

Juridisk Institut

Julebog 1997



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
1997

Juridisk Institut – Julebog 1997

1. udgave, 1. oplag

© 1997 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 1997

ISBN 87-574-0563-8

ISSN-1397-6494

Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Gothersgade 133

Box 2126

1015 København K

Tlf.: 33 95 97 00

Fax: 33 95 99 97

e-mail: fl@djoeef.dk

Homepage-adresse: <http://www.djoeef.dk/flhome.htm>

Indholdsfortegnelse

Best execution - gabestok for handlere eller investorer?, af lektor, lic.jur. Nis Jul Clausen	7
Tanker om investorbeskyttelse og Internet, af Ph.d.-stipendiat, cand.jur. Helen Holdt	29
Ny kursgevinstlov - gammel vin på nye flasker, af lektor, Kjeld Hemmingsen	45
Udviklingen i de danske regler om overførsel af underskud fra udenlandsk filial eller datterselskab i et EU-retligt perspektiv, af Ph.d.-stipendiat, cand.merc.(jur) Christina D. Tvarnø	59
Om tvangsakkord for interessenter, af lektor, lic. jur. Hans Viggo Godsk Pedersen	83
Merchandising, af adjunkt, cand.merc.(jur.), ph.d. Thomas Riis	95
Direkte krav - Mangelskrav mod sælgers sælger eller sælgers andre medkontrahenter, af professor, dr.jur. Bernhard Gomard	115
Anvendelse af selskabsrettens erstatningsregler i koncernforhold, af adjunkt, lic.jur. Søren Friis Hansen	125
Homo judicans, af professor, dr.jur. Ole Lando	141
Nogle hovedtræk af islamisk retshistorie og retslære, af kandidatstipendiat, Bjørn Ryberg	151
Mærkevarer i enedistribution set i lyset af fri bevægelighed i EU, af docent, Elisabeth Thuesen	183
Fondsretten i 1990'erne, af professor, lic.jur. Lennart Lynge Andersen	201
GPA og EU-reglerne om offentlige udbud, af professor, dr.jur. Ruth Nielsen	219

Vedrørende retsvirkningen af bestemmelser i direktivpræambler, specielt vedrørende Rdir 93/93 om udbud i forbindelse med forsyningsvirksomheder, af professor, dr.jur. Jens Fejø	239
--	-----

Kontraktretten og dens tilpasningsevne, af professor, Peter Møgelvang-Hansen	247
---	-----

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 1997/98.

København, november 1997

Ruth Nielsen
institutleder

Best execution - gabestok for handlere eller investorer?

af
Nis Jul Clausen

“[Let] the exchanges take the leadership, with the Government playing a residual role. [However,] Government would keep the shotgun, so to speak, behind the door, loaded, well-oiled, cleaned, ready for use but with the hope that it would never have to be used.”

SEC Chairman William O. Douglas,
Democracy and Finance (1940) p. 64.

1. Baggrund

Efter børsreform II er kompetencen til inden for værdipapirhandelslovens rammer at fastsætte detailregler for udstedelse og omsætning af børsnoterede værdipapirer som noget nyt blevet delt mellem Fondsrådet og de privatiserede markedsvirksomheder (in casu Københavns Fondsbørs A/S). Fondsbørsens regler skal anmeldes over for Fondsrådet, og dette kan i særlige tilfælde give pålæg om, at reglerne ændres eller selv udstede regler. Fondsrådet fører det overordnede markedstilsyn og skal virke for, at det danske børs- og værdipapirmarked er velfungerende med en sådan effektivitet, gennemskuelighed og konkurrencedygtighed, at det er attraktivt for udstedere, investorer og værdipapirhandlere, og lever op til internationale standarder, se værdipapirhandelslovens § 83.

Det kan næppe overraske, at denne i regi af børsreformen kontroversielle og i øvrigt ikke ganske præcise kompetencefordeling¹⁾ indebærer risiko for

¹⁾ Se nærmere herom, Betænkning 1290/1995 Børsreform II, bind 2 s. 85f og *Nis Jul Clausen*, Privat- og offentligretlig regulering i selskabs- og børsretten, s. 141f i *Ellen Margrethe Basse og Henrik Zahle (red.) To retstraditioner - Om sondringen mellem offentlig ret og privatret* (1996).

konflikt. I Fondsrådets første årsberetning 1996 hedder det på s. 16 og 17 blandt andet, at "[n]år Fondsrådet har modtaget markedsvirksomhedernes regelsæt, kan Fondsrådet give pålæg om at ændre det anmeldte regelsæt eller selv fastsætte supplerende regler for disse områder . . . [og i] enkelte tilfælde har Fondsrådet spurgt om uddybende kommentarer til det indsendte, hvilket har bevirket, at markedsvirksomhederne selv har ændret regelsættet . . . I forbindelse med behandlingen af anmeldte regelsæt fra markedsvirksomhederne har rejst sig generelle spørgsmål om f.eks. gennemsigtighed på værdipapirmarkedet samt om indholdet af det såkaldte »best execution«-begreb."

Disse - noget forsigtige men givetvis med megen omhu valgte - formuleringer dækker over den første reelle konflikt mellem på den ene side den privatiserede Københavns Fondsbørs A/S ejet af handlerne og udstederne og på den anden side det offentligtretlige rådsorgan Fondsrådet, hvori også investorerne har sæde.

I det følgende drøftes begrebet best execution og rækkevidden af Fondsbørsens regler om best execution, som fastlagt i de børsetiske regler af 19. august 1997.

2. Begrebet »best execution«

I disse tider hvor menneskeretsspørgsmål og menneskeretskonventioner generelt får større og større betydning for retsvidenskaben og ved afgørelse af konkrete sager, kunne man forledes til at antage, at best execution indebærer et krav om anvendelse af en særlig skånsom eller raffineret henrettelsesmetode. I nærværende børs- og værdipapirhandelsretlige sammenhæng relaterer best execution sig dog til forholdet mellem den professionelle formidler af handler med værdipapirer - værdipapirhandleren - og dennes kunder - investorerne. Kernen i begrebet er, at værdipapirhandleren ved udførelse af handler, rådgivning og andre opgaver for den enkelte kunde skal varetage og sikre kundens bedste interesse, jf. værdipapirhandelslovens § 5, stk. 2.

2.1. Oprindelse - USA

Som så mange andre børsretlige problemstillinger og krav har best execution sin oprindelse i den amerikanske securities regulation. Kravet om best execution for brokers og dealers - professionelle formidlere - udspringer af common law agency principles og støttes på en række anti-fraud bestemmelser i the Securities Exchange Act of 1934, herunder den generelle bestemmelse i Rule 10b-5 og de detaljerede krav til brokers og dealers i Rule 11A.

Når en formidler mod vederlag og efter nærmere aftale påtager sig at udføre opgaver for den enkelte kunde etableres der et særligt fortrolighedsforhold med

den følge, at formidleren som 'agent' for en konkrete kunde - 'principal' - pålægges at sikre kundens bedste interesse. Under denne 'fiduciary theory' og helt i overensstemmelse med common law agency principles er det fastslået,²⁾ at en formidler er forpligtet "to act exclusively in the principal's best interest" og "under a duty to exercise reasonable care to obtain the most advantageous terms for the principal."³⁾

Med den såkaldte 'shingle theory' (shingle = forretningsskilt) har man distanceret sig fra kravet om et konkret fiduciary relationship mellem formidleren og kunden. Alene det forhold, at en broker eller dealer driver virksomhed, som kræver forudgående tilladelse og løbende overholdelse af særlige regler om organisation, drift mv., betyder, at kunderne generelt har en berettiget og af retsordenen sanktioneret forventning om redelig behandling og virksomhedsudøvelse under hensyntagen til kundens bedste interesse. Dette indebærer blandt andet, at en formidler ikke må afregne handler med værdipapirer til en pris, som afviger væsentligt fra den reelle salgs- eller købspris, med mindre kunden informeres herom.⁴⁾

Selvom The Securities and Exchange Commission (SEC) og de amerikanske domstole således allerede i 1940'erne og primært ud fra ønsket om at beskytte kunderne/investorerne havde stillet krav om best execution, påbegyndtes overvejelserne om og opstilling af detaljerede krav herom først i begyndelsen af 1970'erne. SEC og den amerikanske Kongres ønskede at effektivisere handelen med værdipapirer og øge konkurrencen mellem de forskellige børser og andre markeder for værdipapirhandel i USA. Under betegnelsen The National Market System for the Trading of Securities blev der i 1975 gennemført betydelige ændringer i The Securities Exchange Act of 1934.⁵⁾ Et vigtigt element heri var, at brokere og dealere blev pålagt pligt til

²⁾ Jf. *In re Arlene W. Hughes*, 27 S.E.C. 629 (1948) *aff'd*, *Hughes v. SEC*, 174 F.2d 969 (D.C. Cir. 1949).

³⁾ Jf. Restatement 2d Agency § 387 og § 424 (1958).

⁴⁾ The Shingle Theory er første gang anvendt af domstolene i en sag om fratagelse af en brokers tilladelse til at drive virksomhed, jf. *Charles Hughes & Co. v. SEC*, 139 F.2d 434 (2d Cir. 1943), *cert. denied*, 321 U.S. 786 (1944). Se tillige *United Securities Corp.*, 15 SEC 719 (1944), hvor det på side 727 anføres; "that the fundamental principle underlying these cases is that any person, regardless of his knowledge of the matter or his access to market information, is entitled to rely on the implied representation, made by a registered dealer in securities, that customers will be treated fairly."

⁵⁾ The Securities Acts Amendments of 1975 omfattede blandt andet Rule 11A. Se tillige og kritisk *David Lipton*, Best Execution: The National Market System's Missing Ingredient, 57 Notre Dame L. Rev. 449 (1982).

forud for gennemførelsen af en kundes ordre at foretage rimelige undersøgelser af, på hvilket marked den bedste pris (og betingelser i øvrigt) kunne opnås, og herefter effektuere og afregne kundens ordre til en pris, som afspejlede den bedst opnåelige.

De amerikanske regler om best execution har således ikke alene været båret af investorbeskyttelseshensyn. Også ønsket om ud fra en økonomisk betragtning at sikre et effektivt værdipapirmarked med konkurrence mellem værdipapirhandlere indbyrdes og mellem forskellige markeder har spillet en afgørende rolle for udformningen af reglerne.⁶⁾

Omend bedste pris-princippet og gennemsigtighed i afregningen er en væsentlig del af best execution, kan betingelserne for clearing og afvikling mv. også indgå i bedømmelsen, ligesom værdipapirets art, ordrens størrelse, kundens status og den konkrete aftale mellem kunden og formidleren spiller en rolle ved vurderingen af, om forpligtelsen til best execution er opfyldt. Tidsmæssige krav til effektueringen af kunders ordrer er ligeledes en del af best execution, og en værdipapirhandler er i sin rådgivning forpligtet til at informere kunden om generelle og særlige ricisi i forbindelse med værdipapirhandel. Endelig er en værdipapirhandler forpligtet til at informere kunden om enhver personlig interesse, som han måtte have i et anbefalet værdipapir.⁷⁾

⁶⁾ Denne law and economic-approach kom til udtryk i Kongressens begrundelse for The National Market System, idet man herved skulle sikre (1) "economic efficient execution of securities transactions," (2) "practicability of brokers executing investors' orders in the best market," (3) "opportunity [subject to best execution] for investors' orders to be executed without the participation of a dealer," og (4) "[linkages] of all markets for qualified securities through communication and data processing facilities [to] contribute to the best execution of...orders", jf. 15 U.S.C. § 78k-1(a)(1).

