at skelne mellem erhvervsmæssig og ikke erhvervsmæssig udlejning ikke grundlag for at gøre forskel på sommer- og vinterudlejning. Dette kriterium er da ej heller nævnt hverken i § 1 i Loven om sommerhuse og camping af 1989, der alene anvender kriteriet helårsbeboelse i modsætning til anden form for beboelse, eller i Lov om planlægning § 40, der forbyder anvendelse af boliger i sommerhusområder til helårsbeboelse, jf. nedenfor i nr. 5. I vintersportsområder er det en selvfølge at udlejning af fritidsboliger sker i hele vintersæsonen, og også i Danmark er

der i dag et sådant ønske og behov for fritidsophold i vinterhalvåret, at tidligere tiders skel mellem sommer og vinter på dette område er passé.

5. Planloven

Lov om planlægning nr. 388 af 6. juni 1991 (Planloven) og tidligere Lovbekendtgørelser om sommerhuse og camping nv. nr. 920 af 22. december 1989 forbyder anvendelse af boliger i sommerhusområder som helårsboliger (§ 40), dog med en undtagelse for pensionister (§ 41).

Reglen i Planlovens § 40, stk. 1 er omtalt i en Notits af 27. januar 1992 fra Justitsministeriets lovfdeling. I Notitsen citeres bemærkningerne til bestemmelsen § 40, stk. 1 hvorefter denne "svarer til sommerhuslovens § 7a, stk. 1 og 3 med visse redaktionelle ændringer", og videre "som hidtil er det afgørende for om der er tale om helårsbeboelse i hvor langt et tidsrum ejendommen sammenlagt benyttes til beboelse. Den omstændighed at flere ejere eller lejere successivt bebor ejendommen, forlænger ikke udnyttelsestiden". Reglerne om sommerhusområder er udførligt omtalt i en Kommentar til Planloven af *Anne Birte Boeck* s.245ff.

Det er åbenbart, at ordet *helårsbeboelse* (som rummer en betydningsmæssig nuance fra Protokollens ord *helårsboliger*) i disse bemærkninger til Planloven er taget i en anden betydning end i almindelig sprogbrug og i Protokollen. *Helårsbeboelse* betyder i almindelig sprogbrug og også i Protokollen naturligst *beboelse i helårsbolig*, d.v.s. fast bopæl for en husstand, mens *helårsbeboelse* i bemærkningerne synes anvendt om konstant ophold af personer i en ejendom, uanset om disse personer er faste beboere eller skiftende lejere, medlemmer, venner eller bekendte af ejerfamilien. Der kan således efter bemærkningerne forekomme *helårsbeboelse* i en ejendom, der ikke er en *helårsbolig*, fordi ingen bor fast i ejendommen - og således ingen som beboer i kommunen kan kræve fuld kommunal service, og skønt udlejning ikke til nogen af lejerne kan anses for at være erhvervsmæssig. Med denne videre forståelse af bestemmelsen i Planloven er der ikke længere tale om at gøre forskel på *helårsboliger* og *fritidsboliger*, og at sikre *fritidsboliger* i Danmark for danskere, men om at forfølge et helt andet formål, som synes at måtte være at lægge sommerhusområderne øde i vinterhalvåret.

Der er ikke i Maastricht-traktaten, i Protokollen eller i andre unionsretlige forskrifter nogen nødvendighed for, at danske sommerhusområder på denne måde lægges øde i en del af året, ligesom for eksempel ej heller ferieområder i Alperne kræves affolket i enten sommer- eller vintersæson. Det er et rent dansk anliggende, om der i Danmark ønskes ført en sådan politik eller ikke.

Den vidtgående miljøpolitik, der ønsker sommerlandet lagt øde i vinterhalvåret, er ikke klart formuleret og anbefalet i Betænkning nr. 938/1981 om *helårsbeboelse* i sommerhusområder, og denne politik var ej heller klart

formuleret og begrundet i bemærkningerne til den tidligere Sommerhuslov eller nu til Planloven. En sådan politik synes imidlertid at være tilstræbt i administrativ praksis. Der kan som hjemmel herfor fra lovbemærkningerne til Planloven kun henvises til ordet "sammenlagt" og til omtalen af flere ejeres eller lejerers successive beboelse af ejendommen. Der foreligger ingen afgørelse fra Højesteret og så vidt ses heller ingen klar afgørelse fra nogen af landsretterne, der godkender, at de ikke ganske klare bemærkninger til Planlovens § 40 kan tillægges virkning som en autoritativ fortolkning af bestemmelserne om boliger i et sommerhusområde. Meget taler for en så væsentlig reel nyorientering af retstilstanden på et væsentligt område måtte have været lagt klarere frem for Folketinget for at kunne accepteres som den fremtidigt gældende ret, jf. ligeså *Ellen Margrethe Basse* i UfR 1992 B. 217ff. Et forbud mod ferieophold i sommerhusområder i vinterhalvåret er en nyskabelse og et vidtgående indgreb i mange menneskers livsførelse, et indgreb der måtte kræve en klarere hjemmel end de citerede bemærkninger til Planloven. De bemærkninger har kun de indviede kunnet opfatte som et ønske om at blåstemple en skærpet forståelse af de tidligere bestemmelser i Sommerhusloven, der reelt er en ændring af lovteksten.

6. En vurdering af politikken overfor sommerhuse eller fritidshuse må bygge på de forskellige hensyn, som fra forskellig side er tillagt betydning.

Udlejning må begrænses til udlejning som ikke er *erhvervsmæssig*. Dette er en betingelse for at opretholde den danske særordning om huse, der ikke er helårsboliger, som Protokollen giver mulighed for.

Helårsbeboelse i betydningen fast bolig eller bopæl i sommerhusområder kan ikke tillades, hvor en kommune ikke ønsker eller ikke ser sig i stand til at yde den fulde offentlige service, som er nødvendig, til fastboende husstande i området. Pensionister accepteres dog, uagtet ældre kan have større behov for service end yngre.

Benyttelse af ejendomme i et sommerhusområde af skiftende beboere, der ikke tager fast ophold i ejendommene og derfor ikke efterspørger fuld offentlig service er af en anden karakter end benyttelse som helårsbolig. Der er her tale om, at veje, kloakering, renovation m.m. også belastes i vinterhalvåret omend normalt mindre end i sommerhalvåret, men denne belastning synes ikke at kunne frembyde særlige, end sige uovervindelige vanskeligheder. En kommune vil for eksempel kunne opkræve højere renoveringsafgift på en ejendom, der har behov for en hyppigere tømning, end på andre ejendomme.

Naturen bør skånes. Dette kan imidlertid ske uden, at sommerhusområder lægges døde i vinterhalvåret. Byens parker og landets skove er åben for borgerne året rundt og bruges meget. Både gode offentlige transportmidler, private biler og cykler bringer året rundt mange mennesker også til naturområ-

derne længere væk fra byerne. Parkeringspladserne langs kysterne bruges meget året rundt. Dette har ikke ødelagt naturen.

Det virker ejendommeligt, at myndighederne ikke har opfattet hensynet til naturen som værende til hinder for den mere intense udlejning der accepteres af feriehuse, som ejes af institutioner m.m., jf. herved Sommerhuslovens § 1, stk. 3 og 4. Denne lidet konsekvente holdning til miljøpolitikken taler yderligere for, at kravet til klarhed om en nyorientering eller ændring af retstilstanden på grundlag af bemærkningerne til Planlovens § 40 ikke kan sættes lavt.

FN-Konventionen om ubetingede garantier

af

Hans Viggo Godsk Pedersen

FN's Generalforsamling godkendte i december 1995 "Draft Convention on Independent Guarantees and Standby Letters of Credit" udarbejdet af Handelsretskommissionen - UNCITRAL. Konventionen er endnu kun tiltrådt af få lande. Det kan derfor være vanskeligt på nuværende tidspunkt at forudsige, hvor udbredt anvendelsen af reglerne vil blive i de kommende år. Der kan imidlertid ikke være tvivl om, at det i mange henseender kan være hensigtsmæssigt at harmonisere retsstillingen for garantier. Hertil kommer en på nogle områder tiltrængt afklaring af retsstillingen.

I de senere år har der været gjort forskellige forsøg på at harmonisere anvendelsen af garantier i den internationale handel ved udarbejdelse af standardregelsæt, som parterne kunne gøre til en del af aftalen. Konventionsformen muliggør imidlertid, at der mere effektivt kan indføres en ensartet regulering af problemer, der ikke hidtil har kunnet løses ved aftaler. Her tænkes især på det måske ikke så ofte forekommende, men alligevel alvorlige problem, der eksisterer med hensyn til uberettigede træk på anfordringsgarantier; et problem der optager en betydelig plads i den udenlandske litteratur. Det må formentlig også anses for en fordel, at garantier afgivet i rembursform omfattes af reglerne.

Reglerne er selvsagt udarbejdet med udgangspunkt i den internationale bankpraksis. Det er derfor naturligt, at der i vidt omfang er harmoni mellem dem og ICC's regler om anfordringsgarantier, men der er dog også betydningsfulde forskelle. I det følgende skal omtales nogle punkter fra reguleringen, men forinden skal dog kort nævnes ICC's harmoniseringsbestræbelser.

1. ICC modelkontrakterne

I vidt omfang begrundet i hensynet til at undgå uberettigede træk på anfordringsgarantier udsendte ICC i 1978 (publikation nr. 325) et anbefalet regelsæt, som parterne kunne henvise til, "Uniform Rules for Contract Guarantees". Disse regler søgte at undgå uberettigede træk ved at gøre garantiernes betingede af enighed, voldsgiftskendelse eller dom. Betingelserne fandt imidlertid ikke almindelig udbredelse, formentlig fordi det praktiske liv med købere og bygherrer som de stærkeste parter ikke ville acceptere vilkåret.

I 1992 udsendtes derfor publikation nr. 458, "Uniform Rules for Demand Guarantees".¹⁾ Disse regler indebar en afbalancering af parternes interesse i den forstand, at de både imødekom det praktiske behov for ubetingede anfordringsgarantier og samtidig forsøgte at begrænse risikoen for uberettigede træk. Sidstnævnte dog med en noget begrænset rækkevidde, idet realiteten i vilkårene er, at beneficianten - medmindre andet udtrykkelig er aftalt - blot ved et træk på garantien skal anføre, at der er misligholdt og på hvilken måde. Omend der kan ligge en vis barriere deri, er det åbenbart, at det ikke udelukker træk, der er materielt uberettigede. Selv bortset fra mere odiose tilfælde kan materielt uberettigede træk forekomme alene af den grund, at det for beneficiantens umiddelbare betragtning virkede, som om der var en misligholdelse, hvorfor det umiddelbart fra dennes synspunkt virkede berettiget at trække på garantien. Da der som udgangspunkt skal betales, når de formelle betingelser er opfyldt, vil der - odøst eller ej - let kunne forekomme materielt uberettigede træk.²⁾

Da det i praksis kan være umuligt at få et materielt uberettiget trukket beløb retur, er der selvsagt en betydelig interesse i at undgå sådanne træk. Men ICC "Uniform Rules for Demand Guarantees" henviser blot dette spørgsmål om hindring af træk, der trods opfyldelse af de formelle betingelser er uberettigede, til de enkelte nationale systemer. Principielt ville der vel ikke have været noget til hinder for at aftale et indhold i en garanti, hvorefter udbetaling skulle nægtes, hvis det, til trods for at de formelle garantibetingelser var opfyldt, ved et klart bevis var godtgjort, at trækket var uberettiget. Regelsættet indeholder imidlertid ikke regler derom, hvilket formentlig er begrundet i det forhold, at der anvendes forskellige regler i forskellige lande, således at traditionerne ikke pegede på en bestemt løsning af problemet.

Bortset fra den nævnte svaghed med hensyn til uberettigede træk indeholdt regelsættene væsentlige bidrag til begrænsning af usikkerheder ved anvendelse af garantier.

2. Generelt om FN Garantikonventionen

Konventionen finder anvendelse på selvstændige, internationale garantier, hvis udstederens forretningssted er beliggende i en af de kontraherende stater eller, hvis almindelige lovvalgsregler fører til anvendelse retssystemet i en af de kontraherende stater. I sidstnævnte tilfælde har parterne dog mulighed for at

¹⁾ Udsendt i dansk oversættelse af Finansrådet i 1994 "Ensartede Regler for Anfordringsgarantier".

²⁾ Jf. nærmere *Godsk Pedersen*: Bankgarantier kapitel 11 med henvisninger.

fravælge konventionens regler, jf. nærmere artikel 1.

Som foran nævnt omfatter konventionen ikke alene uafhængige garantier men også Standby Letters of Credit. Garantier afgivet i rembursformen er ikke omfattet af ICC modelkontrakterne for garantier, men de er til gengæld omfattet af rembursreglerne, hvis seneste version er ICC publikation nr. 500 fra 1993 "Uniform Customs and Practice for Documentary Credits". Disse regler gælder kun, når der henvises til dem, men det er det almindelige ved remburser. I remburser, der ikke umiddelbart er omfattet af konventionen, kan der i øvrigt henvises til reglerne, jf. herved artikel 1, stk. 2.

Konventionens kapitel 1 indeholder en række definitioner. Artiklerne 2 og 3 definerer bl.a. typen af de omfattede garantier i det væsentlige i overensstemmelse med de sædvanlig anvendte anfordringsgarantier, uanset om de er rene anfordringsgarantier (demand, simple demand), eller om de er betinget af forevisning af dokumenter, når blot de er løsrevet fra det underliggende retsforhold og forhold inden for garantens/udstederens sfære. At garantien skal have international karakter indebærer blot ifølge artikel 4, at to af de implicerede parter eller deres implicerede forretningssteder skal være hjemmehørende i forskellige stater.³⁾

En garanti anses for udstedt, når den forlader udstederens sfære, og det sted, hvor det sker, anses for udstedelsesstedet, jf. konventionens artikel 7, stk. 1. Anvendelse af reglerne forudsætter ingen bestemt form. Det kræves blot, at det anvendte medium "preserves a complete record of the text of the undertaking and provides authentication of its source by generally accepted means" eller at proceduren er aftalt mellem garanten/udstederen og beneficianten, jf. artikel 7, stk. 2.

I øvrigt foreskriver konventionens artikel 5 det ret selvfølgelige, at fortolkning af konventionen må ske med hensyntagen til dens internationale karakter og behovet for at fremme en ensartet anvendelse samt "the observance of good faith" i den internationale anvendelse af selvstændige garantier og stand-by letters of credit. Ved fortolkning af garantiens betingelser og ved afgørelse af spørgsmål, der ikke er fastlagt deri, herunder eventuelle særlige regelsæt eller lignende, der er henvist til i den, samt konventionens betingelser, skal der også tages hensyn til almindeligt anerkendte internationale regler og sædvaner, jf. artikel 13.⁴⁾ Herved er det understreget, at nationale særregler må

³⁾ Artiklens stk. 1 har følgende ordlyd: "An undertaking is international if the places of business, as specified in the undertaking, of any two of the following persons are in different States: guarantor/issuer, beneficiary, principal/applicant, instructing party, confirmer."

⁴⁾ Særligt i artikel 14 pålægges garanten/udstederen at tage hensyn til almindeligt anerkendte standarder "In discharging its obligation".

henvises til en mere underordnet rolle i forbindelse med internationale garantier.

I det følgende er nogle enkelte spørgsmål omtalt.

3. Overdragelse af garantien

Som udgangspunkt kan beneficentens ret til at kræve betaling ikke overdrages. Det kan kun ske i den udstrækning, der udtrykkelig er hjemmel til det i garantien. Er den udstedt som overdragelig (transferable) uden angivelse af, om der kræves samtykke fra garanten/udstederen eller anden bemyndiget til en aktuel overdragelse, er ingen af disse forpligtet af overdragelsen ud over det udtrykkeligt godkendte, jf. herved konventionens artikel 9. Sidstnævnte har så vidt ses særlig relation til Standby Letters of Credit.

At retten til at kræve betaling ikke kan overdrages uden hjemmel eller samtykke svarer til "Uniform Rules for Demand Guarantees" artikel 4 og må i øvrigt antages at være i overensstemmelse med almindelige deklaratoriske regler. Ved en anfordringsgaranti, hvor beneficenten kan kræve betaling uden nogen form for bevis, kan det være meget væsentligt, at denne ret ikke overgår til andre.

Derimod vil retten til at modtage betaling, i det omfang beløb skal udbetales, kunne overdrages, medmindre andet følger af garantien eller anden aftale, jf. konventionens artikel 10. Også denne regel er i overensstemmelse med "Uniform Rules for Demand Guarantees" artikel 4 og må antages at være i overensstemmelse med almindelige deklaratoriske regler. Konventionens artikel 10, stk. 2 indeholder en regel om, at en betaling til erhververen er frigørende, hvis garanten/udstederen eller den ifølge garantien betalingsbemyndigede har modtaget en erklæring om en uigenkaldelig overdragelse fra beneficenten. Bestemmelsen er en pendant til gbl. § 30.⁵⁾

Konventionen omhandler ikke spørgsmålet om beskyttelse mod overdragere kreditorer og aftaleerhververe. I dansk ret følger det af gbl. § 31, at den nødvendige sikringsakt i disse relationer er meddelelse til skyldneren om overdragelsen. Selv om garanten/udstederen kan siges at være skyldner på grundlag af en uafhængig eller selvstændig garanti, må meddelelse formentlig gives til skyldneren ifølge den underliggende aftale, jf. U 1990.571.⁶⁾

⁵⁾ Af formuleringen "a notice originating from the beneficiary" må formentlig følge, at betaling på grundlag af en falsk meddelelse om overdragelsen ikke virker frigørende, jf. herved princippet i gbl. § 30.

⁶⁾ Jf. nærmere om dobbelt meddelelse *Godsk Pedersen*: Bankgarantier s. 85 f.

4. Ophør af garantien

Beneficiantens ret til at kræve betaling ophører selvsagt, hvis garanten/udstederen modtager en erklæring fra beneficianten om, at han er frigjort for garantien, jf. udtrykkelig artikel 11, stk. 1 litra a, eller har aftalt ophør, jf. stk. 1 litra b. Garantien ophører endvidere, hvis garantibeløbet er blevet betalt, medmindre den indeholder vilkår om automatisk fornyelse, forhøjelse eller fortsættelse på anden måde, jf. artikel 11, stk. 1 litra c. Endvidere ophører den ved udløb af gyldighedsperioden, jf. herom nedenfor.

Det kan fremgå af garantien eller på anden måde være aftalt, at tilbagelevering⁷⁾ af den er nødvendigt for ophør af retten til at kræve betaling. Tilbageholdelse af dokumentet efter gyldighedsperiodens udløb eller efter indfrielse bevarer imidlertid ingen ret for beneficianten, jf. artikel 11, stk. 2.

Tilsvarende må anses for at følge af almindelige deklaratoriske regler og fremgår af "Uniform Rules for Demand Guarantees" artikel 24.

Gyldigheden af garantien ophører på udløbsdagen. Det kan være en bestemt angivet dato eller den sidste dag i en i garantien angivet periode. Er udløbsdagen ikke åbningsdag på det sted, hvor garantien er udstedt, eller på det sted, hvor betalingskravet skal præsenteres, er udløbsdagen den følgende åbningsdag, jf. artikel 11 litra a. Denne regel må antages at svare til almindelige deklaratoriske regler. Mere speciel er reglen i artikel 11 litra b. Er det bestemt i garantien, at den ophører ved begivenheder uden for garantens/udstederens sfære, ophører den, når garanten/udstederen modtager en i garantien betinget dokumentation for, at begivenheden er indtrådt eller, hvis ingen særlig dokumentation er betinget, en erklæring fra beneficianten om, at begivenheden er indtrådt.

Angiver garantien ikke en udløbsdag, eller er udløb ikke indtruffet ved præsentation af dokumenter, der er krævet i garantien, forældes den på 6 år fra udstedelsesdagen. Det vil indebære en fravigelse af de almindelige forældelsesregler i Danmark, hvis konventionen gennemføres her. I øvrigt er fristen relativt lang. Reglen forhindrer næppe, at en garanti efter omstændighederne kan anses for bortfaldet som følge af passivitet på et tidligere tidspunkt, således som det kan ske efter dansk ret.⁸⁾

"Uniform Rules for Demand Guarantees" artikel 22 indeholder en regel om garantier, der både indeholder en udløbsdato og en udløbsbegivenhed. Efter reglen udløber garantien ved den først indtræffende af disse. Konventionen

⁷⁾ Ved "papirløse" medier en procedure, der må sidestilles med tilbagelevering.

⁸⁾ Jf. nærmere om ophør ved passivitet *Godsk Pedersen: Bankgarantier* s. 107 ff med henvisninger.

indeholder ikke en tilsvarende bestemmelse, men det må antages at være gældende også uden en udtrykkelig regel derom.

Nogle landes retssystem anerkender ikke tidsbegrænsning af en garanti. Da der efter konventionens artikel 27 ikke kan tages forbehold ved tiltrædelse af konventionen, vil det givetvis være en betydelig fordel, hvis de pågældende lande tiltræder konventionen.

5. Udbetaling under garantien

Et træk på garantien skal ske i en anerkendt form, jf. foran i afsnit 2, og være i overensstemmelse med de vilkår, der er indeholdt i garantien. Medmindre andet fremgår af garantien, skal krav om betaling samt de eventuelle yderligere dokumenter, der måtte være krævet i garantien, præsenteres for garanten/udstederen på udstedelsesstedet inden udløb af fristen for at kræve betaling, jf. artikel 15, stk. 1 og stk. 2. Det følger af artiklens stk. 3, at beneficianten, når denne kræver betaling, "is deemed to certify that the demand is not in bad faith and that none of the elements referred to in subparagraphs (a), (b) and (c) of article 19 are present." De i artikel 19 nævnte bestemmelser om uberettigede træk er omtalt nedenfor i afsnit 7.

Inden udbetaling skal garanten/udstederen foretage en rimelig prøvelse af betalingskravet og de eventuelle yderligere dokumenter, der måtte være krævet i garantien, jf. artiklerne 14 og 16. Artikel 14 foreskriver en generel forpligtelse for garanten/udstederen til at "act in good faith and exercise reasonable care having due regard to generally accepted standards of international practice of independent guarantees or stand-by letters of credit." Også artikel 16, der specielt omhandler prøvelsen af de præsenterede dokumenter, henviser til de internationale standarder. Heri ligger, at garanten skal udføre en rimelig kontrol af, om dokumenterne fremtræder på en sådan måde, at garantibetingelserne er opfyldt. Derimod skal garanten/udstederen normalt ikke gå ind i materielle vurderinger af dokumenternes indhold, medmindre særlige forhold giver anledning dertil, fx fordi der er uoverensstemmelse mellem de præsenterede dokumenter.⁹⁾

Garanten/udstederen skal have en rimelig tid til denne undersøgelse. Medmindre andet er aftalt, skal betaling eller afvisning dog senest ske 7 åbningsdage efter modtagelse af betalingskravet og de eventuelt yderligere krævede dokumenter. Denne frist på 7 dage må anses for ret lempelig, idet det

⁹⁾ Jf. nærmere herom *Bertrams*: Bank Guarantees in International Trade s. 116 ff og *Godsk Pedersen*: Bankgarantier s. 69.

ofte antages, at det må ske inden for en noget kortere frist.¹⁰⁾ At der må levnes nogen tid til denne undersøgelse, skal i øvrigt ses i sammenhæng med, at garanten/udstederen normalt ikke vil kunne foretage regres mod kunden, hvis dokumenterne ikke fremtrådte på en sådan måde, at de var i overensstemmelse med garantibetingelserne.