⁷⁾ De væsentligste elementer i den gældende regulering af best execution og domspraksis er blandt andet omtalt hos *Cox, Hillman and Langenvoort*, Securities Regulation, 2d ed. (1997) p. 1093f og *Louis Loss*, Fundamentals of Securities Regulation (1988) p. 810f. Selvom der såvel i The Securities Exchange Act of 1934 som i regler fastsat af SEC og af forskellige self-regulatory organizations i dag findes meget detaljerede krav til best execution, debateres problemstillingen fortsat. Der er ikke i SEC's Market 2000 - A Examination of Current Equity Market Developments, Januar 1994, hvor best execution omtales i Study V, foreslået væsentlige nye regler. Dette er blevet kritiseret, se f.eks. *Seligman*, Another Unspecial Study: The SEC's Market 2000 Report and Competitive Developments in the U.S. Capital Markets, 50 Bus. Law. 485 (1995) og *Mendelson & Peake*, Intermediaries' or Investors': Whose Markets Is It Anyway? 19 J. Corp. L. 443 (1994).

2.2. Introduktion i dansk børsret

Begrebet best execution er for første gang introduceret i dansk ret i forbindelse med fremsættelse og vedtagelse af værdipapirhandelsloven, der er børsreform II's hovedlov.

Værdipapirhandelslovens § 5 og § 6 opstiller, som investeringsservicedirektivets artikel 10 og 11, en række principper og generelle krav til god forretningsskik gældende for værdipapirhandlere. Værdipapirhandlerens kunderelationer omtales i § 5, stk. 2 og 3, og en værdipapirhandler har blandt andet pligt til *at* handle loyalt og korrekt over for kunder og i disses bedste interesse og under hensyn til markedets integritet, *at* udføre kunders handler med den nødvendige kompetence, omhu og hurtighed og under hensyn til markedets integritet og kundernes bedste interesser, samt *at* bestræbe sig på at der ikke opstår interessekonflikter, og når sådanne ikke kan undgås, sørge for, at kunderne behandles korrekt.

Selvom kravene klart afspejler elementer fra best execution-problematikken, anvendes betegnelsen ikke i denne sammenhæng, men derimod i forbindelse med § 19, stk. 3, nr. 3, hvorefter en fondsbørs for at sikre investorbeskyttelse og ligelig behandling af markedsdeltagerne skal fastsætte børsetiske regler.⁸⁾ I bemærkningerne til erhvervsministerens andet forslag til lov om værdipapirhandel mv., som blev fremsat den 9. november og vedtaget den 14. december 1995, hedder det:

De børsetiske regler skal omfatte regler om »best execution«, dvs. at en værdipapirhandler altid har pligt til at udføre en investors ordre til en pris som

⁸⁾ Den manglende sammenkædning og koordinering mellem værdipapirhandelslovens krav om god forretningsskik og kunderelationer og fondsbørsernes krav om best execution i de børsetiske regler forekommer ikke velbegrundet, og vil kunne give anledning til problemer. Fordelingen af den regeludstedende kompetence er ikke klar. Efter værdipapirhandelslovens 3, stk. 2, kan Fondsrådet udstede regler om god værdipapirhandelsskik, efter § 5, stk. 4 og § 6, stk. 5, er det Finanstilsynet, der udsteder regler om god forretningsskik, mens reglerne om best execution er en del af en fondsbørs' børsetiske regler med mulighed for indgriben fra Fondsrådets side, jf. lovens § 83, stk. 6 og 7. Hertil kommer, at Forbrugerombudsmanden med henvisning til markedsføringslovens krav om god markedsføringsskik også kan udstede retningslinier vedrørende værdipapirhandel. Mulighederne for at støtte ret på og sanktionere overtrædelse af reglerne kan ligeledes variere afhængig af, om reglerne er fastsat i bekendtgørelsesform (af Finanstilsynet og Fondsrådet) eller som børsetiske regler af en fondsbørs i aktieselskabsform. Endelig vil anvendelsesområdet for reglerne være forskellige. Mens værdipapirhandelslovens § 5 og § 6 gælder for alle værdipapirhandlere, kan Fondsbørsen kun - baseret på foreningsretlige og kvasiaftaleretlige betragtninger - fastsætte regler, som er direkte bindende for dens medlemmer - fondsbørsmedlemmerne (og udstederne).

angivet på en fondsbørs, også selv om handelen ikke er sket over fondsbørsen. Det betyder, at den kurs, som en værdipapirhandler eksekverer investors ordre til, ikke må afvige væsentligt fra kursen fastsat på en fondsbørs, idet værdipapirhandlerens fortjeneste skal fremstå klart for kunden i form af kurtage o.l. og ikke skjules i kursen. I andre situationer kan »best execution« være, at handelen foretages hurtigt uden hensyn til, at der er stillet købs- og salgskurs på en fondsbørs. Det er under alle omstændigheder investors forhold, der er afgørende for indholdet af, hvad der er »best execution« i en konkret transaktion. Indeholder de børsetiske regler ikke regler om »best execution« kan Fondsrådet pålægge en fondsbørs at fastsætte sådanne regler.⁹⁾

Efter lovbemærkninger omfatter best execution således regler, om kursfastsættelsen når der ikke handles via fondsbørsens handelssystemer, om udformning og indhold af afregningsnotaer, samt om tidsmæssige krav til eksekvering af kunders ordrer. Indholdsmæssigt stilles der krav om, at afregningskursen ikke må fravige væsentlig fra kursen på Fondsbørsen, og at kurs og kurtage, herunder andre tillæg, klart skal adskilles i afregningsnotaen. Lovgivers ønske om at der skal fastsættes regler om best execution, som beskrevet i bemærkningerne, fremgår klart af citatets sidste sætning, og Fondsrådet har således haft særlig anledning til at se med kritiske øjne på Fondsbørsens regler om best execution.

2.3. De børsetiske regler

Siden værdipapirhandelslovens ikrafttræden har Københavns Fondsbørs A/S med henvisning til værdipapirhandelslovens §19, stk. 1, nr. 3, udstedt to sæt børsetiske regler.

I de oprindelige børsetiske regler af 9. april 1996 hedder det under overskriften, HANDLERS UDFØRELSE (best execution):

Kundens interesse

§ 3. Medlemmer skal til enhver tid søge at sikre de bedste betingelser for deres kunder ved udførelse af modtagne ordrer og må ikke anbefale køb og salg alene med egen indtjening for øje.

Stk. 2. Medlemmer skal udføre handler over Københavns Fondsbørs A/S' handelssystemer, hvis det aftales med kunden.

Stk. 3. Medlemmer skal stille aktuelle købs- og salgspriser over for kunden, der herefter har mulighed for at beslutte sig for straks at handle. Sådanne købs- og salgspriser afspejler

⁹⁾ Jf. Folketingstidende 1995/96, Tillæg A, L 71 s. 50, sp. 2. I lyset af den vægt, som regler om best execution tillægges i bemærkningerne, kan det undre, at problemstillingen er uomtalt i børsudvalgets betænkning nr. 1290/1995 Børsreform II og i udvalgets og erhvervsministerens oprindelige lovforslag L 250 af 3. maj 1995.

det aktuelle marked og ikke Fondsbørsens gennemsnitspriser.

Stk. 4. Medlemmer skal sikre, at fordelingen af rettigheder og forpligtelser mellem kunden og medlemmet er kunden bekendt.

Professionelle investorer

§ 4. Professionelle investorer er såvel fysiske som juridiske personer, hvis virksomhed er undergivet Finanstilsynets tilsyn eller tilsvarende tilsyn i deres hjemland. På samme måde betragtes selskaber, der ifølge vedtægterne har adgang til køb og salg af værdipapirer, herunder indgår kontrakter om valuta og værdipapirforretninger.

Stk. 2. Som professionelle investorer anses endvidere erhvervsdrivende fysiske og juridiske personer, som regelmæssigt og i større omfang køber og sælger værdipapirer, herunder indgår kontrakter om valuta- og værdipapirforretninger.

Stk. 3. Ved udførelse af opgaver for professionelle investorer forudsættes det, at disse har særlig forudsætning for at varetage egne interesser.

Ikke-professionelle investorer

§ 5. Medlemmer af Københavns Fondsbørs A/S skal udarbejde en beskrivelse af deres vilkår for handel med værdipapirer. Beskrivelsen skal efter påkrav, eller hvis omstændighederne i øvrigt tilsiger det, udleveres til kunden.

Stk. 2. Ikke-professionelle investorers handler skal udføres i overensstemmelse med Forbrugerombudsmandens retningslinier af den 18. december 1990 om afregning af handler med børsnoterede værdipapirer.

Som de øvrige bestemmelser i regelsættet er der tale om meget generelle krav, der ikke i forhold til værdipapirhandelslovens regler, herunder § 5 og § 6, opstiller væsentlige nye materielle krav. Reglerne om best execution havde ikke et indhold og en detaljeringsgrad svarende til det i lovbemærkningerne angivne, og Fondsbørsen har den 19. august 1997 udstedt et nyt sæt børsetiske regler, som træder i kraft 1. januar 1998.¹⁰⁾ Heri anføres det ligeledes under overskriften HANDLERS UDFØRELSE (best execution):

Kundens interesse

§ 3. Reglerne om best execution finder anvendelse for alle medlemmer af Københavns Fondsbørs A/S over for alle kunder. Reglerne om best execution supplerer Forbrugerombudsmandens retningslinier af 18. december 1990 om afregning af handler med børsnoterede værdipapirer og finder anvendelse ved handel med værdipapirer noteret på Københavns Fondsbørs A/S.

§ 4. Kundens forhold er afgørende for, hvad der i den konkrete situation er best execution.

Stk. 2. Medlemmer skal ved udførelsen af modtagne ordrer sikre de efter omstændighederne bedste betingelser for deres kunder, herunder den under de givne omstændigheder, inklusiv tid og mængde, bedst mulige pris og må ikke anbefale køb og salg alene med egen indtjening for øje.

Stk. 3. Medlemmer skal udføre handler over Københavns Fondsbørs A/S' handelssystemer, hvis dette aftales med kunden.

Stk. 4. Medlemmers rådgivning skal leve op til sædvanlig god, faglig standard og skal tilgodesee kundens interesse.

¹⁰⁾ Udover reglerne om best execution er der ikke i de nye regler foretaget ændringer i forhold til de oprindelige børsetiske regler.

§ 5. Medlemmer af Københavns Fondsbørs A/S skal udarbejde en beskrivelse af deres vilkår for handel med værdipapirer. Beskrivelsen skal efter påkrav, eller hvis omstændighederne i øvrigt tilsiger det, udleveres til kunden. I beskrivelsen skal fordelingen af rettigheder og forpligtelser mellem kunden og medlemmet fremgå.

Afregning af handler

§ 6. Handler op til følgende beløbsgrænser afregnes i overensstemmelse med stk. 2-6:

- Obligationer: 3 mill. kr. i kursværdi pr. handel,
- Aktier: 400.000 kr. i kursværdi pr. handel,
- FUTOP-obligationsderivater: 3 mill. kr. i kursværdi af underliggende instrument pr. handel, og
- FUTOP-aktiederivater: 400.000 kr. i kursværdi af underliggende instrument pr. handel.

Ved handler op til beløbsgrænserne kan reglerne om afregning i stk. 2-5 fraviges ved forudgående individuel aftale med kunden under respekt af §§ 4 og 5. Afregning af handler over beløbsgrænserne aftales individuelt under respekt af §§ 4 og 5.

Stk. 2. Handler, der udføres uden for Københavns Fondsbørs A/S' handelssystemer, skal enten udføres som strakshandler eller som gennemsnitskurshandler.

Stk. 3. Strakshandler skal udføres til en kurs, som på handelstidspunktet ligger inden for eller på det bedst stillede bud og udbud i det pågældende værdipapir i Københavns Fondsbørs A/S' matchsystem (for FUTOP-derivater dog Københavns Fondsbørs A/S' accept-system). Et eventuelt tillæg/fradrag til kursen skal fremgå særskilt af handelsnotaen. Såfremt der på handelstidspunktet ikke er bud og/eller udbud i matchsystemet (for FUTOP-derivater dog accept-systemet), kan medlemmet selv fastsætte en strakshandelskurs, som skal være den bedst mulige pris. Det skal fremgå af handelsnotaen, hvis der på handelstidspunktet ikke blev stillet bud og/eller udbud i matchsystemet (for FUTOP-derivater dog accept-systemet).

Stk. 4. Gennemsnitskurshandler skal udføres til de af Københavns Fondsbørs A/S' beregnede vægtede gennemsnitskurser Alle-handler eller BSH/BSH. Et eventuelt tillæg/fradrag til gennemsnitskursen skal fremgå særskilt af handelsnotaen. Såfremt der den pågældende handelsdag ikke er beregnet en gennemsnitskurs, kan en handel alligevel udføres til den bedst mulige pris, såfremt dette er aftalt med kunden, eller medlemmet i sin beskrivelse af vilkårene for værdipapirhandel forbeholder sig ret hertil. Det skal endvidere fremgå af afregningsnotaen, at der ikke er afregnet til en gennemsnitskurs.

Stk. 5. Medlemmets beskrivelse af vilkår for værdipapirhandel skal indeholde oplysning om, hvorvidt medlemmet anvender Alle-handler-kursen eller BSH/BSH-kursen i forbindelse med afregning af gennemsnitskurshandler. Det skal ligeledes fremgå af vilkårsbeskrivelsen, såfremt medlemmet forbeholder sig ret til at udføre handlen til den bedst mulige pris, såfremt der den pågældende handelsdag ikke er beregnet en gennemsnitskurs.

Stk. 6. I undtagelsestilfælde kan ovennævnte afregningsprincipper i stk. 2-5 fraviges. Fravigelsen skal fremgå af handelsnotaen. Undtagelsestilfælde kan opstå i særlige markedssituationer eller i værdipapirer, hvor der ikke er løbende handel. Medlemmet kan endvidere i sin beskrivelse af vilkårene for værdipapirhandel fastsætte særlige beløbsgrænser, jf. § 6, stk. 1, for mindre omsatte typer af værdipapirer. Hvis et medlem i sin beskrivelse af vilkårene for værdipapirhandel har fastsat særlige beløbsgrænser for mindre typer af værdipapirer, skal det af handelsnotaen fremgå, når det er disse særlige beløbsgrænser, der anvendes i forbindelse med afregning.

3. De børsetiske reglers krav til best execution

Fondsbørsens nuværende børsetiske regler fastlægger anvendelsesområdet for reglerne om best execution i § 3. De generelle krav til best execution opstilles i § 4 og § 5, mens § 6 indeholder en række detaljerede regler om afregning af handler. I det følgende foretages der en nærmere analyse af de krav til best execution, som følger af disse regler.

3.1. Anvendelsesområde

Reglerne gælder for medlemmerne af Københavns Fondsbørs A/S og over for alle kunder, når det er tale om værdipapirer noteret på Københavns Fondsbørs, jf. § 3. Reglerne er ikke - direkte - bindende for værdipapirhandlere, som ikke tillige er fondsbørsmedlem, og kravene gælder ikke, såfremt der er tale om unoterede værdipapirer, eller værdipapirer der alene er noteret på en anden fondsbørs. Denne begrænsning i anvendelsesområdet har sammenhæng med, at Fondsbørsens regelfastsættende kompetence 'ligger i forlængelse af' den tilslutningsaftale, som indgås mellem det enkelte fondsbørsmedlem og Fondsbørsen.¹¹⁾

Dette er dog ikke ensbetydende med, at kravene er uden betydning for andre værdipapirhandlere. Dels kan reglerne generelt anses for udtryk for god forretningsskik, jf. værdipapirhandelslovens § 5 og § 6, eller udtryk for god markedsføringsskik, jf. således Forbrugerombudsmandens retningslinier for afregning af handler med børsnoterede værdipapirer, som for fondsbørsmedlemmer skal anvendes i forhold til alle kunder, jf. § 3, stk. 1, 2. pkt. Dels kan der blive tale om, at kravene er udtryk for branchekutume, og dermed kan blive tillagt vægt som retssædvane.

De nye regler finder anvendelse i forhold til alle kunder.¹²⁾ Der skelnes

¹¹⁾ Ved handel med værdipapirer noteret på andre fondsbørser kan en værdipapirhandler, for eksempel i kraft af medlemskab af den pågældende fondsbørs, være forpligtet til at følge denne fondsbørs' regler om best execution. Det følger af investeringsservicedirektivets artikel 10, at en værdipapirhandler (et investeringsselskab) med europæisk pas og underlagt hjemlandets solvens- og virksomhedstilsyn skal overholde reglerne om god forretningsskik og markedsføringsskik på de enkelte markeder, hvor der udføres tjenesteydelser. Dette EU-retlige princip løser dog ikke lovvalgsproblematikken, såfremt et værdipapir er noteret på flere børser. Udgangspunktet må være almindelige international privatretlige principper, hvorefter reglerne i det land, hvortil transaktioner har mest tilknytning finder anvendelse, typisk der hvor kunden befinder sig.

¹²⁾ Den nærmere afgrænsning af kundebegrebet må tage udgangspunkt i sondringen mellem engros-(kerne-)markedet og detailmarkedet. Det vil sige, at sålænge der er tale om indbyrdes handler mellem Fondsbørsens medlemmer - engros-markedet - foreligger der

således ikke længere mellem *professionelle og ikke-professionelle investorer*, og de nye regler indeholder i modsætning til de tidligere børsetiske reglers § 4 og § 5 ikke nogen nærmere definition af de to hovedtyper af investorer. De er ikke umiddelbart klart, hvorfor sondringen og konsekvenserne heraf er opgivet.

Sondringen er ikke uden betydning, idet der næppe kan være tvivl om, at kravene til best execution - værdipapirhandlerens pligt til at varetage den enkelte kundes bedste interesse - vil variere afhængig af, om der er tale om en professionel eller en ikke-professionel kunde, jf. investeringsservicedirektivets art. 11, hvorefter reglerne om god forretningsskik "skal anvendes således, at der tages hensyn til den erhvervsmæssige karakter af den person, til hvem tjenesteydelsen præsteres."¹³⁾ Opdelingen får dog mindre relevans, når der - som tilfældet er i de nye børsetiske regler - primært fokuseres på information og gennemsigtighed i afregningen af handler. Såvel den professionelle som den ikke-professionelle investor har behov for gennem oplysninger i afregningsnotaen at kunne kontrollere, om afregningskursen svarer til den bedst opnåelige på handelstidspunktet, ligesom adskillelse af kurs og de omkostninger, som er forbundet med handlen, er relevant for alle kunder.

Omend det naturligvis er forbundet med betydelig vanskelighed at fastlægge en blot nogenlunde udtømmende og præcis definition af den professionelle investor versus den ikke-professionelle investor, afspejlede Fondsbørsens definition i de tidligere børsetiske reglers § 4, stk. 1 og 2 dog kernen i afgrænsningen. Professionelle investorer er generelt karakteriseret ved, *at* de foretager mange handler, *at* de handler for store beløb, samt *at* de har egne investeringsideer eller investeringsstrategier. Dette kan begrunde en mindre detaljeret eller mindre omfattende rådgivning.

Men formuleringen af den tidligere § 4, stk. 3 - "[v]ed udførelse af opgaver for professionelle investorer forudsættes det, at disse har særlig forudsætning

ikke en kunderelation, og reglerne om best execution finder derfor ikke anvendelse. Er der derimod tale om forholdet mellem et fondsbørsmedlem og en investor (eller andre værdipapirhandlere der ikke er medlem af Fondsbørsen) - detailmarkedet - skal reglerne følges. Dette må også være tilfældet mellem eksempelvis et pengeinstitut og dets investeringsforeninger og formentlig også i forhold til forskellige puljeordninger. Som følge af de bag sådanne ordninger liggende kunde-/investorinteresser må i hvert fald de generelle krav om best execution i § 4 og § 5 iagttages. For så vidt angår de særlige afregningsregler i § 6, er behovet for iagttagelse heraf ikke stort, og en forudgående aftale om generel fravigelse af afregningsreglerne vil være en mulighed. Men selvom der aftales en fravigelse af afregningsreglerne, skal de generelle krav i § 4 og § 5 overholdes, jf. § 6, stk. 1 og nedenfor under 3.3.

¹³⁾ Se også de børsetiske reglers § 4, stk. 1, hvorefter kundens forhold er afgørende for, hvad der i den enkelte situation er best execution.

for at varetage egne interesser” - er formentlig blevet betragtet som en for vidtgående konsekvens heraf. I relation til et eventuelt rådgiveransvar har bestemmelsen kunnet opfattes som en generel ansvarsfraskrivelse. Det må anses for tvivlsomt, i hvilket omfang en professionel - her en full scale værdipapirhandler, der desuden er fondsbørsmedlem - i forbindelse med udøvelse af sin profession kan anvende ansvarsfraskrivelsesbestemmelser. Generelt har domstolene været skeptiske over for anvendelse af især standard-prægede ansvarsfraskrivelsesklausuler,¹⁴⁾ og i professionelle forhold må det formentligt antages, at det kun kan komme på tale at acceptere en ansvarsfraskrivelse, såfremt den er klart og individuelt aftalt med kunden, samt begrænset til bestemte forhold, eksempelvis skattemæssige forhold.¹⁵⁾

Betragtninger om begrænsningerne i værdipapirhandlerens muligheder for at anvende ansvarsfraskrivelsesklausuler er dog ikke til hinder for, at der etableres såkaldte 'discountbrokere'. En discountbroker er en værdipapirhandler, som kun udfører handler for kunder og ikke rådgivning, eller som kræver et særskilt vederlag, såfremt kunden tillige ønsker rådgivning.¹⁶⁾ Accept af discountbroking uden rådgivningsansvar må dog forudsætte, at det klart og utvetydigt er tilkendegivet over for kunderne, at rådgivning ikke ydes eller kun ydes mod særligt vederlag. Sammenhold med Forbrugerombudsmandens krav til 'discountbanking' i Retningslinier for etik i pengeinstitutternes rådgivning fra 1994 og 1997, pkt. 5, stk. 1: "Ved markedsføring af et forretningskoncept, der er baseret på produkter med standardiseret information med lille eller ingen tilknyttet individuel rådgivning skal pengeinstituttet gøre opmærksom på disse begrænsninger. Medvirker pengeinstituttet til rådgivning derudover, skal dette ske under iagttagelse af nærværende retningslinier."

Ved bedømmelsen af et eventuelt kontraktretligt ansvar i forholdet mellem en værdipapirhandler og en professionel investor må der tages hensyn til karakteren og omfanget af de aftalte tjenesteydelser, samt til hvorledes rettigheder og pligter konkret er fordelt. Denne problemstilling var ej heller afspejlet i de tidligere børsetiske reglers § 4. Indgår en mindre pensionskasse

¹⁴⁾ Se nærmere, *Lennart Lynge Andersen, Palle Bo Madsen og Jørgen Norgaard*, Aftaler og mellemmand, 3. udg. (1997) s. 80f og 239f.

¹⁵⁾ Se nærmere, *Morten Samuelsson og Kjeld Søgaard*, Rådgiveransvaret (1993) s. 27f og specielt i forhold til revisor, *Lars Bo Langsted, Paul Krüger Andersen og Mogens Christensen*, Revisoransvar, 3. udg. (1994) s. 121.