Beslutter garanten/udstederen at afvise betalingskravet, skal beneficianten underrettes derom med angivelse af årsagen til nægtelsen. Meddelelsen skal gives med teletransmission eller, hvis det ikke er muligt, med et andet hurtigt meddelelsesmiddel.

6. Modregning

Det er omtvistet, om et pengeinstitut kan modregne fordringer mod beneficianten i det beløb, som denne kræver under en anfordringsgaranti. I dansk ret kan et pengeinstitut, der har afgivet en anfordringsgaranti, formentlig modregne med egne fordringer, når de almindelige modregningsbetingelser er til stede, jf. herved U 1991.160 H.¹¹⁾ Konventionen har en regel af lignende indhold for så vidt angår garantens/udstederens egne fordringer mod beneficianten, idet artikel 18 bestemmer, at betalingsforpligtelsen kan afgøres ved modregning, "except with any claim assigned to it by the principal/applicant or the instructing party."

På den anden side må det følge af den citerede passus, at modregning ikke kan ske med fordringer, der tilkommer de øvrige implicerede parter. Det indebærer muligvis en begrænsning i forhold til almindelige deklatoriske regler. Det kan imidlertid næppe ganske udelukkes, at et forfaldent og likvidt krav mod beneficianten kan gøre et træk uberettiget og derved alligevel begrænse adgangen til et træk på garantien, jf. nærmere nedenfor i afsnit 7.

7. Uberettigede træk

Der har internationalt været en noget forskellig praksis med hensyn til muligheden for at gribe ind over for bevisligt uberettigede træk på anfordringsgarantier. Specielt fordi tilliden til bankgarantier antoges at kunne

¹⁰⁾ Fx anføres i *Bertrams: Bank Guarantees in International Trade* s. 264 f, at en periode på op til tre dage for first demand betragtes som rimelig, medens den ved mere komplicerede tilfælde kan være længere. Lignende *von Westphalen: Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr* s. 170 ff. En frist på én dag eller lignende ses imidlertid også anført, jf. *Good: Guide to the ICC Uniform Rules for Demand Guarantees* s. 69.

¹¹⁾ Dommen vedrører ikke en ren anfordringsgaranti, jf. nærmere herom og om modregning med egne fordringer *Godsk Pedersen: Bankgarantier* s. 94 ff med henvisninger.

svækkes ved en for håndfast indgriben, har der ofte været givet udtryk for, at der måtte udvises betydelig tilbageholdenhed med indgreb. Dette synspunkt har måske særlig vægt for mindre lande, hvor det ville kunne være katastrofalt for pengeinstitutterne, hvis garantier afgivet af dem ikke blev anset for troværdige. Det samme ville være tilfældet for kunderne, der ville kunne have vanskeligt ved at skaffe en garant i udlandet uden en troværdig dansk re-garanti.

På denne baggrund må det betragtes som et væsentligt fremskridt, at konventionen indeholder regler om, at udbetaling efter omstændighederne kan nægtes i artikel 19, ligesom der gives hjemmel til anvendelse af foreløbige retsmidler i artikel 20.

Er det åbenbart, at et dokument ikke er ægte eller er blevet forfalsket, har garanten/udstederen ret til at holde betalingen tilbage, jf. artikel 19, stk. 1 litra a. Tilsvarende hvis det er åbenbart, at kravet ikke kan begrundes i det påberåbte grundlag og de vedlagte dokumenter, jf. bestemmelsens litra b. Endelig giver bestemmelsens litra c mulighed for at holde betalingen tilbage, hvis det efter en vurdering af typen og formålet med garantien er åbenbart, at kravet umuligt kan være berettiget.¹²⁾

Artikel 19, stk 2 angiver nogle typer af tilfælde, hvor kravet i relation til stk. 1 litra c ikke kan være berettiget. Det kan efter litra a være det forhold, at den omstændighed eller risiko, som garantien blev udstedt for at sikre beneficenten imod, utvivlsomt ikke er indtrådt. Det kan endvidere efter litra b være det forhold, at den underliggende forpligtelse er erklæret ugyldig ved dom eller voldgiftskendelse, medmindre det fremgår af garantien, at sådanne omstændigheder falder inden for den dækkede risiko. Yderligere nævnes det forhold, at den underliggende forpligtelse utvivlsomt er blevet fuldt ud opfyldt og det forhold, at opfyldelse klart er blevet forhindret ved beneficentens "willful misconduct", jf. litra c og litra d.

Som nævnt anfører artikel 19, stk. 1, at garanten/udstederen har ret til at undlade honorering af garantien over for beneficenten i de nævnte tilfælde. Artikkels stk. 2 nævner imidlertid som et sidste eksempel på typer af tilfælde, hvor et krav er uberettiget, det forhold, at garanten/udstederen af garantien har udbetalt i ond tro og gør den dertil knyttede re-garanti eller kontragaranti

¹²⁾ Artikel 19 (Exception to payment obligation) har følgende ordlyd i stk. 1:

If it is manifest and clear that:

- (a) Any document is not genuine or has been falsified;
- (b) No payment is due on the basis asserted in the demand and the supporting documents;
or
- (c) Judging by the type and purpose of the undertaking, the demand has no conceivable basis, the garantor/issuer, acting in good faith, has a right, as against the beneficiary, to withhold payment.

gældende. Derved bliver de nævnte forhold ikke alene omstændigheder, der bevirker, at garanten/udstederen bliver berettiget til at undlade honorering set i retsforholdet til beneficianten, men tillige en pligt set i forhold til den, der skal bære tabet ved garantien, typisk ordregiver/principal. Er garantien gået gennem flere led på den måde, at der er impliceret instruerende pengeinstitut, må sidstnævnte gælde for såvel kontragarantien til garanten som for kontragarantien fra kunden (principal/ordregiver) til instruerende pengeinstitut. Deri må dog antages den modifikation, at det instruerende pengeinstitut, der er forpligtet til at honorere en re-garanti/kontragaranti, fordi garanten har udbetalt i god tro, må være berettiget til at gøre en re-garanti/kontragaranti gældende mod ordregiveren/principalen, selv om det forinden er blevet gjort opmærksom på, at trækket var uberettiget.

De i artikel 19, stk. 2 nævnte "types of situations", hvor et træk er åbenbart uberettiget, må anses for eksempler, der ikke er en udtømmende opregning, omend det også må antages at være de oftest forekommende. Det er derfor et spørgsmål om ordregiverens/principalens forfaldne og likvide krav mod beneficianten efter omstændighederne vil kunne benyttes til at hindre et træk på garantien. Alene det forhold, at modregning med sådanne krav er udelukket efter artikel 18, der udtrykkelig giver garanten/udstederen hjemmel til at modregne med egne krav mod beneficianten, udelukker ikke nødvendigvis, at en modfordring ikke kan gøre et træk åbenbart uberettiget. Har ordregiveren/principalen fx fået dom over beneficianten for et beløb, kan det være vanskeligt at se berettigelsen af et træk på en garanti, der sikrer en anden del parternes aftale, hvis nettoresultatet alligevel skal være, at beneficianten skal betale det trukne beløb til opfyldelse af dommen. På baggrund af at dette modregningsproblem har været omdiskuteret, taler det forhold, at det kun er nævnt i artikel 18, hvor modregning med det udelukkes, dog for, at en sådan modfordring ikke kan anvendes som en begrundelse for at nægte et træk efter artikel 19. Men problemet kan næppe anses for afklaret.

Bortset fra det netop nævnte modregningsproblem svarer bestemmelsen i artikel 19 formentlig i det væsentlige til, hvad der må antages at være gældende dansk ret.¹³⁾

8. Retsmidler mod åbenbart uberettigede træk

I de i artikel 19, stk. 1 nævnte tilfælde af åbenbart uberettigede træk, er ordregiveren/principalen berettiget til foreløbige retsmidler mod trækket, jf. artikel 19, stk. 3, efter de nærmere regler i efter artikel 20, stk. 1. Er der stor sandsynlighed for, at et træk, der er foretaget eller kan forventes at blive

¹³⁾ Jf. nærmere *Godsk Pedersen: Bankgarantier* s. 154 ff.

foretaget af beneficianten, er åbenbart uberettiget efter reglerne i artikel 19, stk. 1, kan retten på ordregiverens/principalens begæring på grundlag af umiddelbart tilgængeligt bevismateriale (a) Issue a provisional order to the effect that the beneficiary does not receive payment, including an order that the guarantor/issuer hold the amount of the undertaking”, eller (b) “Issue a provisional court order to the effect that the proceeds of the undertaking paid to the beneficiary are blocked, taking in account whether in the absence of such an order the principal/applicant would be likely to suffer serious harm”. De nævnte retsmidler må antages at svare til henholdsvis forbud og arrest i dansk ret. I øvrigt kan der kræves en passende sikkerhedsstillelse i forbindelse med det foreløbige retsmiddel, jf. artikel 20, stk. 2.

Artikel 20 giver ikke alene hjemmel til at anvende foreløbige retsmidler. Bestemmelsens stk. 3 forbyder anvendelse af foreløbige retsmidler i andre tilfælde end de i artikel 19, stk. 1 nævnte med den modifikation, at også brug af garantien til et kriminelt formål berettiger til brug af foreløbige retsmidler.

For så vidt angår reglen om nedlæggelse af forbud som følge af et åbenbart uberettiget træk på garantien må det antages, at der i det væsentlige er overensstemmelse med retsstillingen i dansk ret. Da der som nævnt har været en noget forskellig retstilstand i forskellige toneangivende lande, må det givetvis anses for et fremskridt, hvis konventionen får en udbredt anvendelse. Noget andet er, at der givetvis vil kunne opstå nuancer ved regelanvendelsen under hensyn til de forskellige traditioner.

Som det fremgår, kan forbud mod udbetaling ikke alene nedlægges, hvis beneficianten har gjort et krav gældende mod garantien, men også hvis et træk må forventes foretaget. Sidstnævnte løser umiddelbart det imaginære problem, der kunne være i at forbyde handlinger, som det måske ikke vides, om beneficianten ville foretage. Men samtidig giver det en vis reel mulighed for at sikre mod, at trækket foretages, uden at ordregiveren/principalen er underrettet om det. Ganske vist foreskriver “Uniform Rules for Demand Guarantees” artikel 17, at der skal gives underretning, men en tilsvarende regel er ikke optaget i konventionen og antages ej heller at gælde som almindelig deklatorisk regel, omend det muligvis er tilfældet i dansk ret.¹⁴⁾

9. Lovvalg

Parterne har mulighed for at aftale hvilket lands retssystem, der skal anvendes på garantien. Lovvalget kan fremgå direkte af garantien eller på anden måde være aftalt mellem garanten/udstederen og beneficianten, jf. konventionens

¹⁴⁾ Jf. herved *Bertrams*: Bank Guarantees in International Trade s. 359 og *Godsk Pedersen*: Bankgarantier s. 68 og 72.

artikel 21. I mangel af lovvalg anvendes reglerne i det land, hvor garanten/udstederen har det forretningssted, der udstedte garantien, jf. artikel 22.

For re-garantier/kontragarantier gælder det tilsvarende, at lovvalget i mangel af aftale falder på reglerne i udstederens land.¹⁵⁾ Lovvalgsreglerne i konventionen svarer derfor til lovvalgsreglerne i "Uniform Rules for Demand Guarantees" artikel 27. Lovvalget er i øvrigt også i overensstemmelse med princippet om, at kontrakten i mangel af aftale er undergivet loven i det land, hvor den, der skal præstere den for kontrakten karakteristiske ydelse, har sit forretningssted, idet garantens ydelse anses for at være den karakteristiske ydelse. At konventionens lovvalgsregel træder i stedet for EU kontraktkonventionens efter en eventuel tiltrædelse har derfor kun begrænset betydning. Samtidig er reglen udtryk for, at det fortsat må antages, at uafhængige garantier har selvstændigt lovvalg.¹⁶⁾

¹⁵⁾ Det må følge af, at udtrykkene "Undertaking" og "Guarantor/issuer", der anvendes i artiklerne 21 og 22, ifølge definitionerne i artikel 6 også omfatter henholdsvis "counter-guarantee" samt "confirmation of an undertaking" og "counter-guarantor" samt "confirmer".

¹⁶⁾ Jf. herved *Werlauff*: U 1995B.479 f.

Immaterielretlig beskyttelse af databaser

af
Thomas Riis

Den immaterielretlige beskyttelse af databaser er en problematik der efterhånden er ganske grundigt behandlet i litteraturen, men alligevel synes der stadig at være mange åbne spørgsmål knyttet til dette emne. Med den længe ventede vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/9/EF af 11. marts 1996 om retlig beskyttelse af databaser¹⁾ foreligger et nyt vigtigt bidrag til fastlæggelse af omfanget og indholdet af den retlige beskyttelse af databaser²⁾.

Når databasedirektivet omtaler databaser skal der herved forstås "en samling af værker, data eller andet selvstændigt materiale, der er struktureret systematisk eller metodisk og kan konsulteres individuelt ved brug af elektronisk udstyr"³⁾. Strengt taget kunne man argumentere for at databaser ikke behøvede at være elektroniske skønt databaser i almindelighed vel opfattes som ikke blot værende elektroniske, men tillige digitale⁴⁾.

¹⁾ EFT 1996 L 77/20.

²⁾ Det første initiativ til fællesskabsforanstaltninger vedrørende retlig beskyttelse af databaser blev taget med Kommissionens "Grønbogen om ophavsret og den teknologiske udfordring - ophavsretlige problemer, der nødvendiggør øjeblikkelig handling", KOM(88) 172 endelig udg., d. 21.2.1989, hvor problematikken var tildelt et selvstændigt kapitel. I "Opfølgning af Grønbogen", KOM(90) 584 endelig udg., d. 5.2.1991, oplyste Kommissionen at den ville fremsætte forslag til direktiv om harmonisering af den juridiske beskyttelse af databaser. Forslag til Rådets direktiv om retlig beskyttelse af databaser, KOM(92) 24 endelig udg. - SYN 393, d. 24.5.1992 (EFT 1992 C 156/4), blev fulgt af ændringsforslaget KOM(93) 464 endelig udg. - SYN 393, d. 4.10.1993 (EFT 1993 C 308/1), og inden den endelige vedtagelse fastlagde Rådet den 10. juli 1995 Fælles holdning (EF) Nr. 20/95 (EFT 1995 C 288/14).

³⁾ Jf. art. 1, stk. 2.

⁴⁾ Betegnelserne "database" og "databank" anvendes angiveligt synonymt, men sidstnævnte betegnelse lader dog til efterhånden at være ved at gå ud af dagligsproget, jf. KOM(90)584, Bruxelles, d. 5.2.1991, "Opfølgning af Grønbogen", s.19. En database må først og fremmest forudsætte at der foreligger en vis mængde data - det vil sige information af en eller anden *art* i en eller anden *form*. Derudover må det kræves at en

1. Beskyttelse af databaser i dansk ret

Det er ikke alvorligt betvivlet at databaser kan være ophavsretligt beskyttet selvom det ikke er en værkskategori der er nævnt i de internationale konventioner på ophavsrettens område⁵⁾. TRIPs-aftalen fra 1994 nævner imidlertid databaser som ophavsretlig beskyttelsesobjekt⁶⁾. I bemærkningerne til § 1 i den seneste ophavsretslov hedder det endvidere at:

“Værker i digital form, herunder også samlinger af ubeskyttede data, kan således også være omfattet af beskyttelsen efter stk. 1, under forudsætning af, at frembringelsen har karakter af et værk, dvs. at frembringelsen er resultatet af en egen selvstændig skabende intellektuel indsats fra ophavsmandens side.”

Indplaceringen af databaser i den ophavsretlige systematik fører til at en database må betragtes som en sammenstilling. Sammenstillinger kan i dansk ret nyde beskyttelse efter hovedreglen i ohl. I eller efter samleværksreglen i ohl. § 5. De almindelige betingelser for at opnå ophavsretsbeskyttelse skal imidlertid være opfyldt, og heraf vil det som regel være kravet om en individuel skabende indsats der kan være den største barriere. I nordisk

bruger af denne datamængde er i stand til at manøvrere rundt i datamængden på en systematisk måde der sikrer en afdækning af datamængdens indhold. Noget tilsvarende beskriver *Bryde Andersen* en database som “en organiseret datamængde, der er opbygget således, at data kan fremkaldes på en måde, der bestemmes af brugeren” (*Bryde Andersen* (1991), s.185. Se også *Bryde Andersen* (1989), s. 136 f, og *Stensaasen* (1987), s. 20 ff). Til sammenligning vælger *Blume* (1996), s. 18, at anskue databaser som elektroniske informationssystemer.

- ⁵⁾ WIPO har offentliggjort et “Basic proposal for the substantive provisions of the treaty on certain questions concerning the protection of literary and artistic works” (August 30, 1996) som har karakter af et foreslået supplement til Bernerkonventionen. Forslagets art. 5 har overskriften “Collection of Data (Databases)” og fastslår at sådanne værker er en del af ophavsrettens saglige område. I kommentarene til denne artikel fremhæves det at bestemmelsen ikke adskiller sig fra hvad der allerede følger af Bernerkonventionen.
- ⁶⁾ Jf. Aftalens art. 10, stk. 2: “Compilations of data or other material, whether in machine readable or other form, which by reason of selection or arrangement of their contents constitute intellectual creations shall be protected as such”.

ophavsret er denne beskyttelsesforudsætning i hvert fald tidligere almindeligvis blevet betegnet som et krav om værkshøjde, mens man i international ophavsret nok snarere vil tale om et originalitetskrav. Hvis beskyttelsesforudsætningen under § 1 og § 5 ikke er opfyldt, kan den ophavsretsbeslægtet beskyttelse i henhold til ohl. § 71 komme på tale.

Det er vigtigt at holde sig for øje at databasebeskyttelse efter ophavsretsloven vedrører databasens struktur - beskyttelsen omfatter ikke databasens indhold. Det udelukker naturligvis ikke at databasens indhold kan være selvstændigt ophavsretligt beskyttet såfremt kravene til ophavsretsbeskyttelse er opfyldt - og det vil de f.eks. være hvis databasens indhold er en artikelsamling.

Databaseproducenten vil endvidere kunne opnå beskyttelse uden for ophavsretslovens område - navnlig efter generalklausulen i markedsføringslovens § 1 der giver en vis beskyttelse mod produkt efterligninger.

1.1. Ophavsretsbeskyttelse

Ifølge ohl. § 5 har den som ved at sammenstille værker eller dele af værker frembringer et litterært eller kunstnerisk samleværk, ophavsret til dette. Forudsætningen for beskyttelse efter § 5 er at værket skal være resultatet af en individuel skabende indsats. Den skabende indsats ved frembringelsen af samleværker skal være knyttet til *udvælgelsen* og *sammenstillingen*⁷⁾. Som det fremgår af ordlyden, kræver beskyttelse ifølge § 5 endvidere at sammenstillingen vedrører ophavsretligt beskyttede værker eller dele heraf. Det har ingen betydning om beskyttelsesperioden for de enkelte værker skulle være udløbet. Såfremt sammenstillingen omfatter rene oplysninger, kan den ikke beskyttes som samleværk i henhold til § 5, men eventuelt efter hovedreglen i § 1.

Sagen refereret i *UfR. 1980.689 Ø* drejede sig om en "naturlommekalender" som forlaget Rhodos udgav. Der var tale om en kombineret lommebog/kalender som havde til formål at give en: "levende beskrivelse af årets gang i naturen, tillige med en lommekalenders praktiske oplysninger". Naturkalenderen indeholdt nogle naturvidenskabelige artikler samt for hver enkelt dag kortfattede oplysninger om en naturbegivenhed der finder sted omtrent på den pågældende dag⁸⁾. Under hensyn til at oplysningerne ved de

⁷⁾ Jf. den korresponderende regel i Bernerkonventionens art. 2, stk. 5: "Collections of literary or artistic works such as encyclopaedias and anthologies which, by reason of the selection and arrangement of their contents, constitute intellectual creations shall be protected as such".

⁸⁾ Eksempelvis: "3. januar: Mindsteafstanden 147.094.000 km mellem Solen og Jorden indtræffer. Kvækerfinker nordfra ses undertiden i store flokke." og "10. maj: Slåen

enkelte datoer ikke kunne fås samlet andetsteds, konkluderede landsretten at sammenstillingen af oplysningerne i naturlommekalenderen og selve idéen med anførsel af en naturbegivenhed for hver dag gør bogen til et litterært værk som nyder beskyttelse efter ophavsretslovens § 1. Derimod var naturlommekalenderen ikke ophavsretligt beskyttet som samleværk efter § 5 angiveligt fordi oplysningerne ud for de enkelte datoer ikke i sig selv kunne anses for litterære værker.

I en tidligere sag *UfR.1962.254. SH* skulle retten afgøre om "Vejviser for Maskinindustrien" udgjorde et værk i lovens forstand. Det var på forhånd udelukket at frembringelsen kunne være et samleværk da de sammenstillede oplysninger utvivlsomt ikke udgjorde litterære eller kunstneriske værker. Den pågældende vejviser indeholdt tekniske oplysninger for maskin-, skibs- og vejbygning i form af en række fortegnelser: varefortegnelse, adressefortegnelse, organisationsfortegnelse (institutioner og foreninger) og agenturfortegnelse. Retten konkluderede at der med vejviseren var: "skabt et værk, der med hensyn til udvælgelsen af stoffet og udformningen af teksten er så særpræget, at det er beskyttet efter loven om forfatterret og kunstnerret"⁹⁾.