¹⁶⁾ Et fondsmæglerselskab kan i kraft af det koncessionslignende tilladelsessystem begrænse sin virksomhedsudøvelse til modtagelse og formidling for investorers regning af ordrer vedrørende værdipapirer og udførelse af sådanne ordre for trediemands regning, jf. fondsmæglerlovens § 5, stk. 1, smh.m. bilag 1, afsnit A, pkt. 1 a og b.

underlagt Finanstilsynets tilsyn som følge af manglende egne ressourcer og ekspertise en aftale med et større pengeinstitut om, at dette fuldt ud skal varetage pensionskassens investeringer i udenlandske aktier, vil pensionskassen ikke i alle relationer til pengeinstituttet skulle betragtes som en professionel investor, der forudsættes at have særlige forudsætninger for at varetage egne interesser.

3.2. Generelle krav

De nuværende børsetiske reglers § 4, stk. 1 og 2 er de centrale bestemmelser i relation til kravene om best execution, idet de angiver de fundamentale krav og elementer i *kundens bedste interesse*. Ved udførelse af opgaver for kunder skal et fondsbørsmedlem tage udgangspunkt i *den enkelte kundes forhold og konkrete behov*, og et fondsbørsmedlem må ikke anbefale køb og salg alene med egen indtjening for øje.¹⁷⁾ Ved udførelse af ordrer skal kunden, under de givne omstændigheder, sikres den bedste pris og betingelser i øvrigt. Kunders ordrer skal udføres under hensyntagen til tid og ordrens størrelse, hvorfor der ikke er et ubetinget krav om bedste pris. Omstændighederne kan eksempelvis indikere, at best execution for en bestemt kunde er en hurtig handel med risiko for, at prisen ikke nødvendigvis bliver den højeste.

Som § 6 er formuleret, vil en værdipapirhandler ved fastlæggelsen af *den bedste pris* normalt ved strakshandler kunne lægge prisen i matchsystemet til grund, jf. 6, stk. 3, (ved gennemsnitskurshandler vægtede gennemsnitskurser Alle-handler eller BSH/BSH, jf. § 6, stk. 4), det vil sige den pris, der danner grundlag for udformningen af afregningsnotaen. Men en værdipapirhandler har i følge § 4 en generel pligt til at skaffe kunden den bedste pris. Skulle man derfor komme ud for tilfælde, hvor der i markedet kan skaffes en bedre kurs end matchsystemets (Alle-handler eller BSH/BSH), har det generelle krav forrang. Værdipapirhandleren skal da udføre ordren til den bedste pris. Sådanne situationer vil især kunne forekomme i forbindelse med obligationshandler, hvor matchsystemet ikke nødvendigvis er det mest likvide med den bedste pris, blandt andet med den følge at der i de fleste tilfælde på et givet tidspunkt ikke vil være nogen pris for stats- og realkreditobligationer i

¹⁷⁾ At et fondsbørsmedlem ikke må anbefale køb og salg alene med egen indtjening for øje må også omfatte tilfælde, hvor en værdipapirhandler for eksempel i forbindelse med porteføljemanagementaftaler eller anden form for hel eller delvis diskretionær værdipapirpleje foretager handler på kundens vegne i et omfang, der ikke udspringer af kundens behov, men primært foretages for at generere kurtage mv. til handleren. Om denne såkaldte 'churning', se *Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith v. Arceneaux*, 767 F.2d 1498 (11th Cir. 1985).

matchsystemet.¹⁸⁾ Hertil kommer, at der på Københavns Fondsbørs stilles priser i flere systemer. Udover i matchsystemet, kan der være priser i acceptsystemet, i elektrobroker-systemet samt i interessesystemet med tilknyttet telefonmarked.¹⁹⁾ Ved handel med værdipapirer noteret eller handlet på flere markeder er det ej heller givet, at prisen på Københavns Fondsbørs er den bedst opnåelige.²⁰⁾

Specielt vedrørende de børsetiske reglers § 4, stk. 3, bemærkes, at det følger direkte af almindelige aftaleretlige principper, at hvis det mellem parterne er aftalt, at en handel skal ske via Fondsbørsens handelssystemer, så er også fondsbørsmedlemmer bundet af en sådan aftale. Bestemmelsen løser derimod ikke en i en best execution sammenhæng mere relevant problemstilling. Kan en kunde forlange, at en bestemt handel effektueres (eller søges effektueret) via Fondsbørsens systemer? Eller kan kunden for visse typer af handler - for eksempel ved handler over en vis størrelse - lægge til grund, at handelen effektueres (søges effektueret) via Fondsbørsen, med mindre andet udtrykkeligt er aftalt? Det kan dog følge af fondsbørsmedlemmets retningslinier om handlers udførelse, at bestemte typer af handler vil blive udført via Fondsbørsen, jf. således værdipapirhandelslovens § 5, stk. 3, nr. 3, hvorefter en værdipapirhandler skal have retningslinier for, hvornår en ordre skal udføres over en fondsbørs' systemer, samt træffe foranstaltninger til sikring af, at ordrene udføres i overensstemmelse hermed.

Også fondsbørsmedlemmernes *rådgivning* skal tilgodese kundens interesse og leve op til sædvanlig god, faglig standard, jf. § 4, stk. 4. For så vidt angår kunder med 'forbrugerstatus', skal fondsbørsmedlemmernes rådgivning være i overensstemmelse med Forbrugerombudsmandens Retningslinier om etik i pengeinstitutternes rådgivning af 6. juni 1994 incl. de uddybende kommentarer

¹⁸⁾ En undersøgelse har vist, at chancen for at finde en pris på statsobligationer i matchsystemet på et givet tidspunkt er 5-10 % og for realkreditobligationer klart under 5 %. Se nærmere *Carsten Tanggaard*, finans/invest 1997/7. Såfremt der ved strakshandler ikke er nogen pris i matchsystemet, skal dette fremgå af afregningsnotaen, jf. de børsetiske regler § 6, stk. 3, 4. pkt. og nedenfor under 3.3.

¹⁹⁾ Se nærmere, *Peer Schaumburg-Müller og Erik Bruun Hansen*, Dansk børsret - Værdipapirmarkedsret, 2. udg. (1996) s. 121f.

²⁰⁾ Der kan ikke i dag i Danmark - som i USA, jf. ovenfor under 2.1 - antages at foreligge en generel pligt til at undersøge priser på flere markeder, før en handel udføres. Men med den stigende globalisering af handelen med visse danske værdipapirer og etableringen af 'alternative markeder', må det forventes, at denne problemstilling vil blive yderligere aktualiseret i fremtiden.

af 13. august 1997.²¹⁾ Ved rådgivning af andre kundergrupper, herunder institutionelle investorer, vil kravene til indholdet og omfanget af rådgivningen - afhængig af de konkrete omstændigheder og aftaler - ofte være mindre. Men en række af Forbrugerombudsmandens krav og uddybende kommentarer må dog antages være gældende i forbindelse med al rådgivning, herunder at den potentielle konflikt mellem varetagelse af kundens interesse i rådgivningssituationen og handlerens varetagelse af egen salgs- og indtjeningsmæssig interesse skal løses derved, at rådgivningen alene tilgodeser hensynet til kunden, jf. kommentaren til Retningsliniernes punkt 1.

3.3. Afregning af handler

Med hensyn til afregning af de handler, som er omfattet af de børsetiske reglers § 6, er grundtanken, at kunden gennem afregningsnotaen skal sikres *reel og fuldstændig information*. Kursen og de omkostninger, som er forbundet med en handel, skal klart adskilles, således at kunden er i stand til sammenligne afregningskursen med markedskursen på handelstidspunktet, samt kontrollere om den afregnede kurs svarer til markedskursen. Herudover skal kunden gennem afregningsnotaen informeres om særlige omstændigheder, der måtte have foreligget i forbindelse med fastsættelsen af afregningskursen. Man har med § 6 ønsket at sikre gennemsigtighed i afregningen, og kravene er således en del af debatten om, hvorledes man generelt sikrer gennemsigtigheden på det danske værdipapirmarked, jf. værdipapirhandellovens krav om "god gennemsigtighed" i § 19, stk. 1, nr. 1.²²⁾ Bevidst eller ubevidst har man herved anvendt de samme bevæggrunde, som i USA ligger bag det centrale børsretlige princip om 'disclose or abstain', der i korthed indebærer, at det ikke er forbudt at snyde, blot de berørte er klart og tydeligt informeret herom.

De særlige regler om afregning i de børsetiske reglers § 6, stk. 2-5 gælder ved *afregning af mindre handler* - i § 6, stk. 1 defineret som obligationerhandler, hvor den enkelte handel ikke overstiger 3 mill. kr. i kursværdi og for aktiers vedkommende ikke overstiger 400.000 kr. i kursværdi pr. handel.

Afregningsreglerne for mindre handler kan dog fraviges ved "forudgående individuel aftale med kunden". Rækkevidden heraf er ikke ganske klar, men det er i hvert fald udelukket, at et fondsbørsmedlem fraviger afregningsregler-

²¹⁾ Selvom Forbrugerombudsmandens retningslinier kun gælder for pengeinstitutter, må de dog anses for "sædvanlig god, faglig standard" i forhold til den omfattede kundegruppe, og derfor også gældende for de fondsbørsmedlemmer, som ikke er pengeinstitutter.

²²⁾ Denne sammenkædning mellem gennemsigtighed og best execution fremgår da også af Fondsrådets Årsberetning 1996 s. 17. Om gennemsigtighedsdebatten i forbindelse med børsreform II, se Betænkning nr. 1290/1995, bind 1 s. 97f og bind 2 s. 57f.

ne gennem bestemmelse i standardvilkår eller lignende for handlers udførelse, jf. dog muligheden for fravigelse efter § 6, stk. 6 if. På den anden side kan der ikke stilles et ubetinget krav om, at der forud for hver enkel handel på under 3 mill. kr. henholdsvis 400.000 kr. skal indgås en aftale med kunden om fravigelse af reglerne. Såfremt en institutionel investor indgår en porteføljelema-nagentaftale eller lignende med et medlem af Fondsbørsen, må det i forbindelse med aftalens indgåelse og med virkning for handler under denne aftale kunne bestemmes, at afregningsreglerne i § 6, stk. 2-5, ikke skal gælde for de enkelte mindre handler, som løbende udføres i henhold til aftalen. Alene praktiske hensyn tilsiger en sådan fortolkning af reglerne. Men det skal pointeres, at en fravigelse fra afregningsreglerne altid forudsætter, at de generelle krav i de børsetiske regler § 4 og § 5 respekteres.

Ved handler over beløbsgrænserne skal afregning af handler aftales individuelt med den enkelte kunde, hvilket udelukker, at man blot henviser til fondsbørsmedlemmers standardbestemmelser for handlers udførelse. Også i disse tilfælde skal de generelle krav til best execution i § 4 og § 5 respekteres, jf. § 6, stk. 1 if.

Handler, der udføres uden for Fondsbørsens handelssystemer, skal enten udføres *som strakshandler eller som gennemsnitskurshandler*, jf. § 6 stk. 2. Ved strakshandler skal afregningsnotaens kursberegning tage udgangspunkt i en kurs, som ligger inden for eller på det bedste stillede bud eller udbud (spreadet) i det pågældende værdipapir i Fondsbørsens match-system, ved gennemsnitskurshandler de af Fondsbørsen beregnede vægtede gennemsnitskurser Alle-handler eller BSH/BSH, jf. henholdsvis § 6, stk. 3 og stk. 4.

Som bestemmelsen i stk. 3 er formuleret, kan et fondsbørsmedlem ved afregning af strakshandler frit vælge mellem den højeste og den laveste kurs inden for spreadet i matchsystemet, og der er ingen pligt til at informere kunden om, hvorvidt man har lagt den højeste udbudskurs eller den laveste budkurs til grund ved afregningen. Herved er der fortsat mulighed for en vis skjult 'kursskæring' ved strakshandler. Ved afregning af gennemsnitskurshandler kan et fondsbørsmedlem derimod ikke i det enkelte tilfælde frit vælge mellem at afregne til kurs Alle-handler eller BSH/BSH, idet det af medlemmets vilkår for handel skal fremgå, om gennemsnitskurshandler afregnes til kurs Alle-handler eller til BSH/BSH-kursen, jf. § 6, stk. 5.

De børsetiske regler § 6 er ikke til hinder for, at et fondsbørsmedlem generelt eller for visse handler eller kunder - for eksempel i forbindelse med småordrer - beregner et særligt tillæg eller fradrag til strakshandelskursen (Alle-handler- eller BSH/BSH-kursen). Kravet er alene, at en sådan *kursskæring* skal fremgå af afregningsnotaen, idet den da skal angive kursen plus tillægget samt kurtage, jf. § 6, stk. 3, 2. pkt. og stk. 4, 2. pkt. Tillægget kan være et fast beløb, en procentsats eller en kombination heraf.

Skulle der på handelstidspunktet ikke være en strakshandelskurs (ikke på handelsdagen være beregnet en Alle-handler- eller BHS/BHS-kurs), skal prisen være den bedst mulige,²³⁾ og det skal fremgå af afregningsnotaen, at der ikke har foreligget en kurs i matchsystemet (en kurs Alle-handler eller BHS/BHS), jf. sidste pkt. i § 6, stk. 3 og 4. Sker der i øvrigt - i undtagelsestilfælde - fravigelse fra afregningsreglerne i § 6, stk. 2-5, skal det fremgå af afregningsnotaen, jf. § 6, stk. 6.

4. Best execution og mellemmandsretten

I et gensidig bebyrdende kontraktsforhold har en part en almindelig pligt til i rimelig grad at varetage modpartens interesse, når dette kan ske uden væsentlig byrde for ham selv. Denne diligens- eller omsorgspligt, som blandt andet har fundet udtryk i flere af købelovens bestemmelser, herunder § 33 om fordringshavermora, gælder naturligvis også i forbindelse med aftaler om handel med værdipapirer og for værdipapirhandlere.²⁴⁾ Men værdipapirhandlerens diligenspligt er betydeligt mere vidtgående, idet værdipapirhandleren i sine kunderelationer i særlig grad har påtaget sig at varetage og sikre kundens interesse.

Når en værdipapirhandler udfører handler og andre tjenesteydelser for kunder, foreligger der et agent/principal-forhold. Mellemmandsretlige grundprincipper om forholdet mellem mellemmanden og hovedmanden er derfor også udgangspunktet for fastlæggelse af rettigheder og pligter i forholdet mellem værdipapirhandleren og kunden. Værdipapirhandleren er pålagt en særlig loyalitetspligt over for den enkelte kunde, hvilket ganske rammende kan beskrives således, at værdipapirhandleren som mellemmand "kun har én herre".²⁵⁾ Uanset at en værdipapirhandler normalt har ret til at handle værdipapirer til og fra egenbeholdningen, og kan have andre kunder, hvis - eventuelt modstridende - interesse også skal varetages loyalt, er princippet om en herre udgangspunktet for fastlæggelse af en værdipapirhandlers kunderelationer. Dette gælder, uanset om værdipapirhandleren handler som kommissionær, fuldmægtig eller anden form for formidler af køb og salg af værdipapirer, og også såfremt kunden handler direkte med værdipapirhandleren.

²³⁾ Sammenhold med det ovenfor under 3.2 anførte om det generelle krav om bedste pris for kunden.

²⁴⁾ Jf. *Erik Werlauff*, Børsret - værdipapir, handel, jura, økonomi (1997) s. 102.

²⁵⁾ Jf. *Lennart Lynge Andersen, Palle Bo Madsen og Jørgen Nørgaard*, 3. udg. (1997) s. 272 i relation til fuldmægtige, kommissionærer, handelsagenter og handelsrejsende.

Selvom der i forbindelse med vedtagelse af værdipapirhandelsloven ikke udtrykkeligt er taget stilling til, om kommissionsloven er gældende for værdipapirhandleres handel for kunder, er der næppe tvivl om, at denne lov som udgangspunkt også gælder for handel med værdipapirer. Er der tale om en kommissionshandel, hvor værdipapirhandleren handler i eget navn men for kundens regning, gælder lovens regler i §§ 40-45 om selvindtræden. Det følger heraf blandt andet, at værdipapirhandleren kun kan indtræde i handlen, såfremt dette er aftalt med kunden eller følger af handelsbrug eller anden sædvane, at selvindtræden sker ved, at værdipapirhandleren i sin underretning til kunden om hvervets udøvelse udtrykkelig erklærer, at han selv er køber eller sælger, at værdipapirhandleren ved selvindtræden skal varetage kundens interesse med samme omsorg, som hvis handelen var gennemført med trediemand, samt at værdipapirhandleren med hensyn til prisberegningen ikke må købe eller sælge til en anden pris end den, som var gangbar på tidspunktet for afgivelse af erklæring om selvindtræden.²⁶⁾

I forbindelse med en kundes afgivelse af en ordre om køb eller salg af værdipapirer vil der sjældent været taget udtrykkelig stilling til, om handelen skal gennemføres som en kommissionshandel, eller om der er tale om direkte handel med værdipapirhandleren. Men er kommissionshandel udtrykkelig aftalt, eller må dette antages at være forudsat ved aftalens indgåelse, er det i Pengeinstitutankenævnets praksis antaget, at der i hvert fald for så vidt angår børsnoterede værdipapirer foreligger sædvane for, at selvindtræden kan ske, forudsat at kommissionslovens krav om underretning af kunden mv. overholdes.²⁷⁾

Kommissionslovens ufravigelige krav om at kunden skal informeres om, at der foreligger selvindtræden, jf. § 41, og fremhævelsen af kommittentens omsorgspligt og prisberegning, jf. § 42, er i væsentlig omfang båret af de samme hensyn, som må antages at ligge bag de børsetiske reglers § 6 om indholdet af afregningsnotaen. Kunden skal sikres reel og fuldstændig information, således at kunden kan kontrollere, om handelen er effektueret til markedets bedste pris og betingelser i øvrigt. På grund af den potentielle interessekonflikt og risiko for tilsidesættelse af armslength-princippet får dette informations- og kontrolbehov en særlig dimension og aktualitet, når en kommissionshandel effektueres ved selvindtræden. Dette gælder dog ikke kun ved kommissionshandel, men også når en handel for en kunde i øvrigt gennemføres via værdipapirhandlerens egenbeholdning. På baggrund heraf kan

²⁶⁾ Detaljeret om kommissionsloven og værdipapirhandel, se i det hele *Lennart Lyngse Andersen*, Juristen 1996 s. 397f.

²⁷⁾ Se således Pengeinstitutankenævnets kendelse af 28. september 1993, sag nr. 616/1992.

det undre, at man ikke i forbindelse med de detaljerede regler om indholdet af afregningsnotaer har fundet anledning til at supplere og præcisere informationskravene, når der foreligger selvindtræden eller handel via egenbeholdningen i øvrigt.

I forhold til den generelle og mellemmandsretligt baseret loyalitetspligt, som påhviler værdipapirhandlere og fondsbørsmedlemmer, er værdipapirhandelslovens regler om god forretningsskik i § 5 og § 6 og de børsetiske reglers krav om best execution i §§ 3-6 udtryk for, at loyalitetspligten har et særligt og skærpet indhold. Kravene fastlægger en ufravigelig minimumsstandard. Eller udtrykt anledes, når en værdipapirhandler eller et fondsbørsmedlem efter opnået tilladelse hænger sit forretningsskilt ud, kan kunderne med rette forvente en særlig redelig og loyal optræden, når handel og andre tjenesteydelser udføres.²⁸⁾

5. Sammenlignelige markeder

I forbindelse med sit markedstilsyn skal Fondsrådet som nævnt indledningsvis blandt andet virke for, at det danske børs- og værdipapirmarked lever op til internationale standarder. Den danske regelfastfastsættelse forudsættes således at blive påvirket af og udviklet under hensyntagen til de krav, som opstilles på sammenlignelige markeder.

Det er naturligvis altid forbundet med nogen tvivl at udvælge, hvilke markeder der kan betragtes som sammenlignelige med det danske, og valget af markeder kan i nogen grad påvirke og forudskikke resultatet. Specielt såfremt man vælger at drage sammenligning med de engelske og amerikanske markeder, som internationalt set er meget centrale, vil man næsten inden for alle børs- og værdipapirhandelsretlige problemstillinger blive konfronteret med en regulering, som indholdsmæssigt og med hensyn til detaljeringsgrad er langt mere vidtgående end den danske og kontinentaleuropæiske regulering i øvrigt.

Når der som her er tale om best execution - fondsbørsmedlemmernes pligt til at sikre kundernes bedste interesser og især bedste pris i forbindelse med handel med børsnoterede værdipapirer - må reguleringen ses i sammenhæng med de enkelte markeders og værdipapirers likviditet. Reguleringen vil desuden være påvirket af, i hvilket omfang der er tradition for eller pligt til at handle eller vise handelsinteresser via fondsbørsens systemer, idet dette kan være afgørende for, om der hele tiden findes en sammenlignelig 'bedste' pris i markedet for det enkelte værdipapir.

De overordnede krav til værdipapirhandlernes - investeringsselskabernes -

²⁸⁾ Sammenhold med den i amerikansk ret udviklet 'shingle'-theory omtalt oven for under 2.1.

kunderelationer er inden for EU og EØS delvis harmoniseret gennem investeringsservicedirektivet art. 10 og 11 om tilsynsregler og god forretnings-sik. Der er tale om minimumskrav, og der er i dag betydelig forskel mellem landene på, i hvilket omfang og på hvilke områder der er opstillet supplerende regler.

Den følgende korte fremdragelse af reguleringen på sammenlignelige markeder er begrænset til den svenske og norske regulering. Disse lande er i hvert fald relevante, og reguleringen er i øvrigt i meget væsentligt omfang baseret på de samme formueretlige grundprincipper og regler, som er gældende i Danmark.²⁹⁾ Specielt for så vidt angår de svenske regler skal det bemærkes, at den i juni 1997 mellem Københavns Fondsbørs og Stockholms Fondsbørs indgåede hensigtserklæring om at etablere et fælles nordisk værdipapirmarked vil indebære, at det svenske aktiehandelssystem SAX skal benyttes også ved handel med danske aktier, og at der skal anvendes fælles handelsregler. En naturlig følge heraf vil være, at også reglerne om best execution på sigt harmoniseres.

5.1. Sverige

De overordnede krav til værdipapirhandlernes kunderelationer fremgår af lag om värdepappersrörelse (1991:981 med senere ændringer) 1 kap. 7 §, som svarer til investeringsservicedirektivets krav.³⁰⁾ Herudover er det i 1 kap. 9 § udtrykkeligt fastslået, at kommissionslovens regler, herunder reglerne om selvindtræden gælder for værdipapirhandlere. Kommissionslovens regler om selvindtræden skal tillige iagttages, såfremt kundens ordre effektueres ved en handel med et selskab, hvori værdipapirhandleren ejer 10 % eller mere af enten kapitalen eller stemmerettighederne.

De detaljerede krav til værdipapirhandlerne er fastlagt i Finansinspektionens

²⁹⁾ Valget af disse to markeder skal ikke tages som udtryk for, at reguleringen på andre markeder, herunder det engelske og amerikanske ikke skal eller bør inddrages ved fastlæggelse af den danske regulering. I en international sammenhæng er der ikke tvivl om, at den engelske og amerikanske regulering er 'the standardsetter'. Det betyder blandt andet, at internationalt orienterede investorer er kendt med niveauet i den angloamerikanske investorbeskyttelse, og i nogen grad forventer en tilsvarende beskyttelse ved handel på andre markeder. Globaliseringen af udbud og handel med værdipapirer har desuden betydet, at større, internationalt orienterede udstedere, uanset hvilke krav der måtte gælde på deres nationale marked, ønsker at leve op til og anvender internationale standarder, ikke mindst på det regnskabsmæssige område.