I en sag fra den svenske højesteret, Högsta domstolen, med dom af 20. april 1995¹⁰⁾ skulle retten tage stilling til om en nummerbank var et værk i den svenske ophavsretslovs forstand. De ni medlemsvirksomheder i Sverige Elgrossisters Förening havde udarbejdet et system for sortiments- og artikelnumre. Denne nummerbank omfattede ca. 118.000 elartikler og blev benyttet af medlemmerne til bl.a. kataloger og i virksomhedernes administration (lagerstyring, prislister o.l.). En elgrossist som ikke var medlem af foreningen, anvendte dele af nummersystemet i egne kataloger¹¹⁾. Sagsøgeren, grossistforeningen, anslog at de totale omkostninger ved frembringelse af nummerbanken var på mindst 4 mio. SEK. Elgrossister som ikke var medlem af foreningen, kunne få tilladelse til at anvende nummerbanken mod et tilslutningsgebyr på 180.000 SEK samt et årsgebyr på 60.000 kr. Højesteret startede med at fastslå at nummerbanken var et resultat af bevidst skabende arbejde og konstaterede dernæst at nummerbanken var af en sådan karakter at det næsten måtte anses for udelukket at resultatet af en lignende arbejdsindsats

springer ud. Den grønbrogede tudses fløjtede trillen høres på stille aftener".

⁹⁾ Den tidligere ophavsretslov (før 1961).

¹⁰⁾ Refereret i *NIR.1995.341*.

¹¹⁾ Ifølge sagsøgte anvendte alle leverandører, grossister og kunder numrene fra grossistforeningens nummersystem, og sagsøgte mente at en lille eller mellemstor grossist var nødt til at anvende systemet for at overleve på markedet.

ville få samme form. På dette grundlag konkluderede retten at nummerbanken var udtryk for tilstrækkelig originalitet og selvstændighed til at den måtte anses for et værk i ophavsretslovens forstand. Tilsyneladende tillagde retten risikoen for dobbeltfrembringelser betydelig vægt¹²⁾.

Ophavsrettens originalitetskrav er et krav om en individuel skabende indsats, og dette gælder hvad enten ophavsret opnås efter § 1 eller § 5. Ved en negativ afgrænsning af originalitetskravet kan det anføres at en mere mekanisk præget sammenstillingsvirksomhed ikke vil opfylde kravet. Den individuelle skabende indsats skal være knyttet til udvælgelsen og sammenstillingen, og fremstilling af en database der indeholder alt materiale inden for et bestemt område - en udtømmende database - vil nok kun vanskeligt kunne udvise den fornødne originalitet da udvælgelsen af det i databasen indeholdte materiale vil være givet på forhånd og altså ikke stille fremstilleren over for valgmuligheder med hensyn til udvælgelsen¹³⁾. Jo fastere og mere ufravigelige retningslinier der ligger til grund for udvælgelsen, jo vanskeligere er det at opfylde kravet om originalitet¹⁴⁾.

1.2. § 71-beskyttelse

Ifølge ohl. § 71 beskyttes kataloger, tabeller og lignende arbejder der sammenstiller et større antal oplysninger. § 71 kaldes også for katalogreglen, og dens genstandsfelt omfatter bl.a. salgs- og udstillingskataloger, kunstkataloger, regnetabeller, telefonbøger, kommunalvejvisere, ordbøger, køreplaner, fartplaner, prislister, præmielister, kurslister, kalendere og bogfortegnelser¹⁵⁾. Katalogreglen giver en svagere beskyttelse end den egentlige ophavsret. For det første er beskyttelsen mere snæver eftersom der kun beskyttes mod eftergørelse, det vil sige fremstilling af eksemplarer. Frembringeren får således ikke eneret til at fremføre, vise eller sprede frembringelsen. Skønt beskyttelsen mod eftergørelse omfatter mere end blot slavisk kopiering, er beskyttelsen næppe så bred som den ophavsretlige eksemplar fremstillingsret¹⁶⁾. For det

¹²⁾ Se *Nordell*: "Dubbeltskapande i teori och praktik", NIR.1995.630-639, 636 f, der dog finder det uklart om risikoen for dobbeltfrembringelser blev tillagt afgørende vægt.

¹³⁾ Jf. *Bryde Andersen* (1991), s. 186.

¹⁴⁾ Jf. *Stensaasen* (1987), s. 229.

¹⁵⁾ Jf. *Schønning* (1995), s.534. Med særlig henblik på § 71-beskyttelse af databaser se i det hele *Stensaasen* (1989).

¹⁶⁾ Se *Madsen* (1993), s. 64, *Mikkelsen* (1976), s. 263 f og *Koktvedgaard* (1965), s. 129.

andet er beskyttelsesperioden betydelig kortere end den ophavsretlige beskyttelsesperiode.

Beskyttelsesforudsætningerne er langt lempeligere end de ophavsretlige beskyttelsesforudsætninger. Der stilles visse krav til § 71-beskyttelsen med hensyn til frembringelsens kvantitet - der skal være tale om sammenstilling af et større antal oplysninger¹⁷⁾ - og formentlig skal der tillige være forudsat en arbejdsindsats af et vis omfang¹⁸⁾. Formålet med § 71 er angiveligt at beskytte arbejdsindsatsen og investeringerne (arbejde og kapital) ved sammenstillingen af oplysninger¹⁹⁾, men beskyttelsesforudsætningen er blevet knyttet til de sammenstillede oplysningers kvantitet²⁰⁾.

Forskellen på beskyttelsesforudsætningerne i henholdsvis ohl. § 1 og § 71 blev tillige illustreret med sagen om den kommunale vejviser i *UfR. 1985.389 H. Sagsøgeren*, Mostrups Forlag, udarbejdede vejvisere til en række forskellige kommuner (ca. 160). Disse vejvisere blev finansieret ved hjælp af de annoncer der var optaget heri, og de udleveredes gratis til tilflytterne i de respektive kommuner. Et konkurrerende bogtrykkeri planlagde og påbegyndte udgivelsen af en tilsvarende vejviser for Galten kommune. Det centrale spørgsmål var om den oprindelige vejviser kunne opnå beskyttelse efter ophavsretsloven. Vejviseren med realregister indeholdt almindelige fremstillinger om kommunale forhold samt borgernes retsstilling. Derudover indeholdt vejviseren oplysninger om institutioner og personer i kommunen med adresser og telefonnumre. Højesteret konkluderede at realregistrets tekstafsnit som gav almindelige fremstillinger om kommunale forhold og borgernes retsstilling m.v., var beskyttet efter ohl. § 1. Realregistret som helhed blev anset for omfattet af katalogbeskyttelsen i den daværende ophavsretslovs § 49 (nu §

¹⁷⁾ I *UfR. 1983.981 Ø* udtalte retten om en planteprisliste på 8 sider i A-4 format at: "Retten finder ikke, at den ...frembragte prisliste er udtryk for et sådant selvstændigt åndsarbejde, at den kan anses for beskyttet ved ophavsretslovens § 1. Under hensyn til, at den sammenstiller et større antal oplysninger vedrørende de markedsførte planter, findes prislisten omfattet af lovens § 49" (nu § 71).

¹⁸⁾ *Lund* (1961), s. 272, fremhæver at der kræves en vis selvstændig indsats. Hvad der nærmere ligger i dette krav, synes uklart. Noget tilsvarende er hævdet af *Gunnar Karnell* i *NIR. 1972.248*, se *Mikkelsen* (1976), s. 261. For en anden opfattelse se *Stensaasen* (1989), s. 129 f.

¹⁹⁾ Jf. bl.a. *Mols* i *UfR. 1985 B.253*.

²⁰⁾ Jf. *Mikkelsen* (1976), 258.

71)²¹⁾. At realregistrets tekstafsnit blev anset for litterære værker er knap så overraskende og næppe særlig relevant for databaseproblematikken. Det mest interessante er at realregistret ud fra en helhedsvurdering ikke kunne anses for at opfylde kravene til beskyttelse efter § 1²²⁾, men realregistret måtte nøjes med den svagere katalogbeskyttelse i den daværende § 49²³⁾.

Beskyttelse efter § 71 er uafhængig af indholdets beskaffenhed²⁴⁾ - det vil sige at det spiller ingen rolle om de sammenstillede oplysninger isoleret bedømt udgør kunstneriske eller litterære værker, eller blot er ubeskyttede informationer. § 71-beskyttelsen er af konkurrenceretlig karakter og er endvidere særegen derved at den fremstår som en særlig nordisk rettighedskonstruktion.

Uanset om en database nyder ophavsretlig beskyttelse eller § 71-beskyttelse, står det klart at informationer indlæst i databasen ikke er omfattet af denne beskyttelse, En udtrykkelig bestemmelse herom er indeholdt i databasedirektivets art. 3, stk.2²⁵⁾.

En anden problemkreds vedrørende forholdet mellem databasen og dens indhold er i hvilket omfang fremstillingen af en database kan krænke rettigheder til det materiale der er tiltænkt indlagt i databasen. På det principielle plan er problemstillingen afklaret idet indlæsning i en database af ophavsretligt beskyttet materiale er en ophavsretlig relevant handling som derfor kræver rettighedshaverens tilladelse²⁶⁾. I konkrete sager kan der imidlertid opstå mange tvivlsspørgsmål desangående. Se f.eks. *UfR. 1987.882 H* hvor en række dagblade påstod at udgivelsen af "Online-avisen" krænkede ophavsretten til dagbladenes artikler. Online-avisen var en daglig oversigt over de vigtigste politiske, økonomiske, arbejdsmæssige og erhvervsmæssige nyheder fra de landsdækkende aviser, og Online-avisens indhold var sammendrag af dagbladenes nyheder i det væsentlige i form af korte referater af faktiske omstændigheder og kun i begrænset omfang egentlig citater.

²¹⁾ For Højesteret påstod sagsøgeren ikke at vejviserens resterende elementer (adresse- og telefonoplysninger om institutioner og personer i kommunen) skulle være beskyttet efter ohl.

²²⁾ Landsretten var kommet frem til det modsatte resultat.

²³⁾ Se også *Else Mols'* domskommentar i *UfR.1985 B.253*.

²⁴⁾ Jf. *Kokrvedgaard* (1996), s. 57, og *Blume* (1996), s. 54.

²⁵⁾ Se endvidere betragtningerne til direktivet nr. 45 og 46.

²⁶⁾ Jf. bet. nr. 1064/1986, s. 19 ff, og FT 1988-89 Tillæg A, sp. 3207.

Højesteret fandt ikke at Online-avisen krænkede ophavsretten til dagbladsartiklerne.

2. Beskyttelse i henhold til databasedirektivet

Den retlige beskyttelsen ifølge direktivet vedrører databaser *uanset deres form* (jf. art. 1, stk. 1). I direktivets definition af en database i art. 1, stk. 2, kræves det at de omhandlede data “kan konsulteres ...ved brug af elektronisk udstyr eller på *anden måde*”. Sammenholdt med bestemmelsen i stk. 1 og nr. 14 i direktivets betragtninger²⁷⁾ må det føre til at direktivet også omfatter databaser i ikke-elektronisk form - f.eks. databaser i papirform.

Fra direktivforslagets fremlæggelse til dets vedtagelse er der sket et betydeligt spring i den teknologiske udvikling, og hvad der vel oprindeligt blev anset for et direktiv til beskyttelse af informationsdatabaser, kan vise sig at få tilsvarende stor betydning ved beskyttelse af multimedieprodukter. Multimedieprodukter vil ikke være omfattet af direktivet hvis det enkelte produkt som helhed anses som et værk, men kun hvis produktet kan anses for en samling (kompilation) af værker, data eller andet materiale²⁸⁾. *Kaye* påpeger at en side på internettets World Wide Web kan udgøre en database i direktivets forstand da en sådan side kan indeholde litterære værker (f.eks. artikler), grafiske frembringelser herunder billedkunst (fotografier, diagrammer og andre illustrationer), lyde, videosekvenser og computerprogrammer.

Beskyttelsen af databaser efter direktivet er to-strengt: beskyttelsen kan tage form af egentlig ophavsretsbeskyttelse, og beskyttelse kan endvidere opnås i kraft af en særlig sui generis-ret. Den ophavsretlige beskyttelse tager sigte på databasens struktur, mens sui generis-retten tager sigte på en vis beskyttelse af databasens indhold for herigennem at sikre de investeringer der er foretaget i databasen²⁹⁾.

2.1. Ophavsret

Forudsætningen for ophavsretsbeskyttelse i henhold til direktivet er at den pågældende database “...på grund af udvælgelsen eller struktureringen³⁰⁾ af

²⁷⁾ Nr. 14 i direktivets betragtninger: “den beskyttelse, dette direktiv giver, bør udvides til også at omfatte ikke-elektroniske databaser”.

²⁸⁾ Jf. art. 1, stk. 2, og betragtningerne nr. 13 og 17. Se også *Kaye* (1995), s. 583 f.

²⁹⁾ Jf. betragtningerne nr. 15, 39 og 40.

³⁰⁾ Der er næppe en grundlæggende forskel på “strukturering” og “sammenstilling” af en databases indhold.

indholdet udgør ophavsmandens egen intellektuelle frembringelse”, (jf. art. 3, stk. 1). Det præciseres umiddelbart herefter at der ikke skal gælde andre kriterier for beskyttelse af databaser. Af betragtningerne til direktivet (nr. 16) fremgår det endvidere at beskyttelsesforudsætningerne ikke må være knyttet til en vurdering af databasens kvalitet eller dens æstetiske værdi. En tilsvarende beskrivelse og afgrænsning af det ophavsretlige originalitetskrav er medtaget i Rådets direktiv af 14. maj 1991 om retlig beskyttelse af edb-programmer³¹⁾. Betydningen af dette harmoniserede EF-originalitetskrav er endnu uklar. Formentlig er det tiltænkt som et blødt kompromis mellem det lempelige britiske originalitetskrav og det strenge tyske originalitetskrav. Formulering af originalitetskravet i direktiverne henviser til de forholdsvis strenge originalitetskrav i de kontinentaleuropæiske ophavsretslovgivninger, men tilføjelsen om at originalitet ikke må knyttes til en vurdering af frembringelsens kvalitet eller æstetiske værdi, medfører at i hvert fald det strenge originalitetskrav som er udviklet i tysk praksis, ikke kan opretholdes. Om det kommer til at påvirke originalitetskravet i dansk ophavsret, er endnu for tidligt at sige. Der vil herske betydelig usikkerhed om kravets betydning indtil det afklares enten ved praksis fra nationale domstole eller endeligt ved EF-Domstolens fortolkning af direktiverne. Som en mindstegrænse for det EF-ophavsretlige originalitetskrav for databaser er det anført i betragtningerne til direktivet nr. 19 at “normalt falder kompilation af flere optagelser af musikudførelse på en CD ikke ind under dette direktivs anvendelsesområde, ...fordi en kompilation ikke opfylder betingelserne for at blive ophavsretligt beskyttet”.

Direktivet knytter originalitetskravet til *udvælgelsen og struktureringen* af databasens indhold. For så vidt angår struktureringen (eller sammenstillingen) af indholdet er det svært at foretage en direkte sammenligning med databaser i papirform. Dette aspekt af originalitetskravet i forbindelse med elektroniske databaser vedrører ikke den fysiske lagring af databasens indhold³²⁾, men snarere de muligheder som brugeren har for at få adgang til databasens indhold - det vil primært sige databasens søgeværktøjer. Det er således helt åbenlyst at f.eks. en dårlig udnyttelse af kapaciteten på lagringsmediet ikke påvirker originalitetsvurderingen.

³¹⁾ (91/250/EØF), EFT 1991 L 122/42.

³²⁾ Jf. betragtningerne nr. 21.

2.2. Sui generis-ret

Sui generis-retten er selvsagt ikke en egentlig ophavsret, men den kan anses for en ophavsretsbeslægtet rettighed³³⁾. Beskyttelse efter sui generis-retten er betinget af at "indsamling, kontrol eller præsentation af en databases indhold... er udtryk for en væsentlig investering" (jf. art. 7, stk. 1). Også i relation til sui generis-retten fremhæves optagelser af musikudførelser på en CD som en slags mindstegrænse for kravet til beskyttelse idet en sådan kompilation ifølge betragtningerne nr. 19 "ikke repræsenterer en investering, der er tilstrækkelig væsentlig til at være omfattet af sui generis-retten".

Principielt skal fremstilleren af databasen næppe have foretaget disse investeringer - blot databasen repræsenterer væsentlig investeringer - det vil sige at såfremt databasen skulle fremstilles på bedømmelsestidspunktet, ville det kræve væsentlige investeringer til indsamling, kontrol eller præsentation af basens indhold. Hvis f.eks. en database er fremstillet på et tidspunkt hvor indsamling af databasens indhold ikke krævede væsentlig investeringer, men de faktiske forhold i omverden ændrer sig efterfølgende hvorved adgangen til dette materiale begrænses således at indsamling af det tilsvarende materiale herefter forudsætter væsentlige investeringer, må det antages at databasen opnår beskyttelse efter sui generis-retten - selvom fremstilleren rent faktisk ikke har foretaget væsentlig investeringer.

Det indskydes i art. 7, stk. 1, at vurderingen af om indsamling, kontrol eller præsentation er udtryk for en væsentlig investering skal anskues fra et kvalitativt og kvantitativt synspunkt. Indskydelsen forekommer i bedste fald overflødig, men tjener dog til at pointere at omfanget af databasens indhold *ikke* er en afgørende beskyttelsesforudsætning i relation til sui generis-retten. Omfanget af databasens indhold er derimod en afgørende beskyttelsesforudsætning i forbindelse med katalogreglen i ohl. § 71. Sui generis-rettens beskyttelsesforudsætning er udelukkende knyttet til investeringer i indsamling, kontrol eller præsentation af databasens indhold - uanset om disse investeringer består i anvendelse af økonomiske ressourcer eller brug af tid, indsats og energi³⁴⁾

³³⁾ I WIPOs "Basic proposal for the substantive provisions of the treaty on intellectual property in respect of databases" (August 30, 1996) foreslås en tilsvarende ret til beskyttelse af databasefremstillere.

³⁴⁾ Jf. betragtningerne nr. 40.

Præsentation af en databases indhold er udtryk for en væsentlig investering hvis f.eks. digitalisering af en database der foreligger i papir-form, kræver en væsentlig investering³⁵⁾. Såfremt investeringer ved digitaliseringen af en database er det eneste forhold som betinger retlig beskyttelse af databasen, vil fremstilleren stå i den situation at den digitaliserede database er beskyttet af sui generis-retten, mens den samme database i papir-form er ubeskyttet.

2.3. Ophavsrettens indhold

Det er forudsat i direktivets art. 5 at det er databasens *udtryk* som er ophavsretligt beskyttet, og modsætningsvis ikke databasens idé. Det er i overensstemmelse med et centralt ophavsretligt princip om at ophavsretten kun beskytter værkets udtryk - dets konkrete form - og ikke den bagved liggende idé. Når man i forbindelse med databaser taler om "værkets idé" - sammenholdt med det forhold at det som ophavsrettens beskytter, er databasens struktur - så skal herved forstås de til grund for databasen liggende struktureringssystemer eller struktureringsprincipper. Disse systemer, principper o.l. er altså ikke beskyttet. I praksis er dette et spørgsmål om hvor bred den ophavsretlige beskyttelse er. Det vil sige hvor nærgående en efterligning kan en konkurrerende databaseproducent fremstille, uden at krænke ophavsretten til den oprindelige database. Spørgsmålet er ikke søgt besvaret i direktivet og må derfor afgøres efter national ret.

De rettigheder som ophavsretten medfører, er angivet i direktivets art.5 og svarer til ophavsretsindehaverens beføjelser efter ophavsretsloven:

- Ret til *eksemplarfremstilling* (art. 5, litra a, ohl. § 2, stk. 1)
- Ret til *bearbejdelse* (art. 5, litra b og e, ohl. § 2, stk. 1)
- Ret til *spredning* af eksemplarer (art. 5, litra c, ohl. § 2, stk. 1 smh.m. stk. 3, nr. 1)
- Ret til *offentlig visning og fremførelse* (art. 5, litra d, ohl. § 2, stk. 1 smh.m. stk. 3, nr. 2-3)

Den faktiske og retlige karakter af værksudnyttelse via digitale netværk har været diskutere da en sådan udnyttelse ikke uden videre kan indplaceres blandt de traditionelle udnyttelseshandlinger³⁶⁾. Det fremgår af nr. 31 i direktivets

³⁵⁾ Jf. *Kaye* (1995), s. 585.

³⁶⁾ Se f.eks. *Bryde Andersen* (1995), Kommissionens "Grønbog om ophavsret og ophavsretsbeslægtede rettigheder i informationssamfundet", KOM(95) 382 endelig udg., 19.7.1995 og *Thomas Hoerens* kommentar hertil i [1995] 10 EIPR 511-514.

betragtninger at “ophavsretlig beskyttelse af databaser omfatter ligeledes, at databaser stilles til rådighed i en anden form end ved spredning af eksemplarer”. Der er givetvis ingen tvivl om at online-transmission er en ophavsretlig relevant handling³⁷⁾ - også efter dansk ret - hvorvidt online-transmission skal anses for visning, fremførelse eller spredning kan stadig diskuteres og bliver ikke afklaret med direktivet³⁸⁾.

Direktivets implementering dansk ret giver næppe anledning til ændringer i ophavsretslovens for så vidt angår ophavsrettens indhold.

2.4. Sui generis-rettens indhold

Indehaveren af sui generis-retten kan “forbyde udtræk og/eller genanvendelse af hele basens indhold eller en væsentlig del deraf, vurderet kvalitativt eller kvantitativt” (art. 7, stk. 1)³⁹⁾.

Ved “udtræk” forstås ifølge direktivet “permanent eller midlertidig overførsel af hele en databases indhold eller en væsentlig del deraf til et andet medium på en hvilken som helst måde eller i en hvilken som helst form” (j.f. art. 7, stk. 2, litra a). Der er tale om udtræk i direktivets forstand når visualisering på en dataskærm af databasens indhold nødvendiggør permanent eller midlertidig overførsel af hele dette indhold eller en væsentlig del deraf til et andet medium⁴⁰⁾. Dette må antages at ske ved den almindelig brug af en digital database da fremkaldelse af et skærbillede ved brug af en database sædvanligvis forudsætter en vis overførsel af databasens indhold til computerens hukommelse (RAM)⁴¹⁾.

Ved “genanvendelse” forstås enhver form for tilgængeliggørelse for almenheden af hele databasens indhold eller en væsentlig del deraf ved spredning af eksemplarer, udlejning, online-transmission eller på anden måde” (j.f. art. 7, stk. 2, litra b). De handlinger som er omfattet af “genanvendelse”, vil typisk følge efter “udtræk” af databasens indhold.

³⁷⁾ Se også betragtningerne nr. 33.

³⁸⁾ Online-transmission er udtrykkeligt nævnt som en beskyttet handling i relation til sui generis-retten.

³⁹⁾ Offentligt udlån er udtrykkeligt undtaget denne ret, j.f. art. 7, stk. 2.

⁴⁰⁾ Jf. betragtningerne nr. 44.

⁴¹⁾ Der kan endvidere argumenteres for at selve projektionen af skærbilledet udgør en overførsel af en del af databasens indhold.