³⁰⁾ Lovens krav omtales nærmere hos *Lars Afrell, Håkan Klahr og Per Samuelsson*, *Lärobok i kapitalmarknadsrätt* (1995) s. 87f og *Håkan Klahr og Göran Haag*, *Värdepappersmarknaden i EU*, 2. udg. (1996) s. 38f.

föreskrifter om handel och tjänster på värdepappersmarknaden (FFFS 1995:59) og i Företagsinterna riktlinjer för hur värdepapperstjänster m m bör utföras fra 1996 udarbejdet af Svenska Fondhandlareföreningen.³¹⁾ Der stilles blandt andet krav om, at kunderne skal informeres om vilkårene for handlers udførelse og andre tjenesteydelser, og kunderne skal tilsikres markedsmæssige vilkår. Er det aftalt, at en handel skal gennemføres til bedst mulige kurs, bør værdipapirhandleren effektivere ordren, så snart det er muligt. Kunderne skal, eventuelt gennem afregningsnotaer eller kontoudtog løbende holdes orienteret om udviklingen i mellemværendet, og ved derivathandel skal kunden gives klar og tydelig skriftlig information om de særlige risici, som er forbundet hermed.

Herudover lægges der i de svenske regler afgørende vægt på, at værdipapirhandlerne sikrer dokumentation for hændelsesforløbet. Tidspunktet for en ordres modtagelse og effektivisering skal registreres, og i forbindelse med rådgivning skal værdipapirhandleren sikre sig dokumentation for de oplysninger, som er indhentet hos kunden, og som er væsentlige for ansvarsfordelingen mellem kunden og værdipapirhandleren. Det fremhæves udtrykkeligt, at dokumentationskravene er indført for at give kunderne mulighed for efterfølgende kontrol. Det må antages, at disse dokumentationskrav vil få betydning for bevisbedømmelsen i forbindelse med en eventuel sag om rådgiveransvar.

5.2. Norge

De norske tilsynsregler og krav til god forretningsskik for værdipapirhandlere er fastlagt i den nye lov om verdipapirhandel, der er vedtaget den 20. juni 1997, og som forventes at træde i kraft senest 1. januar 1998. Et generelt træk ved denne lov er, at den - i forhold til den danske værdipapirhandelslov, som er en rammelov - indeholder endog meget detaljerede regler for udstedelse og handel med værdipapirer. Tilsynsreglerne og kravene til god forretningsskik

³¹⁾ Svenska Fondhandlareföreningens retningslinier er udtryk for selvregulering i egentlig forstand, idet reglerne er udstedt uden hjemmel i lov eller lignende og som udgangspunkt kun bindende for medlemmerne. I forhold til det danske marked spiller selvregulering en fremtrædende rolle på det svenske marked, jf. således Näringslivets Börskommittés rekommendationer om blandt andet prospekter, offentlig tilbud om køb af aktier, storaktionærmeddelelser m.v. Om denne problemstilling, se nærmere *Lars Afrell, Håkan Klahr og Per Samuelsson, Lärobok i kapitalmarknadsrätt* (1995) s. 231f og *Nis Jul Clausen, Børsnoterede selskaber - kan markedet regulere sig selv?* s. 72f i *Paul Krüger Andersen (red), Selskabers organisation - Nye tendenser i skandinavisk selskabsret* (2) (1997).

i lovens § 9-1 til 9-8 er ingen undtagelse herfra.³²⁾

Udover en gengivelse af investeringsservicedirektivets krav til god forretningsskik opstiller loven en række særlige krav. Handler skal udføres til en kurs, som efter markedets stilling er rimelig, og kunden skal gives den bedste pris, som værdipapirhandleren på baggrund af tilgængelig kursinformation må antages at kunne opnå. Såfremt der er konflikt mellem værdipapirhandlerens og kundens interesser, skal værdipapirhandleren sørge for, at kundens interesser går forud for værdipapirhandlerens, og en værdipapirhandler må ikke foretage egne handler med værdipapirer, såfremt der samtidig foreligger kundeordrer vedrørende de samme værdipapirer. At kundeordrer skal effektueres forud for handler som led i værdipapirhandlerens egen kapitalforvaltning gælder dog kun, såfremt handleren er bekendt med eller burde være bekendt med, at der foreligger kundeordrer. Desuden kan en værdipapirhandler ikke indtræde i kunders ordrer, såfremt bedre betingelser for kunden kan opnås ved køb eller salg i markedet. Kunden skal altid oplyses om selvindtræden i afregningsnotaen.

5.3. Væsentlige forskelle

Omend en række forskelle i markedsforholdene - ikke mindst med hensyn i hvilket omfang handler rent faktisk udføres via fondsbørsernes systemer og med hensyn til tilsyn og sanktionering - kan forklare nogle af forskellene i reglerne om best execution i de tre skandinaviske lande, er det dog påfaldende, at der på detailniveau fokuseres på så vidt forskellige problemstillinger, som tilfældet er.

De danske børsetiske regler fokuserer i meget høj grad på indholdet af afregningsnotaerne, mens problematikken omkring kommissionsloven og selvindtræden forbigås. Det kan formentlig i nogen grad tilskrives det forhold, at Forbrugerombudsmanden har vist betydelig interesse for afregningsproblematikken. I Sverige har især kravene til dokumentation og hermed ansvarsfordelingsspørgsmålet været i centrum, mens man i Norge i særlig grad har søgt at regulere den potentielle konflikt mellem værdipapirhandlerens og kundens interesse.

6. Sammenfatning

Når det nærmere indhold af begrebet best execution vurderes i et internationalt perspektiv, er der tale om de krav, som må stilles til en professionel handler

³²⁾ Se nærmere om disse regler, NOU 1996:2 Verdpapirhandel s. 78f og Ot prp nr 29 (1996-97) Om lov om verdipapirhandel s. 52f.

eller formidler af værdipapirer, som efter opnået offentlig autorisation agerer på vegne af eller i forhold til kunder. Hovedkravet er, at en sådan værdipapirhandler som agent for kunden som principal skal sikre kundens bedste interesser.

Sammenligningen med de skandinaviske markeder (og med andre markeder for den sags skyld) viser, at begrebet best execution og de detaljerede krav, som må stilles hertil, langt fra kan fastlægges entydigt. Det er således ikke nogen let opgave for Københavns Fondsbørs og Fondsrådet at tilvejebringe danske regler om best execution, "som lever op til internationale standarder", jf. værdipapirhandelslovens § 83, stk. 1. Men forløbet af fastlæggelse af kravene til best execution i de børsetiske regler har dog vist, at fordelingen af den regelfastsættende kompetence mellem Fondsrådet og Fondsbørsen og hermed afvejningen af mulige modsætninger mellem interessenterne på det danske værdipapirmarked kan fungere.

Hvorledes Fondsbørsens nye regler vil komme til at fungere i praksis, må tiden vise. Specielt for så vidt angår de særlige afregningsregler i de børsetiske reglers § 6, må det efter reglernes ikrafttræden den 1. januar 1998 vise sig, om indholdet af afregningsnotaerne i praksis vil opfylde formålet - at give kunderne en reel information om prisfastsættelsen, således at de kan kontrollere, om den betalte kurs svarer til markedskursen. På grund af den begrænsede mulighed for på et givet tidspunkt at finde bud- og udbudspriser i matchsystemet for blandt andet obligationer, risikerer man, at hovedreglen ved strakshandler - at afregningsnotaen skal tage udgangspunkt i matchsystemets pris - bliver undtagelsen, og at de fleste afregningsnotaer vil blive baseret på en strakshandelskurs, som fondsbørsmedlemmet selv har fastsat, naturligvis under skyndsom hensyntagen til hvad der er den bedst mulige pris.

Da værdipapirhandlernes pligt til at varetage kundernes bedste interesser - udover de formueretlige aspekter heraf - i reguleringsmæssig henseende fortsat er underlagt såvel Københavns Fondsbørs A/S' som Fondsrådets, Finanstilsynets og Forbrugerombudsmandens kompetence, vil debatten om de nærmere krav til best execution nok fortsætte, og gabestokkens mulige ofre vil formentlig fortsat kunne beskues på den lokale markedsplads.

Tanker om investorbeskyttelse og Internet

af
Helen Holdt.

1. Indledning

Investorbeskyttelsen er et centralt element i reguleringen af udstedelse og omsætningen af værdipapirer. Det gælder såvel i forhold til et marked for værdipapirhandel drevet af fondsbørser og andre autoriserede markedspladser som i forhold til andre markedspladser og systemer, der formidler værdipapirhandel.

Kernen i investorbeskyttelseshensynet er, at reguleringen skal medvirke til, at investorerne har tillid til værdipapirmarkedet, således at de kan have en berettiget forventning om, at omsætningen foregår på en redelig og gennemskuelig måde, hvor de berørte parter er sikret en rimelig grad af ligelig behandling.

Selv om investorbeskyttelsen nationalt og international er et yderst centralt element i reguleringen af værdipapirmarkedet og dets aktører, er der dog ikke tale om et entydigt og veldefineret begreb. Vanskelighederne med at fastlægge investorbeskyttelsens nærmere indhold knytter sig, dels til at investorgruppen er uhomogen, dels til at man kan anlægge forskellige synsvinkler på begrebet.

Der findes forskellige *typer af investorer*, spændende fra den store og professionelle, institutionelle investor over mindre professionelle investorer herunder erhvervsvirksomheder til investorer med forbrugerstatus. Det karakteristiske ved denne opdeling er blandt andet, *at investorerne handler i meget forskelligt omfang og for meget forskellige beløbsstørrelser*, *at investorerne har meget forskellige muligheder for og midler til at tilvejebringe egne analyser og investeringsstrategier mv.*, *at investorerne ikke har samme mulighed for at tilvejebringe markedsinformationer*, og *at investorerne i varierende grad benytter professionelle rådgivere og formidlere*.

Investorbeskyttelsen kan betragtes ud fra *forskellige indfaldsvinkler*. Man kan lægge afgørende vægt på:

Den underliggende selskabsretlige regulering, med fokus på hvilke aktionærrettigheder (minoritetsbeskyttelse), der er knyttet til de aktier, som udstedes og handles på et givent marked.

1) Det etablerede tilsynssystem og tilsynsmyndighedernes evne og mulighed for at etablere og sanktionere reglerne til beskyttelse af markedsdeltagerne, herunder investorerne.

Den gældende regulering for et givet markeds funktion og de krav som stilles til udstederne, handlere og investorer med henblik på at sikre netop dette markeds redelighed.

I artiklen redegøres der under 2 for udviklingen i handlen på Internet, der i vidt omfang benyttes af private investorer. Betydningen af den underlæggende selskabsretlige regulering belyses under 3 gennem en analyse af aktionærrettigheder i 49 lande. Som følge af at den amerikanske instans Securities and Exchange Commission (SEC) gennem en meget lang årrække har været en central myndighed i relation til investorbeskyttelsen illustreres tilsyns og myndighedsaspektet under 4 gennem en nærmere beskrivelse af SEC's aktiviteter. Det markedsreguleringsmæssige aspekt belyses under 5 gennem en kort gennemgang af de danske regler, som de fremtræder efter børsreform II.