Databasefremstillersens beføjelser i henhold til art. 7 tager dels sigte på at beskytte databasefremstilleren mod at *konkurrenter* tilegner sig hele eller en væsentlig del af basens indhold og udbyder tilsvarende databaseydelser til brugerne. Dels tager sui generis-retten sigte på at hindre almindelig brug af databasen uden tilladelse fra databasefremstilleren samt andre handlinger som skader databasefremstillersens legitime interesser urimeligt, og dels på en *bruger* som har tilladelse fra databasefremstilleren, men som overskrider sine legitime rettigheder, og som ved sine handlinger skader investeringen væsentligt i kvalitativ eller kvantitativ henseende⁴²⁾.

Udtræk og genanvendelse af uvæsentlige dele af databasens indhold er ikke omfattet af sui generis-retten. Direktivet konkretiserer ikke hvad der udgør en væsentlig del af databasens indhold, og hvad der udgør en uvæsentlig del, men fastslår blot at væsentlighedsvurderingen skal foretages såvel kvantitativt som kvalitativt.

Ifølge art. 7, stk. 5, er det ikke tilladt at foretage gentagne og systematiske udtræk og/eller genanvendelser af *uvæsentlige* dele af databasens indhold der kan sidestilles med handlinger som strider mod en normal udnyttelse af basen, eller som skader databasefremstillersens legitime interesser urimeligt. Sui generis-retten kan således krænkес selvom udtræk og/eller genanvendelse kun vedrører en uvæsentlig del af databasens indhold. Dette medvirker til at give sui generis-retten en konkurrenceretlig karakter⁴³⁾. Beskyttelse efter sui generis-retten ligner en generel norm til beskyttelse mod illoyal konkurrence (begrænset til databaser vel at mærke) - indholdsmæssigt beslægtet med mfl. § 1. Med dette for øje trænger sui generis-rettens formål - beskyttelse af databasefremstillersens investeringer - sig kraftigt på ved fortolkning af de noget komplicerede bestemmelser i art. 7 og art. 8.

Ved gentagne gange at udtrække og gemme uvæsentlige dele af databasens indhold kan den akkumulerede effekt heraf være at brugeren tilegner sig en væsentlig del af basens indhold, og dette kan substituere databasen og herved udhule markedet for den oprindelige databaseydelse. I en sådan situation er det åbenbart at databasefremstillersens investeringer ikke sikres.

Sui generis-rettens indhold er tæt knyttet til hvad der udgør en kvalitativ eller kvantitativ væsentlig del af databasens indhold, og denne bedømmelsen må baseres på handlingernes økonomiske effekt for databasefremstilleren. Ved gentagne handlinger må der ses på den akkumulerede effekt. En tilsvarende vurdering af handlingernes økonomiske effekt må formentlig lægges til grund i forbindelse med bestemmelsen i art. 8, stk. 2, om at den der har ret til at

⁴²⁾ Jf. betragtningerne nr. 42.

⁴³⁾ Se også art. 8, stk. 2.

benytte en database, ikke må foretage handlinger der strider mod en normal udnyttelse af basen, eller som skader databasefremstillers legitime interesser urimeligt.

3. Indskrænkninger i beskyttelsen

Ophavsrettens samfundsmæssige afbalancering mellem på den ene side hensynet til rettighedshaverens markedsmæssige beskyttelse og på den anden side hensynet til offentlighedens adgang til de ophavsretligt beskyttede værker indebærer forskellige begrænsninger i rettighedshaverens eneret.

Undtagelser fra de ophavsretlige enerettigheder skal ifølge databasedirektivet på den ene side sikre at den retmæssige bruger af en database kan udnytte databasen på normal vis, og på den anden side tillige sikre at der ikke gøres urimeligt indgreb i rettighedshaverens legitime interesser. Disse to retlige standarder er indeholdt i henholdsvis direktivets art. 6, stk. 1, og art. 6, stk. 3. Ifølge art. 6, stk. 1, kan den retmæssige bruger⁴⁴⁾ uden tilladelse fra ophavsmanden "udføre enhver handling, der er nævnt i art. 5, når den er nødvendig for, at brugeren kan få adgang til databasens indhold og gøre normal brug af dette". Bestemmelsen medfører i praksis at når brugeren af en databasen en gang har opnået ret til at benytte basen, enten ved en tilladelse fra ophavsmanden eller i kraft af en undtagelse i ophavsretslovgivningen, kræves ikke yderligere tilladelse fra ophavsmanden. Det fastslås endvidere at art. 6, stk. 1, ikke kan fraviges ved aftale (jf. art. 15). Tilsvarende bestemmelser gælder for sui generis-retten (se art. 8 og art. 15).

En lignende bestemmelse var medtaget i art. 5, stk. 1, i direktivet om retlig beskyttelse af edb-programmer⁴⁵⁾, bestemmelsens ordlyd blev i vid udstrækning anvendt ved direktivets implementering i dansk ret (nu indeholdt i ohl. § 36, stk. 1). Når der er et behov for at præcisere dette for så vidt ganske naturlige forhold, skyldes det uklarhed med hensyn til karakteristikken af de udnyttelseshandlinger der er knyttet til henholdsvis edb-programmets og databasens brug. F.eks. kan man stille spørgsmålet om en uspecificeret tilladelse til at benytte en database vil omfatte den eksemplarfremstilling der i realiteten sker ved indlæsning i computerens hukommelse af dele af en digitaliseret database? Med de pågældende bestemmelser vil den retlige bedømmelse ikke kredse om teknisk prægede vurderingen af hvilke aktiviteter der udgør en ophavsretlig relevant handling, men snarere om det praktisk orienterede spørgsmål om hvad der kan anses for databasens normale brug.

⁴⁴⁾ Direktivet anvender formuleringen "den, der har ret til at bruge en database".

⁴⁵⁾ (91/250/EØF), EFT 1991 L 122/42.

Det modsatrettede hensyn til rettighedshaveren skal sikre mod at indskrænkningerne i ophavsretten gør urimeligt indgreb i rettighedshaverens legitime interesser eller strider mod den normale udnyttelse af databasen. Denne brede standard knyttes i art. 6, stk. 3, til Bernerkonventionens bestemmelser. Henvisningen til Bernerkonventionen er i udgangspunktet overflødig da alle medlemsstaterne er med i Bernerunionen og dermed forpligtet af konventionens minimumsregler. Som fortolkningsbidrag kan henvisningen til Bernerkonventionen dog muligvis få betydning i forskellige relationer.

Endvidere giver direktivets art. 6, stk. 2, medlemsstaterne mulighed for at fastsætte forskellige konkrete begrænsninger i de ophavsretlige enerettigheder. Medlemsstaterne har mulighed for at fastsætte tilsvarende undtagelser fra sui generis-retten (jf. art. 9)⁴⁶⁾. Udover de eksplicit nævnte undtagelser hedder det at medlemsstaterne kan fastsætte begrænsninger i de ophavsretlige enerettigheder når der er tale om undtagelser som traditionelt anerkendes i medlemsstaternes lovgivning. I dansk ophavsret er der en række indskrænkninger i den ophavsretlige beskyttelse. De indskrænkninger der er af størst betydning for beskyttelsen af databaser, er måske nok eksemplarfremstilling til privat brug samt citat. Databaser er endvidere omfattet af bestemmelserne i ohl. §§ 13 og 14 om eksemplarfremstilling inden for undervisningsvirksomhed og eksemplarfremstilling inden for erhvervsvirksomhed. Sådan eksemplarfremstilling er reguleret af aftalelicens (se ohl. § 50). Det kan ikke siges med sikkerhed om disse bestemmelser får betydning for rettighedshavere til databaser, men det er tvivlsomt da det med henblik på basens økonomiske udnyttelse vil være nærliggende at holde databaser uden for den aftale som er forbundet med aftalelicensen.

3.1. Eksemplarfremstilling til privat brug

Eksemplarfremstilling til privat brug af ikke-elektroniske databaser er en af de udtrykkelig nævnte undtagelser i direktivet (jf. art. 6, stk. 2, litra a). I ophavsretsloven findes en korresponderende regel i § 12 som i udgangspunktet fastslår at "af et offentliggjort værk må enhver fremstille eller lade fremstille enkelte eksemplarer til sin private brug". I stk. 2, nr. 4, er det imidlertid tilføjet at der ikke må fremstilles eksemplarer i digital form af andre værker når eksemplarfremstillingen sker på grundlag af en gengivelse af værket i digital form. Adgangen til privat eksemplarfremstilling er noget bredere efter den danske regel. For det første fordi den eneste type ophavsretligt beskyttede databaser som ikke må gøres til genstand for privat eksemplarfremstilling, er databaser i digital form - mens direktivet må forstås således at de eneste

⁴⁶⁾ Se også betragtningerne nr. 52.

databaser hvoraf der ikke må fremstilles eksemplarer til privat brug, er elektroniske databaser, og "elektroniske databaser" må omfatte mere end "databaser i digital form"⁴⁷⁾ - denne forskel spiller dog nok ikke den store praktiske betydning. For det andet fordi efter ophavsretsloven skal ikke blot den database der kopieres, være i digital form, også den fremstillede kopi skal være i digital form før adgangen til eksemplar fremstilling til privat brug er udelukket⁴⁸⁾. For databasebrugerens betyder det at den pågældende ikke må downloade fra databasen uden rettighedshaverens tilladelse - derimod må han eller hun godt foretage papirudskrifter fra basen⁴⁹⁾. Til sammenligning opstiller direktivet ingen krav til kopiens karakter som betingelse for at udelukke eksemplar fremstilling til privat brug.

Det særlige behov for at begrænse mulighederne for privatkopiering af værker i digital form er i bemærkningerne til ophavsretsloven (s. 20) begrundet med "at den digitale teknologi indebærer nye tekniske muligheder for fiksering, transmission, videregivelse, reproduktion og præsentation af tekst, billeder og lyd... uden kvalitetsstab af alt beskyttet materiale, som foreligger i digital form". På denne baggrund anses værker i digital form for særligt følsomme over for privatkopiering - således at blot en snæver adgang til privatkopiering frygtes i betydeligt omfang at ville skade rettighedshaverens muligheder for økonomisk udnyttelse af sit værk.

3.2. Citat

Det fremgår af direktivets betragtninger nr. 37 at Bernerkonventionens art. 10, stk. 1, ikke berøres af direktivet. Den pågældende artikel i Bernerkonventionen fastslår at det skal være tilladt at citere fra et beskyttet værk som er offentliggjort forudsat at det er i overensstemmelse med god skik ("fair practice"), og at citatets omfang ikke er større end formålet betinger. Ohl § 22 fastslår adgangen til at citere fra ophavsretligt beskyttede værker med en ordlyd som er stort set identisk med Bernerkonventionens art. 10, stk. 1. I bedømmelsen af hvad der er et lovligt citat, er det utvivlsomt ikke tilstrækkeligt at foretage en kvantitativ vurdering - der må tillige inddrages kvalitative aspekter. Endvidere kan et citat der er lovligt i en sammenhæng, formentlig være ulovligt i en anden sammenhæng - afhængig af hvad der er formålet med

⁴⁷⁾ Jf. *Blume* (1996), s. 58.

⁴⁸⁾ Se eksemplerne på henholdsvis lovlig og ulovlig privatkopiering i henhold til ohl. § 12 hos *Schønning* (1995), s. 215 f.

⁴⁹⁾ Jf. *Blume* (1996), s. 51.

citater. Det må således antages at til brug for anmeldelser vil der være en forholdsvis bred adgang til at citere sammenlignet med andre former for anvendelse af citater i kommercielle sammenhænge. Adgangen til at citere fra en database må vurderes under hensyn til at databaser normalt er udstyret med avancerede systemer til at søge det relevante stof med. Søgemuligheden er lang mere forfinet end f.eks. søgemuligheden ved ophavsretligt beskyttede leksikalske værker i papirform. Derfor må citatadgangen i relation til en digital database formodes at være snævrere end citatadgangen i relation til det samme værk i papirform. Det er vanskeligt at fremkomme med håndfaste konklusioner om adgangen til at citere fra en database, men under hensyn til mulighederne for en intensiv udnyttelse af databasens indhold - hovedsagelig i kraft af de effektive søgesystemer - bør der nok udvises en betydelig tilbageholdenhed⁵⁰⁾.

4.3. Konsumtion

Når et værkseksemplar er bragt i omsætning, mister rettighedshaveren muligheden for at gøre visse af sine rettigheder gældende for så vidt angår netop dette værkseksemplar. Man taler i den forbindelse om at der er indtrådt konsumtion af disse rettigheder.

Ifølge direktivets art. 5, litra c, 2. pkt., er rettighedshaverens ret til at udøve kontrol med videresalg inden for Fællesskabet af et eksemplar af en ophavsretsbeskyttet database udtømt første gang eksemplaret sælges i Fællesskabet af rettighedshaveren selv eller med dennes tilladelse. En identisk konsumtionsregel gælder for sui generis-retten (jf. art. 7, stk. 2, litra b, 2. pkt.). Det er således kun *retten til videresalg af værkseksemplarer* som konsumeres efter direktivet. Det anføres i betragtningerne nr. 33 at "spørgsmålet om konsumtion af retten til spredning foreligger ikke i forbindelse med online-databaser, som falder ind under tjenesteydelser"⁵¹⁾. Denne bemærkning skal ses i lyset af den sontring der er udviklet i EF-retten mellem værker i materialiseret form (varer) og værker i ikke-materialiseret form (tjenesteydelser), hvorefter spredningsretten til ophavsretligt beskyttede varer i vid udstrækning konsumeres, hvorimod konsumtion ikke vedrører ophavsretligt beskyttede tjenesteydelser⁵²⁾. Det EF-ophavsretlige konsumtionsprincip udelukker dog ikke at der kan ske konsumtion af rettigheder efter nationale regler.

⁵⁰⁾ Jf. bet. Nr. 1064/1986, s. 30 f, *Koktvedgaard* (1996), s. 155 f, *Schønning* (1995), s. 275 og *Blume* (1989), s. 46 f.

⁵¹⁾ Se også betragtningerne nr. 43 for så vidt angår sui generis-retten.

⁵²⁾ Denne sontring kan udledes af sag 62/79 "Coditel mod SA Ciné Vog Films", saml. 1980 s. 881. Se i det hele *Riis* (1996), 128 ff.

Direktivets konsumptionsregel berører ikke udlejnings- og udlånsrettigheder⁵³⁾ som er reguleret i Rådets direktiv 92/100/EØF af 19. november 1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret⁵⁴⁾. Ifølge udlejnings- og udlånsdirektivet *konsumeres udlejnings- og udlånsret ikke* (jf. art. 1, stk. 4).

Konsumtion af spredningsretten er i dansk ret reguleret i ohl. § 19. Ifølge denne bestemmelse må eksemplarer af et værk i udgangspunktet spredes videre uden ophavsmandens samtykke når værkseksemplaret er solgt eller på anden måde overdraget til andre. Undtaget fra konsumtion efter ohl. § 19 er imidlertid retten til udlejning samt retten til udlån af bl.a. edb-programmer i digitaliseret form. Dette gælder dog ikke når et eksemplar af et edb-program i digitaliseret form udgør en del af et litterært værk, og udlånes sammen med dette (jf. § 19, stk. 3). Udlejningsretten til en database konsumeres utvivlsomt ikke - det ville i givet fald også være i strid med udlejnings- og udlånsdirektivet. For så vidt angår retten til udlån af en database må det i henhold til ohl. § 19, stk. 3, antages at den konsumeres⁵⁵⁾.

Der er ingen bestemmelser i ophavsretsloven vedrørende konsumtion af § 71-retten da den blot indeholder en beskyttelse mod eftergørelse. Beskyttelsens funktion ligner den ophavsretlige eksemplar fremstillingsret, og en sådan ret konsumeres naturligvis ikke da retsbeskyttelsen i givet fald ville miste sit indhold.

4. Beskyttelsens varighed

Længden af den ophavsretlige beskyttelsestid er blevet harmoniseret ved Rådets direktiv 93/98/EØF af 29. oktober 1993 om harmonisering af beskyttelsestiden for ophavsret og visse beslægtede rettigheder⁵⁶⁾. Herefter gælder den ophavsretlige beskyttelse indtil 70 år efter ophavsmandens død (jf. ohl. § 63). Hvis en ophavsretlig beskyttet database er et fællesværk i ohl. § 6'

⁵³⁾ Jf. art. 2, samt betragtningerne nr. 24.

⁵⁴⁾ EFT 1992 L 346/61.

⁵⁵⁾ Jf. *Blume* (1996), s. 57. Det kan måske hævdes at dette er i strid med art. 1 stk. 4, smh.m. art. 1, stk. 1, i udlejnings- og udlånsdirektivet. I direktivet er udlånsretten begrænset til *offentlig udlån*, og direktivet indeholder så mange undtagelser fra denne ret at det i realiteten næppe forpligter medlemsstaterne til at indføre en sådan ret (se *Riis* (1996), s. 168), og udlånsretten i den nye danske ophavsretslov er da også ganske begrænset, se bemærkningerne til loven, s. 42.

⁵⁶⁾ EFT 1993 L 290/9.

forstand - således at to eller flere ophavsmænd har ophavsret til værket i fællesskab - varer ophavsretten indtil 70 år er forløbet efter den længstlevendes dødsår.

Sui generis-retten opstår på det tidspunkt hvor databasen er fremstillet, og den varer i 15 år herefter. Hvis databasen gøres tilgængelig for almenheden på en senere dato (dog inden 15 år fra fremstillingen), løber de 15 år først fra denne dato (jf. art. 10, stk. 1-2)⁵⁷⁾.

§ 71-beskyttelsen ophører 10 år efter udgangen af det år da arbejdet blev offentliggjort⁵⁸⁾ - dog senest 15 år efter udgangen af det år da arbejdet blev fremstillet. Det vil sige at § 71-beskyttelsen i realiteten giver mulighed for maksimalt 10 års kommerciel udnyttelse af det beskyttede arbejde⁵⁹⁾.

Disse bestemmelser giver sjældent anledning til de store problemer. Problemerne opstår imidlertid ved opdatering eller ajourføring af databasen eftersom det kan hævdes at sådanne aktiviteter skaber en ny database og dermed en ny beskyttelsesperiode. Dette argument for at der skal gælde en ny beskyttelsesperiode, står stærkere jo flere opdateringen af databasen der er foretaget.

For så vidt angår ophavsret hed det i Kommissionens ændringsforslag til databasedirektivet⁶⁰⁾ at "En væsentlig ændring i udvælgelsen eller sammenstillingen af indholdet i en database indebærer, at der frembringes en ny database" og "i denne artikel forstås ved "væsentlig ændring": tilføjelser, sletninger eller modifikationer, der indebærer så omfattende ændringer i udvælgelsen eller sammenstillingen af indholdet i en database, at der er tale om en ny version af den pågældende database"⁶¹⁾. Bestemmelsen er ikke medtaget i det endelige direktiv, og spørgsmålet om hvornår der er frembragt en ny database, må derfor besvares efter national ret. Kommissionens synspunkter som de kom til udtryk i ændringsforslaget, er formentlig i overensstemmelse med dansk ret og udgør ifølge *Blume* "en forsvarlig retningslinje for praksis"⁶²⁾.

⁵⁷⁾ De 15 år beregnes fra den 1. januar i det år der følger efter datoen for fremstillingen/tilgængeliggørelsen for almenheden.

⁵⁸⁾ Et værk anses for offentliggjort når det lovligt er gjort tilgængeligt for almenheden, jf. ohl § 8, stk. 1, smh.m. § 71, stk.3.

⁵⁹⁾ § 71-beskyttelsen udelukker ikke ophavsretlig eller anden beskyttelse hvis betingelserne herfor er opfyldt, jf. § 71, stk. 2.

⁶⁰⁾ EFT 1993 C 308/1.

⁶¹⁾ Jf. ændringsforslagets art. 9, stk. 2.

⁶²⁾ *Blume* (1996), s. 59.

Beskyttelsens genstand efter sui generis-retten er som ovenfor nævnt investeringer der er foretaget i databasen. Ophavsrettens genstand er derimod i databasedirektivet angivet at være databasens struktur. Denne forskel bevirker at der må ligge andre kriterier til grund for vurderingen af hvornår opdateringer og ajourføringer af databasen udvirker at en ny beskyttelsesperiode begynder at løbe. Art.10, stk. 3, fastslår at: "Enhver væsentlig ændring af indholdet af en database i kvalitativ eller kvantitativ henseende, herunder enhver væsentlig ændring som følge af flere på hinanden følgende tilføjelser, udeladelser eller forandringer, der betyder, at der er tale om en væsentlig ny investering i kvalitativ eller kvantitativ henseende, medfører, at den database, der er resultatet af denne investering, opnår sin egen beskyttelsesperiode". Det er altså i udgangspunktet ikke en "væsentlig ændring af databasens indhold" som udløser ny beskyttelsesperiode, men en "væsentlig ny investering". Man kan forestille sig en database som kun er beskyttet efter sui generis-retten, og altså ikke samtidig er ophavsretligt beskyttet. Hvis databasen er en kommerciel succes umiddelbart før beskyttelsesperiodens udløb, vil databaseudbyderen have stor interesse i at få beskyttelsesperioden forlænget. Dette kan forlede udbyderen til at foretage en ny væsentlig investering i databasen pro forma. Formentlig med henblik på at undgå sådanne pro forma investeringer skal en bedømmelsen af en væsentlig ny investering ske i lyset af om investeringen har resulteret i en væsentlig ændring af databasens indhold. Det er altså ikke et isoleret krav om en væsentlig ny investering der er afgørende, men dette krav skal fortolkes under hensyn til om der er sket en væsentlig ændring i databasens indhold.

En gennemgribende kontrol af databasens indhold kan være tilstrækkeligt til at kravet om en væsentlig ny investering er opfyldt⁶³⁾. Det må formodes at såkaldte dynamiske databaser - det vil sige databaser som løbende ajourføres og udvides i betydeligt omfang (eksempelvis telefonbøger, kurslister og tog - og flyplaner) - i realiteten vil kunne opnå en uendelig beskyttelsesperiode i medfør af sui generis-retten⁶⁴⁾. Under alle omstændigheder forekommer det at være et overkommeligt krav der skal opfyldes, for at en ny beskyttelsesperiode begynder at løbe - hvis databasefremstilleren i øvrigt kan løfte bevisbyrden⁶⁵⁾.

En ny beskyttelsesperiode omfatter resultatet af en væsentlig ny investering. Hvis denne investering er knyttet til opdatering af en database, vil det ikke være muligt at adskille resultatet af den ny investering fra resultatet af tidligere

⁶³⁾ Jf. betragtningerne nr. 55.

⁶⁴⁾ Jf. kommentaren i [1996] 6 EIPR D-185.