2. Private investorer og Internet

De private investorer har via Internet fået muligheden for at handle værdipapirer online, og det ser ud til, at investorerne i den vestlige del af Verden i de kommende år vil gøre aktivt brug af denne mulighed. Det ser også ud til at de private investorer i Danmark er interesserede i tilbud om at handle værdipapirer online:

Sydbank lancerede i 1996 et pc-bank system, hvor Sydbank's kunder online kan købe og sælge aktier til og fra Sydbanks egenbeholdning. Dette er efter Sydbanks egne oplysninger en kæmpesucces, som har betydet, at Sydbank har fået et stort antal nye kunder udelukkende pga af denne mulighed for at kunne afgive ordre online.

Med hensyn til handel via Internet synes særligt den svenske børsrådgiver NordNet at kunne blive interessant for danske investorer, når NordNet - forhåbentlig i dette efterår 1997 - får tilladelse fra den svenske finansinspektion til at modtage ordre fra investorer bosat udenfor Sverige. NordNets handelssystem gør det muligt for investorer at se deres ordre blive lagt ind på SAX, som er handelssystemet på Stockholms Fondsbørs. Efter at ordren er lagt ind på SAX, har investoren desuden mulighed for at trække ordren tilbage fra SAX, så længe ordren ikke er effektueret. Tættere kan en privat investor vist ikke komme på at handle direkte på en fondsbørs. NordNet vil gerne tilbyde samme mulighed for danske aktier. Når Københavns Fondsbørs og Stockholms Fondsbørs får fælles handelssystem, er det vel ikke helt utænkeligt at dette kan lade sig gøre. I så fald vil de danske investorer via Internet kunne handle på det danske værdipapirmarked.

Via Internet kan investorer fra alle tilkoblede lande handle online med børsmæglere¹⁾ eller direkte med andre investorer uden børsmægleres mellemkomst.²⁾ Internet gør det nemt for private investorer at handle på tværs af nationale grænser. Ved brug af Internet som medium for indgåelse af handlene agerer investorerne og børsmæglerne uden for fondsbørsernes markeder, hvorfor regelsættene fra fondsbørsernes regulerede markeder ikke kan anvendes direkte på disse handler.

Denne mulighed for online handel på tværs af nationale grænser har længe eksisteret for institutionelle investorer og børsmæglere, som siden 1960'erne har kunnet handle med hinanden på alternative handelssystemer - alternative i forhold til fondsbørsernes handelssystemer. På trods af at disse alternative handelssystemer har eksisteret siden 1960'erne, har handlen på systemerne først rigtigt taget fart de seneste par år. Securities and Exchange Commission oplyser, at handelsvolumen i 1996 på de alternative handelssystemer var 1½ gange større end den samlede handelsvolumen på American Stock Exchange og de regionale børser.

De institutionelle investorer er professionelle investorer, og de har gode forudsætninger for at begå sig godt på markederne. Tilbuddene om online værdipapirhandel på Internet gør det imidlertid muligt for alle investorer at handle på tværs af nationale grænser, hvilket betyder, at også private investorer kan være med. De private investorer tiltrækkes af lethed, hvormed handlen kan udøves, samt af de lave omkostninger ved handlen. De private investorers mulighed for at deltage i online handel er opstået inden for de seneste par år, men flere nationale instanser³⁾ forventer, at denne handel i den nærmeste fremtid vil tage til i styrke.

De institutionelle investorer er sofistikerede investorer, der selv kan anvende og analysere de informationer, der gøres tilgængelige på markederne. For disse investorer er det tilstrækkeligt, at informationen stilles til rådighed, idet de institutionelle investorer er professionelle investorer, der til tider er lige så godt rustet til at analysere markedsdata som børsmæglere.

Private investorer kan være gode til at analysere data, men det tager tid dagligt, mange års erfaring samt store ressourcer at blive en sofistikeret investor, specielt ved handel på tværs af nationale grænser hvor investoren involverer sig i markeder udenfor sit nationale værdipapirmarked. For disse investorer er det ikke nok, at informationen blot stilles til rådighed, men det er

¹⁾ Se eksempelvis: www.datek.com og www.etrade.com/

²⁾ Se mulighederne på <http://www.realgoods.com/>

³⁾ Blandt andet Securities and Exchange Commission fra USA og Securities and Investment Board fra Storbritannien.

desuden vigtigt, at informationerne er udformet på et lettilgængeligt sprog, samt at informationerne ikke kun udgøres af rådata, som skal analyseres. Ofte vil den private investor basere sin handel på analyser mv., som andre - professionelle handlede - har tilvejebragt. Der er en formodning for, at private investorer i langt højere grad end institutionelle investorer har brug for lovregler til beskyttelse af deres rettigheder.

I og med at de nye aktører på markedet for international værdipapirhandel er de private investorer, er det af interesse om landenes forskellige holdninger til investorbeskyttelse vil blive af betydning for de nationale markeders succes i den kommende fremtid. Og hvad betyder det for målsætningen for reglerne omkring investorbeskyttelse, at private investorer bliver mere aktive uden for deres egne nationale markeder?

3. Aktionærbeskyttelsens betydning for markedernes succes

Der er verden over stor forskel i landenes retlige beskyttelse af aktionærer. I USA og Storbritannien er regelsættet koncentreret om en betydelig beskyttelse af særligt den mindre, private aktionær. Denne beskyttelse betyder, at nye selskaber i USA og Storbritannien har nemmere ved at rejse kapital end selskaber i den øvrige verden.

Modpolen hertil er udtrykt i regelsættene om aktionærrettigheder i de fleste europæiske lande og Japan. Disse landes udgangspunkt er, at det hovedsageligt er de institutionelle investorer og bankerne, der investerer i de børsnoterede selskaber. Her tilkommer større aktionærer, som typisk før børsnoteringen var ejer af selskaberne, eksempelvis familiefonde. Ideen er, at dette giver fordele for markedet i form af, at disse investorer har bedre chancer for at påvirke selskabernes ledelser, og at de har potentiale til at hjælpe selskaber igennem dårlige tider. Mindre investorer afskrækkes derimod fra at deltage på markedet blandt "de store".⁴⁾

Økonomer har hidtil haft svært ved at bevise, at lande, der behandler private investorer og mindre aktionærer dårligt, har sværere ved at tiltrække kapital til deres nationale markeder. Dette synes imidlertid at være sket med en rapport⁵⁾ udarbejdet i 1996, hvori 49 forskellige landes lovregler for aktionærrettigheder undersøges nærmere.

⁴⁾ Andres Shleifer & Robert W. Vishny: "A Survey of Corporate Governance", side 49-57 i National Bureau of Economic Research Working Paper No. 5554, 1996.

⁵⁾ Rafael La Porta, Florencio Lopez-De-Silanes, Andrei Shleifer & Robert W. Vishny: "Law and Finance", side 14-22, 32-35, 40-42 i National Bureau of Economic Research Working Paper No. 5661, 1996.

En af rapportens delkonklusioner er at de lande med de mest succesfulde markeder, såsom USA, Tyskland, og Japan har kombineret de to hovedtendenser, ved at give en betydelig grad af aktionærbeskyttelse og desuden tildele de institutionelle investorer en vigtig rolle i markedsreguleringen.⁶⁾

Formålet med undersøgelsen var at påvise, om landenes lovregler vedrørende aktionærbeskyttelse havde konsekvenser for selskabernes finansiering. Med andre ord: Har regler om aktionærbeskyttelse en direkte konsekvens for markederne?

I undersøgelsen opstilles en række rettigheder, som vurderedes af betydning for aktionærbeskyttelse. Kun rettigheder medtaget i lovregler tæller med i rapporten. I rapporten opstilles syv forskellige aktionærrettigheder. Disse er:

Mulighed for at brevstemme. I nogle lande skal aktionærerne møde op personligt eller sende en repræsentant for at kunne stemme, hvorimod det i andre lande er muligt at brevstemme, hvilket gør det nemmere for aktionærerne at anvende deres stemmeret. I Japan holder cirka 80 % af alle selskaber deres generalforsamling i den samme uge, og det er ikke muligt at brevstemme, hvorfor det kan være overordentlig vanskeligt for aktionærer med aktier i flere selskaber at anvende deres stemmerettigheder.

En-aktie-en-stemme. I rapporten anses et land at have regler imod stemmedifferentiering, hvis reglerne fremgår af de nationale love. Aktionærer kan derved ikke kontrollere selskabet med blot en lille procentdel af aktierne.

Aktier blokeres før generalforsamling. I nogle lande kræver loven, at de aktionærerne, der ønsker at stemme på generalforsamlingen, sætter deres aktier i depot hos selskabet eller hos en tredjemand flere dage før generalforsamlingen, hvorefter aktierne holdes i depot indtil et par dage efter generalforsamlingen. Denne praksis forhindrer aktionærerne i at sælge deres aktier i dette tidsrum, samt hindrer aktionærer, som ikke ønsker at gå gennem denne procedur, i at afgive deres stemme.

Akkumulerende stemmeret. I de lande, hvor det er tilladt aktionærer at bruge samtlige stemmer på én bestyrelseskandidat, er det nemmere for mindre aktionærer at få deres repræsentanter valgt til bestyrelsen.

Sikring af undertrykte mindretal. Dette kan være rettigheder til at retsforfølge bestyrelsesmedlemmer, eller rettigheder der tvinger selskabet til at købe aktionærernes aktier, hvis aktionærerne er imod visse fundamentale ændringer i selskabet, såsom hvis selskabet fusionerer med et andet selskab.

2) Procentdel af aktier for at indkalde til ekstraordinær generalforsamling. Jo højere denne procentsats er, jo vanskeligere er det for minoritetsaktionærer

⁶⁾ Andres Shleifer & Robert W. Vishny: "A Survey of Corporate Governance", side 49-57 i National Bureau of Economic Research Working Paper No. 5554, 1996.

at indkalde til generalforsamling, og derigennem udfordre ledelsen. Procentsatsen varierer verden over: Fra 1 % i visse stater i USA til 33 % i Mexico.

Obligatorisk dividende. I nogle lande skal selskaberne ifølge lovregler udbetale en bestemt andel af deres overskud i dividende.

Mange lande har typisk ikke selv valgt, hvilken slags retssystem det har, men har fået retssystemet ufrivilligt - f.eks. via kolonisering. De lande, der kan siges frivilligt at have valgt hvilket juridisk system, der skal anvendes, har snarere haft parametre såsom sprog og de brede politiske tendenser i retssystemet med som overvejelser - end hvorledes aktionærbeskyttelsen er reguleret. Ved undersøgelsen af aktionærers rettigheder klassificerer forfatterne de 49 lande i fire forskelle typer af retssystemer:

Common Law systemer. Dette er retssystemer, som primært er baseret på det engelske Common Law system, og inkluderer lande som Storbritannien, USA, Canada, Australien, Hong Kong og Singapore. Common Law systemerne er det overordnede alternativ til de øvrige kategorier, der udgøres af det andet overordnede alternativ af retssystemer: Civil Law systemer.

Fransk Civil Law systemer. Systemer inspireret af fransk ret - til eksempel udover Frankrig: Indonesien, Mexico og Spanien.

3) Tysk Civil Law systemer. Systemer inspireret af tysk ret - til eksempel udover Tyskland: Japan, Sydkorea, Taiwan.

De skandinaviske lande.

Rapporten viser med al tydelighed, at Common Law landene har en bedre samlet lovpakke til beskyttelse af aktionærers rettigheder. Langt de fleste af Common Law landene lader aktionærer brevstemme, blokerer aldrig aktier op til generalforsamlinger, giver en høj grad af sikring af undertrykte mindretal og kræver generelt en lille aktieprocent for at indkalde til ekstraordinær generalforsamling (i gennemsnit 9 %).