⁶⁵⁾ Nærmere om bevisbyrden se betragtningerne nr. 53-54.

investeringer, og hele den opdaterede database vil derfor være omfattet af den ny beskyttelsesperiode. Såfremt databasen distribueres i f.eks. CD ROM-versioner, vil ældre versioner af databasen ikke være omfattet af en ny beskyttelsesperiode fordi de ældre versioner ifølge sagens natur ikke er resultatet af en ny investering. Databasefremstilleren har således en fordel ved at distribuere databasen online i stedet for i CD ROM-versioner idet løbende opdateringer på et eller andet tidspunkt vil udløse en ny beskyttelsesperiode, og på længere sigt vil producenten af CD ROM-databaser risikere at salget af opdaterede databaser reduceres fordi beskyttelsesperioden for ældre versioner af databasen er udløbet og dermed frit tilgængelige for brugerne⁶⁶⁾.

For så vidt angår fornyelse af beskyttelsesperioden efter § 71 må reglen være den at hvis opdateringen er af væsentligt omfang, udløses en ny beskyttelsesperiode. I bedømmelsen af hvad der er "væsentligt omfang", må det formodes at de nye oplysninger i sig selv kan karakteriseres som en sammenstilling af et større antal oplysninger⁶⁷⁾.

5. Databasens rettighedshavere

Ophavsretten til en database tilkommer den *fysiske person* som har skabt databasen (jf. ohl. § 1, stk. 1). Er databasen skabt af to eller flere personer har de ophavsret til værket i fællesskab såfremt de enkeltes bidrag ikke kan udskilles som selvstændige værker (jf. ohl. § 6 og direktivets art. 4, stk. 3). Databasedirektivets art. 4, stk.1, tillader at ophavsretten kan opstå hos en *juridisk person* hvis medlemsstatens lovgivning tillader det. Det er imidlertid ikke tilfældet i dansk ophavsret.

Indehaveren af sui generis-retten er databasens fremstiller. "Databasefremstilleren er den person, der tager initiativet og påtager sig risikoen i forbindelse med investeringerne; dette udelukker navnlig underleverandører fra at være omfattet af definitionen på en fremstiller"⁶⁸⁾. Databasens fremstiller kan ifølge art. 11, stk. 2, være selskaber og virksomheder - det vil sige juridiske personer. Kredsen af rettighedshavere efter sui generis-retten er begrænset til fysiske personer som er statsborgere i en medlemsstat eller har sædvanligt opholdssted i en medlemsstat, og juridiske personer som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedforretningssted er beliggende inden for Fællesskabet

⁶⁶⁾ Jf. *Kaye* (1995), s. 586.

⁶⁷⁾ Jf. *Schønning* (1995), s. 537.

⁶⁸⁾ Jf. betragtningerne nr. 41.

(jf. art. 11, stk. 1-2). Fysiske og juridiske personer fra tredjelande kan således i udgangspunktet ikke opnår beskyttelse efter sui generis-retten. Sui generis-retten er i direktivet baseret på en regel om reciprocitet. Det betyder at databaser fra tredjelande kun er beskyttet inden for Fællesskabets områder såfremt databaser fra Fællesskabet ydes en tilsvarende beskyttelse i det pågældende tredjeland⁶⁹). Der gælder *ikke* et tilsvarende reciprocitetsprincip for den egentlige ophavsret - ophavsretlig beskyttelse ydes på grundlag af et princip om national behandling. Princippet om national behandling er fastsat i Bernkonventionens art. 5, stk. 1, (og tillige i TRIPs-aftalens art. 3), og det indebærer at den nationale ophavsretslovgivning skal beskytte udenlandske værker på lige fod med indenlandske værker uanset beskyttelsen i den pågældende udland⁷⁰).

§ 71-beskyttelsen tilkommer den som har fremstillet databasen, og dette omfatter både fysiske og juridiske personer. Under hensyn til at formålet med § 71 er at beskytte arbejde og kapital ved sammenstillingen af oplysninger, må man nok i afgørelsen af hvem § 71-retten tilkommer, lægger afgørende vægt på hvem der bærer den økonomiske risiko ved databasens fremstilling. I lighed med hvad der gælder for sui generis-retten, må det kunne udelukkes at § 71-retten tilkommer underleverandører⁷¹). § 71-beskyttelsen der som nævnt har været en særegen nordisk rettighedskonstruktion, gælder kun for databaser som er fremstillet af personer der er statsborgere eller bosat i et land inden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, eller af selskaber der har hovedsæde i et land inden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (jf. ohl. § 86, stk. 6).

5.1. Databaser frembragt i ansættelsesforhold

Ophavsretten til en database der er *frembragt i et ansættelsesforhold*, tilkommer *ikke* uden videre arbejdsgiveren. Hvis en virksomhed som producerer databaser, skal gøre sig håb om kommerciel succes, er det imidlertid nødvendigt for den pågældende virksomhed at kunne kontrollere den økonomiske udnyttelse af databasen - og det vil i langt de fleste tilfælde

⁶⁹) Jf. art. 11, stk. 3, og betragtningerne nr. 56.

⁷⁰) Det hævdes ofte at sui generis-retten ikke er omfattet af Bernkonventionen og dermed ikke skal respektere princippet om national behandling (se f.eks. *Vinje* (1995), 366). Der kan dog argumenteres for at retten er omfattet af Pariserkonventionen der bl.a. vedrører beskyttelse mod illoyal konkurrence, og Pariserkonventionen opstiller et tilsvarende krav om national behandling (se *Riis* (1996), s. 146 ff).

⁷¹) Jf. *Schønning* (1995), s. 536 f.

forudsætte at ophavsretten til databasen er overgået til virksomheden. Databasedirektivet regulerer ikke denne problematik. I betragtningerne nr. 29 anføres blot: "det overlades til medlemsstaterne at fastsætte den ordning, der skal gælde for arbejdstageres frembringelser; intet i dette direktiv er derfor til hinder for, at medlemsstaterne i deres lovgivning præciserer, at når en arbejdstager frembringer en database under udførelsen af sit arbejde eller efter arbejdsgiverens anvisninger, er arbejdsgiveren eneberettiget til at udøve alle de økonomiske rettigheder, der er knyttet til den således frembragte base, medmindre andet fastsættes ved aftale".

Ophavsretsloven indeholder ingen regler om ophavsrettens overgang til arbejdsgiveren bortset fra særreglen i § 59 der udelukkende vedrører ophavsret til edb-programmer. I *UfR. 1978.901 H* fastslog højesteret at ophavsretten til en artikel forfattet af en journalist ansat ved et landsdækkende dagblad ikke var overgået til det pågældende dagblad i videre omfang end nødvendigt af hensyn til dagbladets sædvanlige virksomhed. Hovedreglen i dansk ophavsret lader til at være at ophavsrettens overgang til arbejdsgiveren afgrænses af *normaludnyttelsen* sammenholdt med arbejdsgiverens *sædvanlige virksomhed*. Dette følger for så vidt allerede af ansættelsesforholdets beskaffenhed der ifølge *Koktvedgaard* kan beskrives som en stiltiende aftale, en forudsætning for ansættelses-aftalen eller en sædvane i branchen⁷²⁾.

Ophavsretten til et *edb-program* der er frembragt af en arbejdstager under udførelsen af arbejdstagerens arbejde, overgår ifølge ohl. § 59 til arbejdsgiveren, medmindre andet er aftalt. En tilsvarende bestemmelse var medtaget i art. 3, stk. 4, i kommissionens oprindelige forslag til databasedirektivet samt i ændringsforslaget, men udgik af det endelig direktiv. Man kan stille spørgsmålstegn ved det hensigtsmæssige i at edb-programmer og databaser behandles forskelligt i denne henseende. Ifølge *Blume* er der god grund til ikke at have en tilsvarende regel for databaser fordi databasen ikke på samme måde som edb-programmer er uløseligt afhængig af det miljø arbejdsgiveren tilvejebringer⁷³⁾. Om netop dette alene er begrundelsen for § 59 (edb-direktivets art. 2, stk. 3) er vel tvivlsomt⁷⁴⁾. I bemærkningerne til 1989-loven om ændring af ophavsretsloven hvor reglen blev introduceret, hedder det: "Selv om det ...kan forekomme tvivlsomt, om der foreligger tilstrækkelig behov for en lovregulering, finder ministeriet det rigtigst, at der ud fra almene samfunds- og retssikkerhedsmæssige hensyn i forbindelse med omsætningen af edb

⁷²⁾ *Koktvedgaard* (1996), s. 99.

⁷³⁾ *Blume* (1996), s.56.

⁷⁴⁾ Se også *Koktvedgaard* (1996), s. 101.

gennemføres en sådan regulering”⁷⁵⁾. På linie med kulturministeriets begrundelse kan man nok i en retspolitisk sammenhæng mere præcist og med større styrke argumentere for at arbejdsgiverreglen er nødvendig fordi der er tale om en værkstype hvor usikkerhed med hensyn til rettighedsforholdene udgør en meget stor økonomisk risiko for arbejdsgiveren⁷⁶⁾. De økonomiske konsekvenser for databaseproducenten hvis det viser sig at en medarbejder har bevaret ophavsret til en database og udnytter retten til at blokere for basens udnyttelse, er således langt alvorligere end de økonomiske konsekvenser for dagbladet hvis det viser sig at en journalist har bevaret ophavsret til sine artikler og nægter at lade dem blive trykt i dagbladet.

Dette argument for en arbejdsgiverregel i lighed med § 59 beror på at der er tale om et værk der er resultatet af et omkostningsfuldt og typisk længerevarende udviklingssarbejde, og som dermed repræsenterer en betydelig værdi, og endvidere at blot en mindre usikkerhed med hensyn til rettighedsforholdene kan udelukke eller i væsentligt omfang begrænse databasens kommercielle udnyttelse på markedet. Hvis fremstillingen af databaser repræsenterer en lige så stor værdi som fremstillingen af edb-programmer, kan det umiddelbart være svært at se hvorfor der ikke skulle gælde en regel om at ophavsretten til en database overgår til arbejdsgiveren.

6. Beskyttelsesbehov ctr. adgang til information

I sin bog “Databaseret” karakteriserer *Blume* retsområdet som usikkert og fortsat åbent for debat for så vidt angår en lang række aspekter af den retlige regulering, og han finder derfor at retsområdet er egnet til at blive retspolitisk behandlet, og at der er mulighed for at påvirke retsudviklingen⁷⁷⁾. Med dette udgangspunkt påtvinger spørgsmålet om beskyttelsesbehovet samt det modsatrettede hensyn om en let adgang til databaseinformation sig en særlig aktualitet. Disse helt grundlæggende overvejelser kan med fordel tage afsæt i basale økonomiske sammenhænge.

⁷⁵⁾ FT 1988-89 Tillæg A, sp. 3209.

⁷⁶⁾ Det samme hensyn ligger bag de særlige regler om aftaler om indspilning af film i ohl. § 58.

⁷⁷⁾ *Blume* (1996), s. 19.

6.1. Behovet for beskyttelse af databaser

Det økonomisk beskyttelsesbehov for databaseproducenten er snævert knyttet til de investeringer der medgår til planlægning, opbygning og markedsføring af databasen, således at hvis ikke databaseproducenten har en forventning om en rimelig forrentning af disse investeringer gennem databasens kommercielle udnyttelse, bliver databasen ikke skabt, og det må anses som et uhensigtsmæssigt resultat hvis den samfundsmæssige værdi af databasen overstiger værdien af de investeringer der er nødvendige for dens skabelse. Med en tilstrækkelig stor tiltro til markedskræfterne kan det hævdes at den samfundsmæssige værdi af databasen svarer til den indtjening producenten kan opnå ved en kommerciel udnyttelse af databasen på markedet, og at der derfor ikke er behov for en særlig form for retlig beskyttelse. Hovedargumentet for at der alligevel er behov for en særlig retlig beskyttelse, er databasens specielle karakter. Databasen er et gode hvis specielle karakter bevirker at producenten ikke uden en særlig beskyttelse har mulighed for at tilegne sig (*appropriere*) den fulde værdi af godet. Man taler i den forbindelse ofte om at producenten står over for et *approprieringsproblem*. Hvis det er rigtigt, så risikerer man at den situation opstår hvor den samfundsmæssige værdi af databasen overstiger værdien af de nødvendige investeringer til den frembringelse, men alligevel bliver databasen ikke skabt. Der eksisterer altså et bagvedliggende økonomisk rationale for at give databaser en særlig retlig beskyttelse.

I den retspolitiske debat vil andre begrundelser for at ophavsretsbeskyttede databaser kunne bringes på banen. Traditionelt har ophavsretten i et vist omfang været begrundet i beskyttelsen af ideelle interesser. En ideel begrundelse for ophavsretsbeskyttelse gør sig imidlertid ikke gældende med voldsom styrke i forbindelse med databaser da sådanne værker sjældent bærer præg af skaberens personlighed, og skaberens personlige tilknytning til værket må derfor ofte siges at være løs.

6.2. Adgang til information

Beskyttelsesbehovet må afvejes over for den samfundsmæssige interesse i at have let adgang til information. Heri ligger ikke blot at information skal være tilgængelig, men også at adgangen til information ikke er betinget af et vederlag som er urimelig højt. Ophavsretten har aldrig haft til hensigt at give en eneret til information⁷⁸⁾, men selvom information kan fremskaffes ad andre

⁷⁸⁾ Det er alligevel sket i visse tilfælde - i hvert fald i engelsk ret. I sagen *BBC v. Time Out*, [1984] *Fleet Street Patent Law Reports* 64, blev det accepteret at rettighedshaveren havde eneret til oplysninger om tidspunkter for udsendelse af tv-programmer. (Det var præcis

kanaler, kan dette alternativ være så omkostningsfuldt at rettighedshaveren til en database med de pågældende information i realiteten har eneret hertil. I et forsøg på at imødegå denne situation var der i forslaget til databasedirektivet art. 11 medtaget en mulighed for at medlemsstaterne kunne indføre tvangslicens i relation til sui generis-retten hvis databasens indhold ikke fra anden side kunne frembringes, indsamles eller tilvejebringes, og hvis licensen ikke blot havde til formål at spare tid, arbejde eller finansielle investeringer. Forslaget om tvangslicens udgik af det endelige direktiv. I stedet fastslås det i art. 16, stk. 3, at der hvert tredje år skal udarbejdes en redegørelse som især undersøger anvendelsen af sui generis-beskyttelsen og "navnlig om anvendelsen af denne beskyttelse har medført misbrug af dominerende stilling eller andre indgreb i den frie konkurrence, der kunne begrunde passende foranstaltninger, herunder gennemførelse af en ordning med tvangslicenser".

Risikoen for tvangslicens der omfatter databaser, er dog stadig aktuell. I EF-Domstolens afgørelse i Magill-sagen⁷⁹⁾ opretholdt Domstolen Kommissionens beslutning om meddelelse af tvangslicens til ophavsretligt beskyttede tv-programoversigter på grundlag af TEF art. 86. Kommissionen har således mulighed for at meddele administrative tvangslicenser på det ophavsretlige områder. Magill-afgørelsen er konkret begrundet, og Kommissionens adgang til at meddele tvangslicens synes meget snæver. Skønt Kommissionen i "Grønbogen om ophavsret og ophavsretsbeslægtede rettigheder i informationssamfundet" udtrykker en generel tilbageholdenhed med hensyn til anvendelse af tvangslicenser, tilføjer Kommissionen at det selvfølgelig ikke betyder at rettighedshavere ikke som følge af en dominerende stilling kan tvinges til at udstede licenser i medfør af TEF art. 86⁸⁰⁾. Forholdene i Magill-sagen var særegne derved at rettighedshaverne i medfør af britisk ophavsret havde eneret til at anvende en mængde oplysninger - det vil sige at den ophavsretlige beskyttelse ikke blot omfattede oplysningernes konkrete form, men i realiteten omfattede oplysningerne som sådan. Denne omstændighed er næppe hyppigt forekommende for så vidt angår traditionelle kunstneriske og litterære værker, men man kan let forestille sig tilsvarende omstændigheder i forbindelse med informationsteknologiske produkter og andre værkstyper af

den samme problematik der siden hen lå til grund for Magill-sagen, se lige nedenfor).

⁷⁹⁾ Forenede sager C-241/91 P og C-242/91 P "RTE og ITP mod Kommissionen", saml. 1995 s. I-743.

⁸⁰⁾ KOM(95) 382 endelig udg., 19.7.1995, s. 78.

funktionel karakter herunder databaser, så sandsynligheden for tvangslicenser på dette område synes væsentlig større⁸¹⁾.

Hvis man accepterer den økonomiske begrundelse for i det hele taget at ophavsretsbeskytte databaser, falder det lige for også at vurdere hensigtsmæssigheden af tvangslicenser på grundlag af det økonomiske rationale; og når det gøres, synes der ikke at være væsentlige holdepunkter for *ikke* at indføre tvangslicenser. Ophavsretsteoriens traditionelt restriktive holdning til tvangslicenser er formentlig udelukkende begrundet i beskyttelsen af ideelle interesser. At der ved den ophavsretlige regulering af databaser bør anlægges en særlig brugervenlig linie, skyldes simpelthen at den samfundsmæssige interesse i at have adgang til en database sædvanligvis er langt større end den samfundsmæssige interesse i at have adgang til et bestemt skønlitterært eller kunstnerisk værk - fordi substitutionsmulighederne som regel vil være langt større for sidstnævnte type værker. Selv med en positiv indstilling til tvangslicens på området for databaser kan det være en uheldig udvikling såfremt administrativt fastsatte tvangslicenser vinder frem, da sådanne tvangslicenser kan resultere i en mere tilfældig regulering præget af en vis usikkerhed med hensyn til rettighedshavernes retsstilling. Der bør i stedet tilstræbes en generel afklaring af konflikten mellem de modsatrettede interesser, og en sådan afklaring vil bedre kunne nås med en lovbestemt tvangslicens⁸²⁾.

7. Konklusion

En grundlæggende ændring i den immaterialretlige beskyttelse af databaser medfører databasedirektivet ikke, set med danske øjne. Med hensyn til den *ophavsretlige beskyttelse* vil direktivet dog nok give anledning til en indsnæv-

⁸¹⁾ Ved Magill-sagens behandling for Retten i Første Instans gjorde Kommissionen gældende at dens betragtninger i relation til misbrug af ophavsret gælder tilsvarende for andre situationer end netop den der var baggrund for Magill-sagen, f.eks. på området for computersoftware (jf. præmis 50 i sag T-69/89, saml. 1991 s. II-512, præmis 35 i sag T-70/89, saml. 1991 s. II-555 og præmis 33 i sag 76/89, saml. 1991 s. II-593). Generaladvokat *Gulmann* anfører i sit forslag til afgørelse i Magill-sagen (pkt. 134, saml. 1995 s. I-785) at Kommissionen sonder mellem *litterære og kunstneriske værker* i egentlig forstand og *funktionelle eller nyttebestemte værker* der f.eks. relaterer sig til telekommunikation, edb, informationsteknologi og databaser, og mens Kommissionens beslutning om pålæg om at give licens ikke vil få nævneværdig betydning for litterære og kunstneriske værker i egentlig forstand, er den *afgørende for at opretholde en effektiv konkurrence navnlig inden for edb- og telekommunikationsindustrien*. Se også *Schovsbo* (1996), s. 263 ff, *Riis* (1996), s. 187 f og *Vinje* (1995), s. 376.

⁸²⁾ Se *Schovsbo* (1996), især s. 274 ff.

ring af den danske regel om privatkopiering. Endvidere bidrager direktivet (sammen med edb-direktivet) til at fjerne værkshøjdebegrebet fra dansk ophavsret. Der kan dog ikke alene af den grund konkluderes en ændring i den praktiske betydning af beskyttelsesforudsætningerne. Skønt *sui generis-retten* indholdsmæssigt er nært beslægtet med § 71-retten, kan § 71 ikke anses for at opfylde direktivets krav til en *sui generis-ret*.

Det endelige direktiv fremstår som en grundig stynet udgave af direktivforslaget. Forslaget til direktivet lagde op til en forholdsvis målrettet regulering af databaser som en egenartet værkstype. Den foreslåede regulering fastlagde på den ene side en incitamentsstruktur der er egnet til at øge innovationen i databasebranchen gennem en begrænset beskyttelse af databaseproducenternes investeringer kombineret med en regel om at rettighederne til en database frembragt i ansættelsesforhold, går over til arbejdsgiveren medmindre andet er aftalt. Og på den anden side sikrede forslaget almenhedens adgang til de i databasen indeholdte informationer med muligheden for tvangslicens. Arbejdsgiverreglen og muligheden for tvangslicens kom som bekendt ikke med i det endelige direktiv, og fra en europæisk synsvinkel er den eneste afgørende nyskabelse som overlevede Fællesskabets beslutningsproces, *sui generis-retten*. Herved er valgt en konservativ løsning der ikke i større omfang bryder med traditionelle ophavsretlige forestillinger, og flirten med det konkurrenceretlige tankemønster har ikke fået lov til at udvikle sig til et tættere forhold.

Litteratur:

Mads Bryde Andersen (1995): "Ophavsretten og den ny teknologi. Information og kommunikation - digitalisering og superhighways", NIR.1995.616-629.

Mads Bryde Andersen (1991): "Lærebog i edb-ret", Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Mads Bryde Andersen (1989): "Risiko og ansvar ved databasefejl", i Blume m.fl. (red.) (1989), s. 134-148.

Peter Blume, Ritva Juntunen, Erik Mosesson, Olav Torvund (red.) (1989): "Databaser - Jura og jurister", Nordisk Årbog i retsinformatik 1989, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Peter Blume (1996), "Databaseret", Forlaget FSR.

Peter Blume (1989): "Retsbeskyttelse af edb", Akademisk Forlag.

Laurence Kaye (1995): "The Proposed EU Directive for the Legal Protection of Databases: A Cornerstone of the Information Society?", [1995] 12 EIPR 583-588..

Koktvedgaard, Mogens (1996): "Lærebog i immaterialret", 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Koktvedgaard, Mogens (1965): "Immaterialretspositioner", Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Torben Lund (1961): "Ophavsretsloven og fotografiloven", G E C Gads Forlag.

Palle Bo Madsen (1993): "Markedsret" Bind 2, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Jes Anker Mikkelsen (1976): "Katalogreglen i ophavsretslovens § 49", UfR.1976 B.257-267.

Thomas Riis (1996): "Ophavsret og retsøkonomi", GadJura.

Jens Schovsbo (1996): "Grænsefladespørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten", Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Peter Schønning (1995): "Ophavsretsloven med kommentarer", GadJura.

Tarjei Stensaasen (1987): "Rettslig vern av edb-programmer og databaser", TANO A.S., Oslo.

Tarjei Stensaasen (1989): "Katalogvern av databaser", i Blume m.fl. (red.) (1989), s. 123-133.

Thomas C. Vinje (1995): "Harmonising Intellectual Property Laws in the European Union: Past, Present and Future", [1995] 8 EIPR 361-377.

On property rights, competition law and entry promotion

by
Peter Crowther

1. Introduction

Any regulatory intervention into the economy carries consequences for property rights¹⁾, not only for the intended direct targets of the activity, but also for those who are “externally”²⁾ affected. Whilst in many contexts the interference with property rights is accepted, if not always fully understood³⁾, nowhere clearer does the tension arise than between the free market (and protected property rights) and intervention than in the context of competition law. This is, of course not a new issue: much ink has already been spilt over the appropriate role of competition policy, and each of the strands of thoughts carries with it certain (usually implicit) consequences for property rights. One celebrated topic for discussion in this context is the relationship between intellectual property rights (IPRs) and competition law⁴⁾. The generally accepted view is that IPRs are necessary in order to achieve two basic goals: to act

¹⁾ For the purposes of this paper, “property” is defined as any tradeable asset.

²⁾ This corresponds to the economist’s concept of the “externality”, which is defined as a cost or benefit which is not paid for and imposed upon another without the latter’s consent. A common example is pollution which is not taxed.

³⁾ An example here is that of rent control. Economists, in contrast (generally) to students of other disciplines in the social sciences, readily recognise that imposing a price ceiling can actually have the effect of reducing the supply of cheap, good quality housing. The economic argument runs as follows. Where the price ceiling does not allow a sufficient return on investment, landlords will reduce the quality, usually by not keeping up the property, or requiring that tenants perform certain tasks. Where this possibility is also outlawed, landlords will, in the limit, re-allocate resources away from that particular market. The effect on supply is such that cheaper housing becomes increasingly difficult to find, quite the opposite of the intended result of the legislation.

⁴⁾ The conflict here should be clear. IPRs create a legal monopoly, whilst the principal justification for competition law is to preserve the competitive process.

first as a reward to the author or inventor⁵⁾; and second as an incentive to develop future “creative” works which are deemed beneficial to society. The perspective which is generally adopted then, is that some form of a trade-off is required between the “evil” of granting of a monopoly⁶⁾ and the “good” which derives from the improvement to society of the introduction of new products, technology and artistic works⁷⁾. Thus the granting of the property right acts as a “reward” to those who endeavour to produce such works.

A novel development which is providing a fresh challenge for competition law is the liberalisation of the utility industries. The key economic characteristic of the utility industries is vertical integration. The industries were typically organised on a monopoly basis in all aspects of production, distribution and retail service provision. Introducing competition in these industries can in principal be undertaken in a number of ways⁸⁾ but the chosen method⁹⁾ in Europe is that of shared use of infrastructure. Although in some industries entrants may be able to construct bypass facilities¹⁰⁾, the typical consequence of liberalisation is that the historic operator is required to share its infrastructure with competitors (for instance the transmission system in the gas industry). As a result, the terms on which competitors can gain access to the infrastructure assume critical importance.

Given that there will normally be little incentive on the part of the dominant infrastructure operator to charge a fair price, the important task for the regulator is

⁵⁾ This corresponds in broad terms to the Lockean justification for the grant of property rights. See Hughes, “The Philosophy of Intellectual Property” [1988] Vol 77:25 *The Georgetown Law Journal* 287, pp.296-310.

⁶⁾ i.e. the ability to reduce supply and raise prices.

⁷⁾ The European Court of Justice has followed in broad terms this approach. It makes a basic distinction between the *existence* of the intellectual property right (which is protected under national law) and the *exercise* of that right (which is subject to the European competition provisions). In practice, this gives rise to a number of difficulties.

⁸⁾ See Crowther, “Liberalising Utility Industries: A Fertile Ground for Anticompetitive Behaviour” in Dahl & Nielsen (eds), *Future Directions in Business Law Research* (1996) GADJURA.

⁹⁾ The cynic might point out that this was the only method, since there is arguably no suitable legal basis for enforcing vertical separation. An early telecommunications Proposal for a Directive (which has subsequently escaped my filing system mandated vertical separation. Current Directives mention vertical separation as a *possible* form of action.

¹⁰⁾ Most notably telecommunications.

how to discover one. It is worthwhile emphasising at the outset that this is an extremely complex issue. It is not simply a question of choosing a “cheap” price, since, as economists remind us, there will be external effects, account of which must be taken. Moreover, even establishing a “fair” cost is made difficult for a number of reasons, all of which are related to the vertically integrated nature of the industries: first the informational asymmetries present between the company and the “regulator”; second the economies of scope present in network industries which means that some form of averaging is required over a number of services where costs cannot clearly be allocated on an individual basis; and third the nature of the costs themselves, in the sense of whether they should be calculated on a top-down¹¹⁾ or bottom up¹²⁾ methodology and/or whether they should be forward-looking¹³⁾ or historic¹⁴⁾ costs.

Unfortunately, the Community legal framework on access pricing in the utilities is not particularly helpful¹⁵⁾. The relevant Directives¹⁶⁾ simply provide that access charges must be transparent, non-discriminatory and cost-orientated. A simple requirement of cost-orientation - without further elaboration and which is in any case not a universal requirement - does not solve the costing issues raised above. Transparency issues can in principle be resolved by imposing accounting separation, although there are clearly many methodological issues to be resolved¹⁷⁾. A facile

¹¹⁾ I.e. based on existing management accounts

¹²⁾ I.e. based on an engineering model of an efficient network given the relevant technological constraints.

¹³⁾ I.e. based on the replacement costs of the assets

¹⁴⁾ I.e. based on past investments, including an appropriate calculation of the cost of capital.

¹⁵⁾ I do not consider here the normative question of whether the relevant Directives *should* be more specific. Rather my perspective here is to take the Directives as given. It is worth noting in passing however that in the context of the telecommunications industry, an attempt has been made to assess whether the substantive and jurisdictional aspects of European regulation is satisfactory. See Cave and Crowther, “Allocating Regulatory Functions in the Telecommunications Industry: A Preliminary Assessment” *Telecommunications Policy* (1996) forthcoming.

¹⁶⁾ Council Directive of 29 October 1990 on the transit of electricity through transmission grids OJ (1990) L313/30; Council Directive 91/440 of 29 July 1991 on the development of the Community’s railways OJ (1991) L237/25; Council Directive 91/296 of 31 May 1991 on the transit of natural gas through grids (1991) OJ L147/37; European Parliament and Council Directive /96 on the application of Open Network Provision to Interconnection (nyp).

¹⁷⁾ For instance whether activity based accounting is employed or some other accounting convention.

approach to non-discrimination can be taken by requiring that the incumbent does not charge itself more than its competitors for using the bottleneck infrastructure¹⁸⁾. However, economic theory informs us that a welfare maximising approach would have access charges which are inversely proportional to the demand for the service¹⁹⁾. This implies different access charges depending on the use to which the infrastructure is put, for instance whether it is to complete international, national or local telephone calls. This is - ostensibly at least - discriminatory²⁰⁾.

To complete the picture of the post-liberalisation regulatory environment, a brief consideration is required of the competition provisions contained in the EC Treaty. The most relevant provision here is Article 86 EC, which prohibits the abuse of a dominant position. The case law which has hitherto developed is of some general use in attempting to predict the way in which the Commission and European courts will decide the question of a "fair" access charge²¹⁾, but it is far from possible to state with any reasonable degree of certainty what the outcome of any particular investigation will be. The propensity to litigate will of course increase in the light of this.

The number of alternative solutions which have been proposed in the economic literature is a crude quantitative indicator of the access pricing difficulties presented by the liberalisation process²²⁾. It is a truism to point out that in order to have a clear idea of the appropriate way forward, a sound understanding of the conceptual starting point is required. My basic thesis is that a better understanding of the conceptual problems can be acquired by examining the relationship between the nature of property rights and the market environment. I shall attempt to show that the "difficulties" encountered in respect of present policy prescriptions can be portrayed in a theoretically more satisfactory manner. Although I restrict my analysis principally to traditional tangible property²³⁾, it is hoped that the discussion here may be extended to the - more challenging - forms of property in the

¹⁸⁾ This has been the broad approach of the Commission in the recent "essential facility" cases. See e.g. *Rødby* - add reference.

¹⁹⁾ Laffont & Tirole.

²⁰⁾ In the sense that the tariffs implied by the simple approach to discrimination are linear, in contrast to those which are based on price elasticity calculations.

²¹⁾ See Cave, Crowther & Hancher, *Competition Aspects of Access Pricing*, (1996) CEC Chapter 3.

²²⁾ See Crowther, *op cit* n.8 and the references cited therein.

²³⁾ Railtrack infrastructure, gas pipelines, electricity and telecommunications cables and so on.

developing “virtual” environment with which lawyers will increasingly have to get to grips.

To provide a context for the present discussion, I shall ask the question whether competition law provides an appropriate framework for entry promotion. Entry promotion is, as the term suggests, a strategy or combination of strategies designed to encourage entry into any given industry. Of course, this is not normally regarded as a legitimate objective of competition law. The generally accepted purpose of competition law is to protect the *customer* from anticompetitive behaviour, whether jointly or individually perpetrated, through the preservation of the competitive process. It is not immediately clear that asymmetric regulation merely has the purpose of protecting the customer (although this may be one of a number of consequences). To the extent that asymmetric regulation protects competitors rather than the competitive process, its position within the framework of competition law requires some theoretical justification.

However, my reason for choosing this issue is not to be polemical. Entry promotion provides a useful focus for a discussion of access charges since it forces a consideration of the underlying issues in the relationship between property rights and fair competition. It might be objected that entry promotion is not really a different issue than would be normally encountered in a discussion of competition law, since it depends upon the interpretation of the duty to ensure that a system of fair competition materialises²⁴). There is an element of truth in this, to the extent that the pricing strategy is aimed at overcoming *other* advantages possessed by the “monopolist”, for instance information held by the latter concerning competitor strategies²⁵). In this sense, removing the asymmetry may be in fact do nothing more than level the playing field. In contrast, whilst my definition of entry promotion obviously does not preclude such action, it is aimed more precisely at strategies - in particular pricing strategies - which go beyond levelling the playing field. The important question here is thus whether entry promotion - through the imposition of access charges which are “below cost” - is conceptually defensible in a competition law setting.

²⁴) Cf. the Article 3(g) defining one of the activities of the Community as the institution of a “system ensuring that competition in the common market is not distorted.” Note that a corresponding obligation has been imposed by the Court of Justice upon dominant companies. See Case 322/81 *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v EC Commission* [1983] ECR 3461 for the principle of “special responsibility”.

²⁵) Ideally, such specific “asymmetries” should be targetted individually, rather than through an abatement of access charges. Some evidence that this is occurring does exist. For instance, in the telecommunications industry, national regulatory authorities are required over the coming years to introduce number portability, which is intended to reduce the switching costs for consumers in choosing an alternative service provider.

In fact, it is worth noting in passing that asymmetric regulation appears to have some *prima facie* justification, given the existence of ongoing advantages²⁶⁾ accruing to the historic service provider. Of course, entry promotion is not a new issue. It has been put into practice in the UK through an abatement of the so-called access deficit contribution on the part of new telecommunications firms. In those countries which have chosen explicitly to promote entry, this has hitherto been implemented in a regulatory economics setting, where the objective is to maximise a specific goal, subject to constraints in the form of a cost or production function. Thus, in making the paradigm shift from regulatory economics to “standard” competition analysis²⁷⁾, it becomes immediately obvious that a conceptual gap appears.

The rest of this paper is organised as follows. Section II briefly describes economic approaches to access pricing, in order to elucidate on the current conceptual deficit. The third Section discusses how mainstream legal and economic approaches would respond to the property rights implications of adopting an entry promoting strategy in a competition law framework. Sections IV, V and VI introduce some alternative ways of thinking about the basic nature of the problem. These are, respectively, a different normative approach to the concept of property rights, a positive juristic approach, and finally a look at the trade-off between equality and liberty in the context of competition policy. Section VII concludes.

2. Economic Approaches to Access Pricing in a Nutshell

Important contributions to the question of what constitute appropriate access charges have already been made by leading economists in the field of industrial organisation and disagreement is rife. The basic position can however be stated as follows: the generally accepted view is that entry to an industry should be *efficient*. However, it has rapidly become apparent that theoretically robust models for encouraging efficient competition are

²⁶⁾ The appropriate advantages here are those which do not accrue to the operator by virtue of successful competitive rivalry. An example might be consumer switching costs due to information failures.

²⁷⁾ I.e. the use of more indirect analysis of acceptable behaviour, assessed in the context of barriers to entry. The other principal distinction between competition law approaches and regulatory economics approaches lies in the fact that the latter operates almost exclusively on an *ex ante* basis, whereas the former operates primarily on an *ex post* basis.

informationally very burdensome. A first conclusion would therefore be that some form of trade-off is required between how sophisticated the analysis can be and the practical resource constraints of the Commission (or national courts).

The economic approach is to employ “standard” competition analysis to examine, for instance, price-cost margins, barriers to entry, (and where appropriate) the effect of entry on price. Inevitably, the arguments will range from, at one end of the spectrum, entry promotion as a type of trade-off between static and dynamic efficiency, thus justifying the (short term) costs of “inefficient” entry, to, at the other end of the spectrum, a type of “lost profit” rule²⁸⁾ as the only proper means of ensuring that efficient entry takes place. A variant on this argument would be to identify the two principal economic (theoretical) justifications for market intervention, externalities and market failure. In the presence of large scale economies of scale and scope, the externality argument runs that entrants will bring a negative externality by increasing the total fixed costs and contributing to excess (as opposed to idle) capacity²⁹⁾. Alternatively, the externality created by encouraging competition in service provision (e.g. through an abatement on access charges) is the negative effect on incentives to construct alternative infrastructure. The market failure argument attempts to identify reasons why *efficient* entrants do not enter the market. In basic terms, this requires an assessment of barriers to entry and exit, a subject which is of itself contentious amongst economists.

My aim here is not to attempt to do justice to the type of economic arguments which have surfaced in this context. My point is rather that without a satisfactory formulation of the conceptual problem at hand, one is simply arbitrating amongst possible standards or tests without any clear understanding of the goal(s) which the law should be seeking to achieve. The difficulties present in current approaches can be seen through the following simple example. Suppose the Commission decides to adopt an entry-promoting strategy and requires all major infrastructure operators to grant a system of discounts to small service providers. In this case, a suitable yardstick has to be found. Is entry of itself a desirable quality? If the policy creates a market

²⁸⁾ Discussed further below.

²⁹⁾ Represented simplistically, the economic literature takes the view that where scale economies are present, excess entry will typically result in a loss of productive efficiency but an improvement in allocative efficiency (i.e. consumers gain, whilst the historic operator loses). The difficulty arises in determining where the *net* welfare effect lies. See Armstrong Cowan & Vickers, *Regulatory Reform: Economic Analysis and British Experience* (1994) MIT Press.

which is competitive at the fringe (thus sustaining dominance), then presumably the policy has not achieved its aims. Alternatively, suppose the assumption is that large players are poised to enter the market, if they perceive the benefits to be sufficient. Suppose further that as a consequence of this, Commission requires that monopolists grant large users a discount, thus encouraging entry. If in practice, the company which obtains the largest discount is the incumbent, then has the right policy been chosen? The implication of this brief example is that it is not (only) the amount of entry which is important, but also the competitive nature of the market post-entry.

To be clear, I do not suggest that a simple solution is to hand. All of these methods will, I am sure, form part of the analysis in future litigation in this area, and the influence of economic theorists will continue to grow. My concern is not with this development. To the contrary, to non-economists, economic theory presents a rigorous methodology for thinking about a problem, where without that theory, it is reasonable to suggest that policy-makers would have little (or in any case less of a) notion of where to begin, let alone what recommendations or remedies to adopt. Rather my concern is the way in which economic theory should be employed. Given that the supposed role of competition law and policy is to maintain a level playing field, this corresponds in broad terms to the economist's concept of "efficient entry". However, this apparently simple observation belies the true nature of the problem at hand. The principal reason for this is that efficiency is a relative concept. For any given situation, there are an infinite number of possible outcomes which can be technically efficient. As a consequence, an implicit starting point for most economists is the assumption that property rights have been defined adequately - and by extension - that there is a suitable distribution of income. It is this aspect of economic theory which I wish to take up here. Consequently, I am not directly concerned with whether or not entry promotion is a good thing, but rather how to frame the initial analysis.

3. Property as a "bundle of rights"

The economist's approach to property is essentially as follows:

".. property law creates a bundle of rights that the owners of property are free to exercise as they see fit and protects them from interference by the state or by private persons. Bargaining and voluntary exchange is the system of allocation that is consistent with this freedom. Property law fosters voluntary exchange by removing the obstacles to bargaining. The

economic theory of property holds that, if the rules of property law are centred on this purpose, resources will be used efficiently”³⁰⁾

Thus there are two basic elements of the economist’s approach to property: (i) that individuals are free to dispose of their property; and (ii) that the law will enforce that property. However, the restricted, facilitative, purpose given to the law here clearly only applies in the paradigm of the (near) perfectly competitive market. Removing obstacles to bargaining will not solve the problem in the presence of asymmetry in bargaining positions, where rent extraction is a real possibility. As a generalisation, this situation probably best characterises the relationship between incumbents and entrants in the post-liberalisation period³¹⁾. So, in such circumstances, the approach of the economist is to base the analysis on some interpretation towards cost, and this can be based on Lockean principles of property as a reward for labour. As a consequence, there appears no conceptual justification for entry promotion since this undervalues the reward to which the creator is entitled.

Before commenting on this, it is useful to restate mainstream legal philosophy regarding the nature of property. A leading English textbook on real property³²⁾ takes this approach to the subject of (real) property:

“Property is thus the name given to the bundles of mutual rights and obligations which prevail between “subjects” in respect of certain “objects”, and the study of property law accordingly becomes an inquiry into a variety of socially defined relationships and morally conditioned obligations.”

³⁰⁾ Cooter and Ulen, *Law and Economics* (1988) p.123

³¹⁾ The conflict of interest should be clear. Where the historic operator grants access to its facility, it is effectively inviting competition. Note that this is not always the case however. Where networks are complementary, reaching an agreement should not be difficult since presumably both parties will anticipate significant gains. An example of this would be the construction of a rail network in a previously unserved area.

³²⁾ Grey, *Elements of Land Law* (1998) Butterworths.

Consequently, property is a set of social and legal relations between people³³⁾. The body of rules ultimately govern “the distribution of utility in socially valued resources”³⁴⁾. A similar view has been put most forcefully by Ackermann, in a passage which is worth citing in full:

“it is probably never true that the law assigns to any single person the right to use any thing in absolutely *any* way he pleases. Hence it risks serious confusion to identify any single individual as *the* owner of any particular thing. At best, this locution may sometimes serve as identifying the holder of that bundle of rights which contains a range of entitlements more numerous or more valuable than the bundle held by any other person with respect to the thing in question. Yet, like all shorthands, talk about “the” property owner invites the fallacy of misplaced concreteness, of reification. Once one begins to think sloppily, it is all too easy to start thinking that “the” property owner, by virtue of being “the” property owner, must *necessarily* own a particular bundle of rights over a thing. And this is to commit the error that separates the layman from the lawyer. For the fact (or is it the law?) of the matter is that property is not a thing, but a set of legal relations between persons governing the use of things.”³⁵⁾

In fact, I shall argue that the “bundle of rights thesis” represents precisely the type of “sloppy” thinking which Ackermann is so keen to avoid³⁶⁾. The question, for legal theorists (and indeed practitioners) in this context, is, is it acceptable for the monopolist to charge what the market can bear? In the present context, i.e., according to the basic principles of competition law, the answer would seem to be that the monopolist can charge a “fair” price, which is one presumably related to cost. The mainstream legal and economic approaches to the nature of property appear therefore to coincide. The economic approach would appear to preclude an entry promoting strategy, based on the value of the resources. However reductionist my summary approach to mainstream legal and economic philosophy relating to

³³⁾ This approach has its origins in the writings of Bentham.

³⁴⁾ Grey p.6.

³⁵⁾ Cited in Grey, *ibid*.

³⁶⁾ Post, Section IV.

property might be, it nonetheless appears reasonable to conclude that legal and economic views come to broadly the same conclusion.

Under the “mainstream” approaches therefore, entry promotion would appear to have no conceptual defence. My concern is not with this conclusion, but with its starting point. The critical, implicit, assumption made in these approaches is that the nature of property resides in the relationship to others, in general terms consisting of the right to exclude others and to profit. There are a number of ways in which this starting point is problematical, and I shall consider these in turn. Before doing so however, it is useful to dwell briefly on the (accepted) notion that the disposition of property must at least be related to the labour involved in acquiring the property. If this is true, then I have no right to extract the economic value of property “bequeathed” to me (deemed “essential” to others), according to the “cost” principle³⁷⁾. My only true cost relates to whatever I have done with the property, at the very least in signalling my intention to keep it. Thus if the property rights of the monopolist have been “bequeathed” to the private company in real terms, for instance in the sense that the true assets were undervalued at the time of privatisation³⁸⁾, then that should be reflected in access charges. On the other hand, suppose that the company is still in state hands. Further suppose that the investment costs in laying the infrastructure have been amortised in the pre-liberalisation period (this is not an unreasonable assumption). The result is the same. There is no justification for charging costs which have already been recouped and the access charges should reflect this accordingly.

We are now in a position to restate in a slightly more rigorous fashion the basis nature of the problem to hand. The bundle of rights thesis states that the incumbent has a set of rights, the most important one (here) being the right to compensation for the use of its infrastructure. The difficulty is that the bundle of rights does not tell us how much can be charged, since its utility rests critically upon how well that right

³⁷⁾ It might be objected that according to this view, no one would have the right to the full benefits of bequeathed property. However, it should be clear that I use “bequeath” simply as a convenient metaphor for a situation in which the owner acquires rights to an object without putting in the necessary corresponding labour. Indeed, the very fact that property can be bequeathed and the rights therein be adequately protected suggests in itself that the “cost” principle fails. The alternative view, that it is the costs incurred by the testator which provide the justification for the attachment of property rights, does not provide the answer, as I suggest below.

³⁸⁾ One estimate is that in the UK the water industry was privatised at 8% of its asset replacement value.

has been defined. As we have seen, the “rights” have not been adequately defined³⁹⁾. Moreover, automatically relating the infrastructure to “costs” is not an attractive solution, basically because the costs may have been recouped or should otherwise not be legitimately recovered. In any event, the fact that the bundle of rights thesis simply shifts the nature of the rights to whatever policy perspective one pursues, is symptomatic of, rather than a solution to the problem.

It is of course much easier to criticise a theory than to suggest an alternative. I turn now to considering the three alternative possible routes over which current approaches may be improved upon.

4. Evaluating Property I: A Normative Approach

I hope to have succeeded in exposing at least a concern in respect of the current conceptual approaches to property. Consequently, it seems necessary to revert to first principles, in order to perhaps map out a way in which the true notion of property can be assessed. One way to do this is to ask: what is the property right in which we are interested? One answer would be the relevant infrastructure, i.e., the gas transmission lines, the electric cables, telephone cables, rail network and so on. However, maintaining for now the “mainstream” assumption that the most important characteristics of the property rests in its commercial value, the most significant commercial asset involved in vertically integrated industries would appear to be not the ownership of the infrastructure, but the ability to convey services along it, since this is how profit can be extracted. One way of highlighting the inherent weakness of current approaches is by way of looking at the so-called Efficient Component Pricing Rule⁴⁰⁾ (ECPR), one of the most discussed access pricing rules. In brief, the object of this rule is to ensure that the incumbent receives the *lost profit* which results from granting access to a competing service provider. The rationale for the rule is that only if the entrant is more efficient will it be able both to compensate the incumbent and make a profit. The rule thus ensures that productive efficiency is maximised.

However, a problem with this approach is that one cannot own a property right in a service which has been liberalised. To state otherwise implies that the market

³⁹⁾ See further below. Note that this does not support the bundle of rights thesis, in the sense that it is not the fault of the bundle of rights that the rights have not been adequately defined. Rather, this exposes precisely the conceptual weakness of the “theory” since it cannot account for the existence or otherwise of any given set of rights.

⁴⁰⁾ Proposed by Baumol and popularised by Baumol and Sidak.

is *owned* by the incumbent and that it has a right to reap whatever rewards it can⁴¹⁾. The very extinction of the monopoly right means that the incumbent must compete for the attraction of the services. By extension, since the monopolist does not “own” the right to provide final services, it must, along with others, attempt to satisfy the demand at lowest cost⁴²⁾ and thus has no right to make a profit on the activities of others who have an equal right to provide services. Consequently, it is indefensible as a starting point to assume that one can own a property right in the final (retail) service. I am aware that this might be considered a convoluted argument, since I have assumed that the principal valuable right in the “bundle of rights” associated with the infrastructure lies with the right to provide services. A criticism might be that, by the rule’s own admission, the monopolist would in principle be indifferent as to who provided the final service (since it is compensated for each lost customer). As a consequence, the principal *value* of the infrastructure lies in the physical construction itself, rather than in the service provision. This argument is however unsustainable, but to show why, we need to make a further following distinction. There are two principal values (in respect of the infrastructure) at stake in the context of the ECPR: one is the right to make a profit on each access, the other is the right to obtain the direct costs of maintaining and developing the infrastructure. Treating these respectively, the former, as I have already argued, is indefensible since one cannot own an exclusive property right in the final services (which the monopolist exercises through recovering its lost profit) because of the fact of liberalisation⁴³⁾. A further dimension on this is as follows: suppose that the value of the infrastructure is the right to extract the maximum amount of profit: this approach is untenable since the profit will by its very nature be monopolistic and thus be incompatible with competition law⁴⁴⁾.

⁴¹⁾ I.e. for entrants, the ECPR effectively represents an entry tax, payable to the incumbent operator.

⁴²⁾ This is unless one assumes that the monopolist has a pre-social (competition) status which is higher than entrants. I argue in Section VI that this is not the case.

⁴³⁾ This should not be confused with the right to compete in the market. As a fundamental principle of a liberal political economy, this right is guaranteed to all. Thus there appears no conceptual justification for the ability of the monopolist to recover lost profit.

⁴⁴⁾ A possible objection to this might be to point out that there is no monopolistic pricing if retail prices are set efficiently. It is true that in a perfect world, where retail prices *were* set efficiently and the monopolist *was* operating efficiently, there would be no monopolistic pricing concerns, in a strictly static sense. However, the world is not static, nor is the regulator perfectly informed (in contrast to the assumptions made by the ECPR), and therefore such an objection ought to be treated with at least a degree of scepticism.

The second issue relates to the direct costs incurred by the monopolist. I have dealt above with some circumstances in which it would not be defensible to extract costs, in particular where they have been amortised or “bequeathed”. A theoretically more satisfactory approach would be to reconsider the nature of property⁴⁵⁾. The principal assumption in both the mainstream legal and economic theories is that the right to property is co-extensive with the right to the value of the property. The role of the law is to protect that value, both by excluding others and facilitating the possibility of exchange. However, it is clear that not every extraction of value would give rise to a sustainable legal action. When I drive home each night and admire my neighbour’s house, I extract some of the value which is possessed by the owner. Equally, my right not to be assaulted is not inalienable. In the limit, my right not to be murdered (my most “valuable” right) is not - for obvious reasons - enforceable⁴⁶⁾. Yet, few would argue that this actually diminishes my property right, since it is something which goes beyond the mere relationship of my body to others.

Thus, in “interfering” with property rights therefore in the form of entry promotion, competition law would not be affecting the rights to property, but rather with the right to enter into binding relationships with others regarding the disposition of that property. To quote Penner:

“.. the state’s interference with rights of contract is likely to harm particular people more than others and it may certainly contribute to a shifting of value from one class of citizens to another to achieve a governmental purpose, but it is not a shifting or taking of property rights”.

There are likely to be many critics of this approach, especially since I have not yet fully drawn out the consequences of the analysis. I turn, in the next section, to discover whether there exists a corresponding Constitutional norm which separates the right to property from the right to extract the value in that property, derived from the application of the EC Treaties by the Court of Justice. It should be stressed that whilst I have expressed dissatisfaction with the bundle of rights “theory” of property, the following section can be understood as an entirely independent line of thought. Thus, for those subscribe to the bundle of rights thesis, the following section represents a discussion of how the bundle of rights might legitimately be perceived in the context of EC constitutional law.

⁴⁵⁾ For a better discussion of the basic point made here, see Penner, “The Bundle of Rights Picture of Property” *California Law Journal* 1996.

⁴⁶⁾ I owe this example to Penner, cited above.

5. Evaluating Property II: A Juristic Positive Approach

A brief look at some of the general principles of law developed by the European Court of Justice provides some instructive insights into the way in which competition law might (or should) respond to the problems in this field. As is well known, the basic aim of general principles of law is to aid the law-making process in the event of ambiguities in the legislation. The present ambiguity relates to the stance to be adopted by competition law in the context of entry promotion. General principles have been well discussed elsewhere⁴⁷⁾ and we shall thus concern ourselves with only a selective discussion. A leading case here is that of *Hauer*⁴⁸⁾. Here the Court was faced with an Community measure which affected the applicant after she had already applied to use her land in a particular way. She claimed that the Regulation, which prohibited the planting of vines for a period of three years, did not apply to her since she had submitted an application prior to the entry into force of the Regulation. The relevant provision⁴⁹⁾ read that no further permission would be granted from the date on which the Regulation applied, so that argument was dismissed. An alternative plea submitted by the applicant was that the measure infringed her right to property, a right recognised by the European Convention for the Protection of Human Rights.⁵⁰⁾

The Court of Justice decided that the issue should be considered as follows:

“it is necessary to distinguish between, on the one hand, a possible infringement of the right to property and, on the other hand, a

⁴⁷⁾ For an introduction to general principles of Community law, see Hartley, *The Foundations of European Community Law* 3rd ed. (1994) Oxford Clarendon chapter 5.

⁴⁸⁾ Case 44/79 *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz* ECR 3727.

⁴⁹⁾ Article 2(1) Regulation 1162/76

⁵⁰⁾ See First Protocol, Article 1: “[e]very natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law”. Article 1 does however not contain an unqualified right. It further continues: “[t]he preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a state to enforce such laws as it seems necessary to control the use of property *in accordance with the general interest* or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties”. (my emphasis).

possible limitation upon the freedom to pursue a trade or profession”⁵¹⁾

In the event, the Court found that there was no infringement of the right to property since Hauer could use it in *another way*. Furthermore, although the Court found that there was a restriction on the use of property, this restriction could in principle be justified in the general interest. It supported this finding by reference to numerous Constitutional provisions of Member States⁵²⁾ which emphasise the social function of property and its subordination to the requirements of the common good. The Court then found as a matter of fact that the present measure could be justified in the general interest. The final plea offered by the applicant was that the measure restricted the fundamental right to pursue a profession. The Court dealt with this in two ways: first, it noted that *other* wine-growers could continue to produce wine; and second, the restriction on new plantings was simply a consequence of the justifiable restriction on the right to property. Consequently, the same justifications applied.

Thus there appears to be a basic Constitutional norm which legitimises the “interference” with property rights. The question in the present context must therefore be whether an entry-promoting strategy would be proportional to the objectives to be realised by European competition law. We thus need to take a brief look at the principles of proportionality and legitimate expectations.

In the recent *Milk* case⁵³⁾ the Court of First Instance was called upon to rule, *inter alia*, on the legitimate expectations which could be entertained by economic operators, in the context of a reduction of reference quantities placed on milk producers. The applicants argued that the fact that compensation had been given in the past meant that a legitimate expectation had arisen on their part to the entitlement of a corresponding compensation in the context of the present measure. The Court summarised the existing case law as follows:

“it has consistently been held that where a prudent and discriminating operator could have foreseen the adoption of a Community measure likely to affect his interests, he cannot plead that his

⁵¹⁾ At para 16.

⁵²⁾ See Para 20.

⁵³⁾ Joined Cases T-466/93, T-469/93, T-473/93 & T-477/93 *O'Dwyer, Keane et al v. Council of the European Union* (1995) ECR II-2071.

legitimate expectations have been infringed if the measure is adopted”⁵⁴⁾

Interestingly, an alternative plea submitted by the applicants was that there was an insufficient statement of reasons, as required under Article 190 EC⁵⁵⁾. The Court rejected this argument, holding that the statement of reasons does not have to list exhaustively all matters of law and fact. A further plea was that the imposition of an additional levy without compensation amounted to an expropriation without compensation. In response to this, the Court simply held that the reduction was in compliance with the general interest and that “the absence of compensation [does not] constitute an infringement of the right to property or the right to pursue a trade or profession as recognised in Community law”⁵⁶⁾.

The applicants also argued that the measure was disproportionate, effectively penalising them twice: first through the lowering of the reference quantity, and second through the absence of compensation. The CFI responded that “where there is a choice between several appropriate measures recourse must be had to the least onerous and the disadvantages caused must not be disproportionate to the aims pursued”⁵⁷⁾.

In the context of a response to an allegation of excessive access pricing therefore, this would mean that an investigation would have to be made as to whether the entry promoting price adopted by the Commission was proportionate to the Community aims, *inter alia*, of maintaining a level playing field. There are two separate lines of argument here: the first is whether the “below-cost” price could be justified as a proportional response to other advantages enjoyed by the dominant firm. The question here is thus whether competition law can legitimately interfere in respect of general market structure issues. This is not directly relevant to our present inquiry⁵⁸⁾. The second line of

⁵⁴⁾ At para 54.

⁵⁵⁾ Article 190 reads: “Regulations, directives and decisions adopted jointly by the European Parliament and the Council, and such acts adopted by the Council or the Commission, shall state the reasons on which they are based and shall refer to any proposals or opinions which they were required to be obtained pursuant to this Treaty.”

⁵⁶⁾ Para 101.

⁵⁷⁾ At para 107.

⁵⁸⁾ But note however, the Court’s habit of setting the competition provisions in the context of the broader objectives of the Treaty. See e.g. *Michelin*, *op cit* n.24 at para 122: “[b]efore the submissions and arguments ... are examined more closely it should be recalled ... that Article 86 of the Treaty is an application of the general aim of the activities of the Community laid down by Article 3(f) [now 3(g)] of the Treaty, namely

argument is whether the imposed access price is proportional with respect to the alleged abuse. Here the question is directly related to whether the Commission could impinge upon the “property rights” of the dominant firm. The brief discussion above would suggest that, to the extent that the general interest requirement could be satisfied⁵⁹⁾, the lack of compensation would not defeat the legitimacy of the Decision.

At first, the Court appears to have taken the right approach in distinguishing between the right to property and the right to pursue a trade or profession. However, it ultimately draws them together by pointing out that the right to pursue the relevant profession is not generally affected - and since it is a natural consequence of the legitimate action in the general interest, it is irrelevant, “so that the two restrictions merge”⁶⁰⁾. Thus, in fact the Court does not distinguish between the two, and consequently falls into the trap covered by the “bundle of rights”. The point which I have tried to make is that the concept of property is not co-extensive with the right to the value of property. The important point here is that this is not an academic quibble. Rather it represents a clear example of the way in which right to property and rights associated with property are confused, with predictable results.

I turn now to a discussion of how entry promotion might be discussed, having regard to the general role of competition policy.

6. Evaluating Property III: Role of Competition Law

The aim in this section is to construct a set of signposts which might be used map out a possible route to guide the role of competition law in its relationship to the appropriate protection and limitation of property rights. It is convenient to adopt a normative starting point to facilitate discussion. My hypothesis is that no single company has a pre-liberalisation (i.e. competition) status which is higher than others. Thus, if all companies are equal, yet one has certain (non-efficiency) advantages, then these must be compensated since they have not been achieved by having better pre-competition virtues: the advantages simply exist by virtue of historical accident.

the institution of a system ensuring that competition in the common market is not distorted.

⁵⁹⁾ Meaning presumably that the Commission could demonstrate that the only way to obtain a undistorted system of competition would be the adoption of such a measure. Note, however, that it need not demonstrate the mechanics of this exhaustively, *per* the Court in *Milk*.

⁶⁰⁾ *Hauer, op cit*, n.48 at para 32.

A closer look at the problem would suggest that a trade-off is required between liberty and equality. Liberty is affected since entry promotion curtails the “right” to charge what one likes for access to property. Indeed, it actually goes further, since it denies the right to recover the (full) cost of using the infrastructure. Equality issues arise since entrants are effectively penalised for being second-movers, even though this arose from Government action rather than an inability to compete. Equality *might* thus be achieved by reducing the access charges to compensate for historical advantages.

Accepting therefore that a trade-off is desirable if we are to make successful and appropriate policy prescriptions, the next task becomes to assign values to each particular goal, in order that the appropriate trade-off can be made. I shall not attempt such a task; it is clear in any case that such an analysis would run to many more pages than are available here. In the present context, a slightly different approach can be taken. Let us assume that after considering the goals of European competition policy, it was found *impossible* to assign values to conflicting goals⁶¹⁾, which is probably not an unreasonable assumption. It will be appreciated that this is in fact not unlike the bundle of rights thesis with competing rights, where the value of one right over the other is not clearly justified. In this case, it is perhaps more appropriate to refer to a sacrifice of one policy goal to the requirements of the other, since the differing values are basically incomparable.

In this context the question quite clearly becomes which policy is valued highest. Some indication might be found in the Treaties, but, as pointed out, this is unlikely to be conclusive. Consequently, in an ideal world, the appropriate answer should essentially be given by the legislature rather than the judicature. In our present case, however, that answer is not provided. Rather, the regulatory framework offers a basic principle of equality of treatment as a minimum to be achieved, with the option left open to national regulatory authorities and competition authorities to tilt the level playing field if necessary. Thus the question again becomes one of a need to reconsider the right of the incumbent to recover all of its costs.

7. Conclusion

I have carefully avoided references to competition *policy* as a means for justifying or refuting the possibility of adopting entry promotion. It has hopefully become clear by now that this is because I think we need a clearer view of the nature of the property rights issue, without making convenient (and often facile) references to

⁶¹⁾ In the sense that it is impossible ascribe relative values to a taxonomy of Constitutional norms.

policy differences⁶²⁾. Indeed, I have equally ignored a discussion of industrial policy, a subject which has not traditionally been discussed together with competition policy. Yet we are reminded by the Commission that “far from being the direct opposite of industrial policy, competition policy is an essential instrument, with clear complementarity between the two policies”⁶³⁾. Furthermore, I have had nothing to say on the practical aspects of implementing entry promotion, largely because I do not believe that we have arrived at a position where it is proper to attempt an investigation as to how this might be achieved in a competition law framework.

It is probably fair to state that as the law currently stands, when the industries are liberalised, regulatory approaches at the national level will be played off against each other in the context of national actions for breach of competition provisions and/or breach of Article 5 EC. This may be a desirable event, for instance to the extent that institutional competition ensures good decision-making, and it may well encourage the development of “best practices”. However, if the view is taken that, in the absence of legislative intent to the contrary, competition law should maintain a neutral stance between companies, then it is critical that we understand the implications. A neutral stance may well imply adopting an entry-promoting strategy, if the objective of ensuring undistorted competition is to be achieved.

This paper might be read as an attempt to tramp over the bundle of rights thesis of property. It is not, but only because there is nothing of substance to step on. It is, if anything, a slippery mass which simply moulds according to the shape one wishes it to possess. I have tried to show that the bundle of rights thesis provides a convenient description of current treatment of property rights - since it is so flexible - but in no way can it be regarded as providing a satisfactory *account* for the existence of property rights and the right to the value existing in property, which are essentially separate issues. If the alternatives which I have put forward - albeit not properly developed - for a better understanding of the relationship between property rights and competition law are deemed unsatisfactory, it will not be because they cannot stand up to the theoretical rigours of the bundle of rights thesis.

Although I have used entry promotion as a theme in this paper, it should be clear that the application of the analysis here can be extended far beyond this subject. One general conclusion should be that if competition law is to be regarded as the benevolent solver of specific market failures, then we need to have a clear understanding of this benevolence. One way of attempting to do this is by way of a re-examination of property rights. However, I have also tried to show - through a discussion of property rights - that there must be at least some doubts as to whether

⁶²⁾ One way of justifying entry promotion would be way of protection of small and medium sized enterprises, a traditional goal associated with European competition policy.

⁶³⁾ XXIIIrd Report on Competition Policy 1993, Para 157.

competition law is in fact as benevolent as some would have it. Consequently, the task must be to define clearly what is at stake and make the best use of economic theory to achieve the relevant aims. Otherwise arbitrary decisions concerning conflicting standards may abound.

Gruppefritagelser og aftaletilpasninger

af
Jens Fejø

1.

Ved EU-kommissionens udstedelse af nye gruppefritagelsesforordninger inden for konkurrenceretten eller ved ændringer af eksisterende forordninger opstår en række kontraktretlige problemer, som accentuerer det ofte komplicerede samspil mellem EU-ret og national ret inden for konkurrencerettens område. Også den bag gruppefritagelsesforordningerne liggende retstilstand kan være problemgivende. Vigtigheden af at afklare herhen hørende spørgsmål bliver tydelig, når man betænker, at gruppefritagelsesforordninger typisk vil blive udstedt angående kontraktområder, der nyder en stor udbredelse og er af stor kommerciel og teknologisk betydning, samtidig med at disse retsområder som følge af gruppefritagelsernes eksistens kan lede til, at der ikke ved enhver aftaleindgåelse her indenfor medvirker fagjurister.

2.

Problemstillinger af den her skitserede art må også anses for nærliggende i forbindelse med ikrafttræden¹⁾ af de to nye gruppefritagelsesforordninger, henholdsvis "Kommissionens forordning (EF) Nr. 1475/95 af 28. juni 1995 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af salgs- og serviceaftaler vedrørende motorkøretøjer" (Kfo 1475/95) og "Kommissionens forordning (EF) nr. 240/96 af 31. januar 1996 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på visse kategorier af teknologioverførselsaftaler" (Kfo

¹⁾ *Kfo 1475/95* er i fuldt omfang trådt i kraft, idet dens artikel 13 indeholder den lidt pudsige bestemmelse: "Denne forordning træder i kraft den 1. juli 1995. Den anvendes fra den 1. oktober 1995 til den 30. september 2002. Bestemmelserne i forordning (EØF) nr. 123/85 finder fortsat anvendelse indtil 30. september 1995". Artikel 13 må herved ses i sammenhæng med artikel 7, hvorefter "Forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1, gælder ikke i perioden fra den 1. oktober 1995 til den 30. september 1996 for aftaler, der allerede er trådt i kraft den 1. oktober 1995, og som opfylder betingelserne for fritagelse i forordning (EØF) nr. 123/85.

Kfo 240/96 er trådt i kraft den 1. april 1996. Forordningen anvendes i henhold til dens artikel 13 indtil den 31. marts 2006, idet bestemmelserne i artikel 11, stk. 2 (ifølge hvilken bestemmelserne i forordning (EØF) nr. 2349/84 fortsat finder anvendelse indtil den 31. marts 1996), dog finder anvendelse fra den 1. januar 1996.

240/96). Disse forordninger bestemmer, at der gælder “gruppefritagelse”²⁾ for aftaler, hvori kun to virksomheder deltager, og hvorefter den ene aftalepart over for den anden forpligter sig til at påtage sig bestemt opregnede klausuler.³⁾

3.

Som naturligt er, opstiller begge forordninger en række klausuler, der i nøje angivet form definerer, *hvilke forpligtelser, der må indgå i den omhandlede aftale*, uden den virkning, at aftalen — selv om disse forpligtelser måtte være konkurrencebegrænsende — fratages den dispensation, som forordningen generelt anviser i medfør af artikel 85, stk. 3. Samtidig opstiller de pågældende gruppefritagelsesforordninger en række *klausuler, som ikke må forekomme i aftalen, hvis denne skal være gruppefritaget*. Eksempelvis bestemmer Kfo 1475/95 i artikel 3 i tilsammen 11 punkter, at en række forpligtelser gerne må indgå i aftalen. Artikel 3 har denne formulering:

“Fritagelsen gælder også, når den i artikel 1 omhandlede forpligtelse er forbundet med en forpligtelse for forhandleren til:

- 1) ikke uden leverandørens samtykke at ændre aftalevarer og tilsvarende varer, medmindre ændringen sker som led i en ordre fra en endelig forbruger og vedrører et bestemt af aftaleprogrammet omfattet motorkøretøj, som denne har købt
- 2) ikke at fremstille varer, som konkurrerer med aftalevarerne
- 3) kun at sælge nye motorkøretøjer, der udbydes af andre end fabrikanten, i særskilte salgslokaler med egen administration, der i retlig henseende udgør en særskilt enhed, og således at enhver sammenblanding af mærker er udelukket

²⁾ Altså “generel” dispensation — uden “anmeldelse” af aftalen til Kommissionen — i medfør af TEF artikel 85, stk. 3 fra forbudsbestemmelsen mod konkurrencebegrænsende aftaler i artikel 85, stk. 1. Se nedenfor i noten teksten i artikel 85.

³⁾ Kfo 1475/95 taler i artikel 1 om forpligtelser i aftaler, hvori der kun deltager to virksomheder, og hvorefter den ene aftalepart over for den anden forpligter sig til “inden for en bestemt del af fællesmarkedet og med henblik på videresalg at levere bestemte tre- eller flerhjulede *motorkøretøjer* til brug på offentlig vej samt reservedele hertil: 1) udelukkende til denne, eller 2) udelukkende til denne og til et bestemt antal andre virksomheder i salgsnettet”.

Kfo 240/96 stipulerer på sin side i artikel 1, at gruppefritagelse gælder, for “rene *patent- eller knowhow-licensaftaler* og på blandede patent- og knowhow-licensaftaler samt på aftaler, der indeholder supplerende bestemmelser om andre intellektuelle ejendomsrettigheder end patenter, hvori der kun deltager to virksomheder, og som indeholder en eller flere af følgende forpligtelser:”

- 4) at sørge for, at en tredjemand inden for rammerne af eftersalgsservice udført i et fælles værksted ikke uberettiget drager nytte af fabrikantens investeringer, især hvad angår udstyr eller uddannelse af personale
- 5) ikke at sælge reservedele, som konkurrerer med aftalevarerne, og som kvalitetsmæssigt ikke når samme standard som disse, samt til ikke at anvende disse dele ved reparation eller vedligeholdelse af aftalevarer eller tilsvarende varer”

osv., altså i alt 11 bindinger.

Kfo 240/96 på sin side opregner i artikel 1, stk. 1, at

“1 medfør af traktatens artikel 85, stk. 3, og på de nedenfor fastsatte betingelser erklæres bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. 1, [...] uanvendelige på” de heri anførte⁴⁾ tosidede aftaler “som indeholder en eller flere af følgende forpligtelser: ...”. Stk. 1 opregner herpå 8 punkter, hvorunder bl.a. falder

- “1) en forpligtelse for licensgiveren til ikke at give andre virksomheder tilladelse til at udnytte den overførte teknologi på licensområdet
- 2) en forpligtelse for licensgiveren til ikke selv at udnytte den overførte teknologi på licensområdet
- 3) en forpligtelse for licenstageren til ikke at udnytte den overførte teknologi på licensgiverens område inden for fællesmarkedet
- 4) en forpligtelse for licenstageren til ikke at fremstille eller anvende licensproduktet og til ikke at benytte licensmetoden på de områder inden for fællesmarkedet, der er tildelt andre licenstagere ...”,

osv., i alt 8 tilladte punkter.

Medens disse gruppefritagelsesforordninger, på linie med de øvrige gruppefritagelsesforordninger, således indeholder en række “tilladte” klausuler, indeholder disse forordninger, som anført, — ligesom tilsvarende de øvrige gruppefritagelsesforordninger gør det — forskellige *klausuler, som ikke må forekomme i de aftaler, som skal nyde godt af gruppefritagelse*. Eksempelvis bestemmer *Kfo 1475/95* således i artikel 6, stk. 1 at

“Der indrømmes ikke fritagelse, når:

- 1) begge aftaleparter eller med dem forbundne virksomheder er motorkøretøjsfabrikanter
- 2) aftaleparterne knytter aftalen til bestemmelser på andre varer og tjenesteydelser end de af denne forordning omfattede eller anvender aftalen på sådanne varer eller tjenesteydelser[r]

⁴⁾ Jf. ovenfor.

- 3) aftaleparterne med hensyn til tre- eller flerhjulede motorkøretøjer, reservedele dertil eller service indgår aftaler om konkurrencebegrænsende foranstaltninger, der ikke udtrykkeligt er fritaget af denne forordning, eller”,
i alt 12 klausuler.

Parallelt hermed fastlægger *Kfo 240/96* i artikel 3, at

“Artikel 1 og artikel 2, stk. 2, finder ikke anvendelse,⁵⁾ når

- 1) en af parterne er underlagt begrænsninger med hensyn til fastsættelse af priser, priselementer eller rabatter for licensprodukterne
- 2) en af parterne pålægges begrænsninger i adgangen til at konkurrere inden for fællesmarkedet med den anden part, med virksomheder, der er forbundet med denne, eller med andre virksomheder inden for områderne forskning og udvikling, fremstilling eller anvendelse og afsætning af konkurrerende produkter, jf. dog artikel 2, stk. 1, nr. 17 og 18
- 3) parterne eller en af parterne uden objektiv begrundelse pålægges pligt til:
 - a) at nægte at efterkomme ordrer fra brugere eller forhandlere, der er etableret på deres respektive område, og som agter at afsætte produkterne på andre områder inden for fællesmarkedet
 - b) at lægge hindringer i vejen for, at brugere eller forhandlere kan købe produkterne hos andre forhandlere inden for fællesmarkedet, bl.a. når de håndhæver intellektuelle ejendomsrettigheder eller træffer foranstaltninger til at forhindre disse brugere eller forhandlere i at erhverve produkter, der lovligt er markedsført inden for fællesmarkedet af licensgiveren eller med dennes samtykke, uden for licensområdet, eller i at afsætte dem på licensområdet eller når sådanne handlinger er resultat af en samordning mellem parterne ...”

i alt 7 klausuler.

4.

Med en opbygning af gruppefritagelsesforordningerne på denne måde rejser det spørgsmål sig som nærliggende, hvorledes situationen er for parter i en forud for gruppefritagelsesforordningens ikrafttræden indgået aftale, i de tilfælde, hvor en tidligere gruppefritagelsesforordning har medført, at der for den forud liggende aftale har været tale om, at denne aftale har opfyldt vilkårene i den tidligere forordning for at have gruppefritagelse, medens dette på grund af den nye gruppefritagelsesforordnings udformning ikke længere vil være tilfældet. Kan den ene eller begge parter grundet den nye forordnings tilkomst løsgøre sig fra den foreliggende aftale, indebærer eventuelle frister for aftaleopsigelse, som måtte være indeholdt i en gruppefritagelsesforordning, at

⁵⁾ Dvs. der gælder ikke gruppefritagelse; min bemærkning.

dette varsel indarbejdes i den foreliggende kontrakt, vil nægtelse fra den ene parts side af eventuelt at indgå/underskrive en ny aftale, som tager højde for den nu foreliggende gruppefritagelses betingelser, udgøre en misligholdelse, måske endda væsentlig, som berettiger den anden kontraktpart til at ophæve aftalen.

5.

For at finde frem til en korrekt besvarelse af disse spørgsmål, og andre spørgsmål, som kunne stilles i naturlig sammenhæng med disse, bør man tage udgangspunkt i det EU-konkurrenceretlige system, for så vidt angår konkurrencebegrænsende aftaler. Det må herved iagttages, at denne del af konkurrenceretten udgøres af den strenge forbudsbestemmelse i artikel 85, stk. 1,⁶⁾ som imidlertid mildnes gennem muligheden for at opnå dispensation i medfør af artikel 85, stk. 3.⁷⁾ Et par af de herved opståede skæringsfelter mellem

⁶⁾ Artikel 85 bestemmer i stk. 1:

“Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem Medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, er uforenelige med fællesmarkedet og er forbudt, navnlig sådanne, som består i:

- a) direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser eller af andre forretningsbetingelser,
- b) begrænsning af eller kontrol med produktion, afsætning, teknisk udvikling eller investeringer,
- c) opdeling af markeder eller forsyningskilder,
- d) anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen,
- e) at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillæggydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand”.

⁷⁾ Artikel 85, stk. 3 fastlægger den individuelle dispensationsmulighed eller gruppefritagelsesmuligheden (“kategori af aftaler”) således:

“Bestemmelserne i stk. 1 kan dog erklæres uanvendelige på:

- enhver aftale eller kategori af aftaler mellem virksomheder,
- enhver vedtagelse eller kategori af vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder, og
- enhver samordnet praksis eller kategori deraf,

som bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varer eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, samtidig med at de sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved, og uden at der:

- a) pålægges de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål;

konkurrenceretten og kontraktretten tager sig med dette udgangspunkt således ud for så vidt angår de her som illustration valgte forordningers vedkommende:

a.

Under den tidligere gruppefritagelsesforordning Kfo 123/85 vedrørende bilforhandlingskontrakter gjaldt der gruppefritagelse (indtil udgangen af september 1995) for forhandleraftaler, hvorved der pålagdes forhandleren pligt til ikke at forhandle konkurrerende bilmærker, idet artikel 3 bl.a. anviste, at gruppefritagelse også gjaldt, når den i artikel 1 omhandlede forpligtelse⁸⁾ var forbundet med en forpligtelse for forhandleren til ikke at sælge nye motorkøretøjer, som konkurrerede med aftalevarerne, og til ikke i forretningslokaler, hvor aftalevarerne blev udbudt til salg, at sælge nye motorkøretøjer, som blev udbudt af andre end fabrikanten, (men som altså ikke konkurrerede med aftalevarerne). Ved Kfo 1475/95 er der imidlertid sket en mildnelse for forhandlerne i så henseende, idet Kfo 1475/95 ikke giver mulighed for gruppefritagelse, hvis der pålægges forhandleren et fuldstændigt konkurrenceforbud vedrørende andre bilmærker m.v. I præamblen til Kfo 1475/95 siges det således, at konkurrenceforbuddet kan fritages, hvis det ikke forhindrer forhandleren i at forhandle andre automobilmærker, dog således at enhver sammenblanding af mærker skal være udelukket.⁹⁾ Forpligtelsen til kun at forhandle andre fabrikanters varer på særskilte salgssteder med egen administration og generelt undgå enhver sammenblanding af mærker sikrer ifølge præamblen, at der på hvert enkelt salgssted udelukkende forhandles ét mærke. Forhandleren skal opfylde denne forpligtelse i god tro, således at salgsfremmende foranstaltninger, salg og service på ingen måde giver anledning til vildledning hos forbrugeren eller fører til, at forhandleren handler illoyalt over for leverandører af varer af konkurrerende mærker. For at sikre konkurrerende varers konkurrenceevne skal de forskellige salgssteder med egen administration være selvstændige juridiske enheder. En sådan forpligtelse forstærker forhandlerens bestræbelser med hensyn til salg og service af aftalevarer, og den forstærker dermed også konkurrencen mellem disse varer og de konkurrerende varer. Disse bestemmelser forhindrer imidlertid ikke, at forhandleren i samme værksted tilbyder og udfører vedligeholdelse og reparation af konkurrerende automobilmærker. Det kan imidlertid pålægges forhandleren at sørge for, at en tredjemand ikke uberettiget drager nytte af

b) gives disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer”.

⁸⁾ Der svarede til forpligtelsen i henhold til artikel 1 i den nugældende Kfo 1475/95.

⁹⁾ Dette udsagn refererer sig til selve forordningens artikel 3, nr. 3.

leverandørens investeringer. I selve forordningsteksten i Kfo 1475/95 hedder det herefter, som ovenfor nævnt, i tilknytning til disse overvejelser, at "Fritagelsen gælder også, når den i artikel 1 omhandlede forpligtelse er forbundet med en forpligtelse for forhandleren til: [...] 3) kun at sælge nye motorkøretøjer, der udbydes af andre end fabrikanten, i særskilte salgslokaler med egen administration, der i retlig henseende udgør en særskilt enhed, og således at enhver sammenblanding af mærker er udelukket".

Det er således klart, at Kfo 1475/95 på dette punkt har indført strengere krav over for leverandøren, end hvad der var gældende under Kfo 123/85, i henseende til begrænsninger, som kan pålægges forhandleren med hensyn til konkurrerende salg.¹⁰⁾ Spørgsmålet om de retlige konsekvenser for den tidligere indgåede aftale kan imidlertid herved stille sig som tvivlsom. Har den tidligere aftale indeholdt et strengt konkurrenceforbud i overensstemmelse med den tidligere Kfo 123/85 artikel 3, nr. 3, for forhandleren, kan rækkevidden af den nye Kfo 1475/95 artikel 3, nr. 3, næppe være, at den tidligere aftale ville kunne hæves fra leverandørens side, hvis forhandleren ikke ønsker at medvirke til at ændre den tidligere gældende aftale. Efter min vurdering vil der herved ikke være svigtet nogen relevant forudsætning for leverandøren, således at dette kunne berettigede ham til en sådan beføjelse. I så henseende må den nye gruppefritagelsesforordning Kfo 1475/95 derimod på dette punkt indebære, at leverandøren — hvis han ønsker, at den med ham indgåede forhandleraftale også fortsat under Kfo 1475/95 skal nyde godt af gruppefritagelse — ensidigt må afgive erklæring over for forhandleren om, at der ikke længere gælder det i henhold til aftalen stipulerede konkurrenceforbud, men derimod gælder den mulighed for forhandling af konkurrerende bilmærker, som Kfo 1475/95 anviser, skal være til stede. Der vil således ikke berettiget kunne stilles krav om, at forhandleren indgår nye aftalevilkår i relation til denne bestemmelse. Hvis leverandøren derimod ikke afgiver en sådan erklæring, vil det være nærliggende at overveje, om det EU-retlige forhold, at der ikke længere vil gælde gruppefritagelse, tillige vil medføre, at forhandleren vil kunne forlange sig frigjort fra sin aftale ud fra forudsætningsretlige grundsætninger om, at han skal stilles som andre tilsvarende forhandlere, der har indgået aftale i henhold til Kfo 1475/95. Leverandøren måtte imidlertid, stillet over for et sådant krav, meget vel kunne gøre gældende, at gruppefritagelsesforordningerne ikke indebærer nogen pligt til en aftaleudformning, der er forordningskonform. Gruppefritagelsesforordningerne, derunder de to her fremdragne, Kfo 1475/95 og Kfo 240/96, har således ikke den retsvirkning at definere, hvilke aftaletyper,

¹⁰⁾ Kfo 1475/95 har i øvrigt på flere andre punkter ændret mulighederne for leverandøren til at stille begrænsende krav til forhandleren.

der er i strid med TEF artikel 85, stk. 1, men alene at instituere den retsvirkning, at *hvis* aftaler er indgået med et konkurrencebegrænsende indhold, som ikke går ud over det efter forordningen tilladte, vil aftalen automatisk anses for at opfylde betingelserne i artikel 85, stk. 3, hvad enten den er konkurrencebegrænsende i strid med artikel 85, stk. 1 eller ej. Denne synsmåde er kommet til udtryk i EF-domstolens praksis, idet Domstolen i *VAG France mod Etablissements Magne*¹¹⁾ fastslog, at et krav fra en billeverandørs side over for en forhandler, om at erstatte en eksisterende aftale med en ny aftale, der opfyldte de normer, som fulgte af Kfo 123/85, ikke kunne udledes af Kfo 123/85. Tvært imod fandt Domstolen anledning til at udtale, at bestemmelserne i Kfo 123/85 ikke pålægger nogen forpligtelse til at gøre brug af de muligheder, som forordningen gav dem. Forordningen havde heller ikke den virkning at modificere indholdet af parternes aftale eller at gøre denne ugyldig, hvis alle betingelserne i forordningen ikke var opfyldt. Hvis en aftale ikke opfyldte betingelserne i forordningen, kunne parterne nemlig bede Kommissionen om en individuel beslutning om, at artikel 85, stk. 1 ikke finder anvendelse¹²⁾, eller gøre gældende, at betingelserne i en anden gruppefritagelsesforordning ville være opfyldt, eller godtgøre, at den pågældende aftale af andre grunde ikke er i strid med forbuddet i artikel 85, stk. 1.¹³⁾

¹¹⁾ Sag 10/86, præ. afg. af 18.12.1986, Sml. 1986, 4071.

¹²⁾ Det ville altså i praksis sige enten en negativattest eller et herpå rettet "comfort letter".

¹³⁾ I sag C-226/94, *Grand garage albigeois SA m.fl.* mod Garage Massol, præ. afg. af 15.2.1996, endnu ikke i Sml., har EF-domstolen fastslået, at Kfo 123/85 blot hjemler mulighed for, at de erhvervsdrivende inden for automobilbranchen i et vist omfang kan indgå salgs- og serviceaftaler, som trods visse vilkår om eneret og om forbud mod konkurrence ikke omfattes af forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1. Den vedrører alene kontraktforholdet mellem leverandørerne og deres godkendte forhandlere og fastslår alene, hvad parterne kan eller ikke kan forpligte sig til at gøre i forhold til tredjemænd. Kfo 123/85 har derimod ikke til formål at regulere virksomheden for de tredjemænd, der kan virke på markedet uden for det område, som er dækket af salgsaftalerne. Kfo 123/85 skulle fortolkes således, at den ikke var til hinder for, at en erhvervsdrivende, som hverken var godkendt forhandler, der er tilsluttet salgsnettet for fabrikanten af et bestemt bilmærke, eller var befuldmægtiget mellemforhandler (mellemmand) i den betydning, som var forudsat i forordningens artikel 3, nr. 11, driver uafhængig virksomhed med videresalg af nye køretøjer af det pågældende mærke.

b.

Kfo 1475/95 har i artikel 5, stk. 2, nr. 2 og 3, og stk. 3, fastlagt mindstekrav for fritagelsen med hensyn til salgs- og serviceaftalers varighed og opsigelse, idet Kommissionen har fundet, at en forhandlers investeringer til fremme af salg og service af aftalevarerne væsentligt forøger forhandlerens afhængighed af leverandøren, hvor der er tale om kortvarige aftaler eller aftaler, der kan opsiges med kort varsel. Artikel 5, stk. 2 og 3 bestemmer herved, at

“2. Har forhandleren påtaget sig forpligtelser som omhandlet i artikel 4, stk. 1, med henblik på at fremme salgs- og servicestrukturen, gælder fritagelsen på betingelse af, at:

- 1) leverandøren fritager forhandleren fra de i artikel 3, nr. 3, omhandlede forpligtelser, såfremt forhandleren godtgør, at der foreligger sagligt rimelige grunde til at gøre det
- 2) aftalen er indgået for mindst fem år, eller at den normale opsigelsesfrist for en på ubestemt tid indgået aftale er på mindst to år for begge aftaleparter; denne frist nedsættes til mindst et år
 - hvis leverandøren i henhold til lov eller særlig aftale skal betale en rimelig erstatning ved aftalens ophør, eller
 - hvis der er tale om forhandlerens optagelse i salgsnettet og om den første aftaleperiode eller den første mulighed for ordinær opsigelse
- 3) hver af parterne i en på bestemt tid indgået aftale forpligter sig til at underrette den anden part mindst seks måneder før aftalens udløb om, at han ikke ønsker at forlænge aftalen.
3. De i stk. 1 og 2 nævnte betingelser for fritagelse berører ikke:
 - leverandørens ret til at opsiges aftalen med mindst et års varsel, hvis det er nødvendigt at foretage en gennemgribende reorganisering af hele forhandlernettet eller en del heraf
 - en aftaleparts ret til at opsiges aftalen ekstraordinært, hvis den anden aftalepart misligholder én af aftalens væsentlige forpligtelser.

I tilfælde af uenighed skal parterne i hvert enkelt tilfælde acceptere en hurtig afgørelse af tvisten enten ved at anvende en uvildig sagkyndig eller at afgøre sagen ved voldgift, uden at dette indskrænker parternes mulighed for at indbringe sagen for domstolene i overensstemmelse med gældende national ret”.

Selv om Kfo 1475/95 således nøje redegør for betimeligheden ved de ret lande opsigelsesfrister, som er længere end, hvad der har været gældende under Kfo 123/85, må det af de ovenfor anførte grunde ligeledes her kunne fastslås, at en under den tidligere forordning indgået aftale ikke nødvendigvis automatisk ændres, eller skal ændres, så den kommer i harmoni med den nye Kfo 1475/95. En leverandør vil således ikke nødvendigvis være tvunget til at meddele sin forhandler en sådan fristforlængelse.

c.

Under teknologioverførelsesforordningen, Kfo 240/96, der har afløst de to tidligere gruppefritagelsesforordninger Kfo 2349/84 om patentlicensaftaler og Kfo 556/89 om know-how-licensaftaler, rejser et anset spørgsmål sig, når den nye forordnings artikel 1, stk. 3 indeholder følgende bestemmelse: "For rene patentlicensaftaler gælder den fritagelse, der herved hjemles for de i stk. 1 nævnte forpligtelser, kun så længe licensproduktet er beskyttet af nødvendige parallelle patenter [...]. Fritagelsen for den i stk. 1, nr. 6, nævnte forpligtelse¹⁴⁾ gælder i et tidsrum på højst fem år regnet fra den dato, hvor licensproduktet første gang blev markedsført på fællesmarkedet af en af licenstagerne, så længe produktet på disse områder er beskyttet af parallelle patenter." Det må nemlig herved overvejes, om en længerevarende licensaftale, som indeholder et forbud mod passivt salg for licenstageren ind i andre licenstageres områder, hermed bliver ugyldig i sin helhed, eller eventuelt delvis ugyldig for så vidt angår en periode, som ligger ud over de anførte 5 år. Løsningen på denne problemstilling er ikke så let. Det stiller sig således for det første som usikkert, om det overhovedet ved de rene patentlicensaftaler udgør en konkurrencebegrænsning, som kan omfattes af forbudsbestemmelsen i artikel 85, stk. 1, idet selve eksistensen af en gyldig patentret dermed kan være i sig selv tilstrækkelig til at beskytte sig, også mod passivt salg. Hvis dette er tilfældet, vil en aftaleklausul, der tager sigte på det samme, næppe være i strid med artikel 85. Dertil kommer imidlertid, at en part i en aftale, hvorefter den pågældende forpligtelse til ikke at foretage passivt salg overstiger de stipulerede 5 år, næppe vil kunne gøre gældende, at der, hvis aftalen er indgået efter tilkomsten af gruppefritagelsesbestemmelsen herom¹⁵⁾, vil kunne være udsat for nogen skuffelse, som ville kunne berettige til ophævelse af kontrakten, hvis det måtte vise sig, at der ikke kan indgås

¹⁴⁾ Ifølge artikel 1, stk. 1, nr 6) gælder der gruppefritagelse for "6) en forpligtelse for licenstageren til ikke at markedsføre licensproduktet på andre licenstageres områder inden for fællesmarkedet efter leveringsanmodninger afgivet uden opfordring", altså forbud mod passivt salg.

¹⁵⁾ Kfo 2349/84 indeholdt en tilsvarende bestemmelse i artikel 1, stk. 1, nr. 6.

patentlicensaftale med den pågældende klausul for en længere periode, end den 5 års-frist, som er anført i forordningen.

6.

Ved en umiddelbar læsning af artikel 85 er det åbenbart, at denne bestemmelse har tilsigtet at gøre indgreb over for visse vildskud i forhold til den almindelige kommercielle markedsadfærd, således eksempelvis når magtfulde konkurrerende virksomheder indgår prisaftaler, markedsdelingsaftaler, produktionsbegrænsningsaftaler osv. med hverandre. Anderledes stiller det sig derimod, når virksomheder opfylder gruppefritagelsesforordningens betingelser. Her gives rum for konkurrencebegrænsende elementer. Når gruppefritagelsesforordningerne imidlertid ændres, eller når andre regelsæt spiller ind, bliver sammenhængen mellem på den ene side de fra konkurrencelovgivningen ikke-fritagne aftaler eller ikke-fritagne aftaleklausuler og på den anden side den civilretlige ugyldighed eller ophævelsesadgang mindre nærliggende. Det må dermed tilrådes i hvert enkelt tilfælde nøje at gennemtænke den praktiske konsekvens af såvel det konkurrenceretlige regelsæt som af den civilretlige sanktionslære.