I den anden ende af skalaen er Fransk Civil Law landene, der giver den dårligste retlige beskyttelse af aktionærernes rettigheder. Kun få af disse lande tillader aktionærerne at brevstemme, flere af landene blokerer aktier op til generalforsamlinger, der gives en lav grad af sikring af undertrykte mindretal, og der kræves generelt en stor aktieprocent for at indkalde til ekstraordinær generalforsamling (i gennemsnit 14 %).

Tysk Civil Law landene og de skandinaviske lande er lokaliseret mellem disse to ekstremer af beskyttelse af aktionærer rettigheder.

Til illustration af hvorvidt disse forskelle i aktionærrettigheder er af betydning for markedernes succes, har forfatterne af rapporten sammenlignet størrelsen af hvert enkelt lands aktiemarked i forhold til landets bruttonationalprodukt. Denne undersøgelse viser, at i de typiske Common Law lande er værdien af aktiemarkedet lig med cirka 60 % af bruttonationalproduktet,

hvorimod det tilsvarende gennemsnitstal for Fransk Civil Law landene er 21 %.

Common Law landene har i gennemsnit 35 børsnoterede selskaber pr. 1 million indbygger, hvor det tilsvarende tal for Fransk Civil Law landene er 10. De Fransk Civil Law lande har en usædvanlig høj grad af koncentration af ejerskab i selskaberne. Ifølge rapportens forfattere indikerer dette, at koncentration af ejerskab er en de facto respons på, at der er en dårlig beskyttelse af de private investorer i lovreglerne.

Beskeden synes klar: I de lande hvor private investorer får en stor grad af beskyttelse i lovreglerne, har selskaberne nemt ved at rejse kapital på det nationale værdipapirmarked.

4. Securities and Exchange Commission

I USA er grundfundamentet for investorbeskyttelsen, at der skal stilles informationer til rådighed for markedet og markedsdeltagerne - primært udstederne - skal afgive oplysninger. I USA er man opmærksom på den store forskel i de muligheder henholdsvis institutionelle og private investorer har for at anvende disse oplysninger. I dette afsnit vil jeg kort præsentere, hvorledes Securities and Exchange Commission søger at råde bod på denne forskel.

USA er det land i verden, som giver den højeste grad af retlig beskyttelse af private investorer, og traditionen herfor er lang. Før børskrakket 1929 herskede der anarki på børsmarkedet i USA. Hvilket illustreres af følgende forhold:

Der var ingen forpligtelse til at offentliggøre fakta relateret til virksomhederne.

Journalister ved The New York Times og The Wall Street Journal blev betalt penge for at skrive artikler indeholdende falske oplysninger om selskaber og falske tips om aktier.

Investorerne investerede uden at se prospekter - faktisk kun ud fra kendskab til selskabets navn og prisen på aktien.

Ved krakket i 1929, faldt værdien af alle aktier noteret på New York Stock Exchange fra næsten \$ 90 milliarder til cirka \$ 16 milliarder, og obligationerne faldt fra \$ 49 milliarder til \$ 31 milliarder⁷⁾; hvilket var en meget smertefuld lektion for aktørerne på det amerikanske værdipapirmarked.

Som en reaktion på børskrakket indførte den amerikanske federale regering i 1930'erne en række værdipapirlove, der skulle tjene til at indføre og fremme investorbeskyttelsen. En af disse love - The Securities Exchange Act of 1934 - skabte kommissionen: Securities and Exchange Commission (SEC). Formålet

⁷⁾ Arthur Levitt: "Investor Education: Disclosure for the 1990s", 1. Nov, 1995.

med oprettelsen af SEC var at sikre investorerne retlig beskyttelse, og hertil fik SEC tildelt en betydelig grad af magt, hvilket har resulteret i, at SEC i dag er en af de mest magtfulde administrative, regeludstedende og judicielle myndigheder i relation til værdipapirmarkedet.⁸⁾ Siden er markedet på USA gået støt opad: I 1934 blev der rejst \$ 641 millioner på markedet, i 1984: \$ 126,8 milliarder og i 1994 over \$ 800 milliarder.⁹⁾

SEC har søgt at højne investorbeskyttelse ved at forpligte markedsdeltagerne til at afgive information til markedet som helhed eller til enkelte aktører - "disclosure". SEC ser det ikke som sit mål at fjerne risikoen for investorernes investeringer, men at sikre sig at investorerne, inden de foretager deres investeringer, har en reel og realistisk fornemmelse af graden af den risiko, som de påtager sig. Specielt udstedere af aktier er underlagt en detaljeret grad af oplysningsforpligtelse. Dette er ofte blevet kritiseret, idet det anføres, at denne forpligtelse skader konkurrencen, samt at det pålægger for store omkostninger på selskaberne. SEC mener imidlertid, at markedets vækst bekræfter, at alle nyder godt af reglerne om oplysningsforpligtelse, inklusiv selskaberne, som har brug for investorerne til at rejse ny kapital. At private investorer har tillid til det amerikanske marked underbygges af, at private investorer ejer cirka halvdelen af alle børsnoterede aktier på det amerikanske marked.¹⁰⁾

SEC oplyser, at der de seneste år er kommet en stor tilgang af private investorer til markedet, som ikke har investeret før, og at tendensen er, at de private investorer ikke længere ønsker at anvende børsrådgiveres anbefalinger, men selv at foretage investeringsbeslutningerne. De private investorer er ifølge SEC's formand - Arthur Levitt - ikke velinformerede nok til at kunne klare denne opgave på tilfredsstillende vis, idet dette er et svært tilgængeligt område med mange fagudtryk, hvorfor han vurderer, at der er et åbenbart behov for at informere de private investorer bedre. Mange af de nye private investorer har kun oplevet et marked, der er opadgående, og hvis (når) markedet går ned, frygter Arthur Levitt, at disse investorer pga. af deres manglende erfaring vil handle uforsigtigt, hvilket vil være til stor skade for dem selv og for markedet som helhed.¹¹⁾ Derfor arbejder SEC nu aktivt for at etablere en direkte kontakt

⁸⁾ Cally Jordan, "The United States" in "International Survey of Corporate Law in Asia, Europe, North America and The Commonwealth", 1997, side 50-56.

⁹⁾ Arthur Levitt: "Investor Education: Disclosure for the 1990s", 1. Nov, 1995.

¹⁰⁾ Louis Lowenstein: "Financial Transparency and Corporate Governance: You Manage What You Measure", Columbia Law Review 1996, side 1335.

¹¹⁾ Arthur Levitt: "Investor Education: Disclosure for the 1990s", 1. Nov, 1995.

til de private investorer, hvor SEC tidligere primært har haft aktiv kontakt til mæglere, banker og institutioner.

SEC's nye profil med at henvende sig direkte til de private investorer har som hovedformål at sætte investorerne direkte i kontakt med den information, som de behøver for at kunne investere på fornuftig vis.¹²⁾ SEC søger at opnå dette ved at fremhæve enkelthed, præcision og økonomi ved kommunikationen med investorer, hvor der specielt sættes fokus på at anvende et forståeligt og lettilgængeligt engelsk. SEC har via Internet givet alle direkte adgang til informationerne i EDGAR, som er SEC's informationsdatabase med alle oplysninger afgivet fra markedsdeltagerne. Desuden har SEC oprettet et gratis telefonnummer, hvorigennem investorer kan få svar på de mest almindelige spørgsmål vedrørende investering samt bestille materiale. SEC har udgivet brochurer, holdt bymøder for private investorer, givet taler i TV og radio. Alle disse tiltag anvendes i et forsøg på at uddanne og informere private investorer.

Arthur Levitt mener, at det for alle markedsdeltagere er langt billigere, at SEC anvender sine ressourcer på at uddanne investorer, end at hele systemet skal sættes i værk for at redde private investorer, efter at de *er* kommet i klemme; samt at denne profil fører til færre regler på området, idet investorerne lærer at styre udenom fælderne, hvorved SEC ikke behøver at regulere ligeså detaljeret på området, som hvis investorerne forblev "uvidende".

5. Den danske regulering af børsmarkedet og investorbeskyttelse

Hvilken tilgang til investorbeskyttelse på børsmarkedet er der for de danske lovregler? I dette afsnit præsenteres kort reglerne, som er indført med henblik på investorbeskyttelse. Formålet er, at illustrere hvad investorbeskyttelsen på det danske marked nærmere består i. Reglerne findes hovedsageligt i værdipapirhandelsloven¹³⁾, Fondsrådets bekendtgørelser, og regler fastsat af Københavns Fondsbørs A/S. Reglerne fra Fondsrådet og Københavns Fondsbørs A/S er udarbejdet for at regulere adfærden mellem udstedere og børsmedlemmer. De fleste af aktørerne i handel via Internet vil hverken være udstedere eller børsmedlemmer, hvorfor Fondsbørsens regelsæt oftest ikke vil være direkte anvendelige på handlen. Reglerne vil imidlertid kunne tjene til at udfylde lovgivningens generalklausuler.

Fondsrådet skal ifølge vphl § 83, stk. 1 tage hensyn til blandt andet investorerne behov ved at virke for et velfungerende dansk værdipapirmarked, som er effektivt, gennemskueligt og konkurrencedygtigt. Dette kan ske ved udstedelse af generelle retsakter eller konkrete forbud og påbud. Det afgørende

¹²⁾ Arthur Levitt: "Investor Education: Disclosure for the 1990s", 1. Nov. 1995.

¹³⁾ Lov nr. 1072 af 20. December 1995.

ved udøvelsen af dette hensyn er, *at* markedet betjener investorerne mindst lige så effektivt som i konkurrerende markeder, *at* investorbeskyttelsen er tilfredsstillende og betryggende, *samt at* markedet er redeligt ved at deltagerne behandles fair og ligeligt.¹⁴⁾

Derudover kan Fondsrådet ifølge vphl. § 83, stk. 7 give blandt andet fondsbørser pålæg om at ændre reglerne udstedt i medfør af vphl. § 19, stk. 1. Denne ret kan Fondsrådet dog kun anvende i fald de regelsæt, som den enkelte fondsbørs udarbejder ikke opfylder de krav, som markedet stiller, herunder ikke yder den tilstrækkelige investorbeskyttelse.¹⁵⁾

Ifølge værdipapirhandelslovens (vphl.) § 19, stk. 1 skal fondsbørser fastsætte børsetiske regler og regler, der sikrer god gennemsigtighed for at sikre investorbeskyttelse og ligelig behandling af markedsdeltagerne. Ligeledes kan en fondsbørs ifølge vphl. § 22, stk. 2 stille de betingelser til et værdipapirs optagelse, der vurderes nødvendige for at beskytte blandt andre investorerne.

Ved bestemmelse af det nærmere indhold af investorbeskyttelse er kodeordene: Et *effektivt*, *gennemsksueligt* og *redeligt* marked. Dette er i dansk ret søgt gennemført ved en række regler, der dækker følgende områder: Indberetning af handler, oplysningsforpligtelser for markeds deltagerne, generalklausuler, insider handel, markedsmanipulation, ligelig behandling, samt regler om overtagelsestilbud.

5.1. Et effektivt marked

Et marked betegnes som effektivt, hvis der er et højt informationsniveau hos markedsdeltagerne, så kurserne på hvert enkelt værdipapir afspejler de faktiske forhold i markedet og hos værdipapirets selskab.¹⁶⁾ Information er ifølge Børsudvalget den ene af de væsentligste dimensioner i investorbeskyttelsen, gennemsigtighed er den anden,¹⁷⁾ idet det anses som værende vigtigt, at investorerne kan få et godt kendskab til de enkelte værdipapirer. Grundlaget for at få dette kendskab opnås i danske børsretlige regler ved at pålægge markedets aktører - primært udstederne - en række forpligtelser til at afgive

¹⁴⁾ Børsbetænkningen, bind 2, side 99.

¹⁵⁾ Paul Krüger Andersen & Nis Jul Clausen: "Introduktion til børsretten - børsreform II" (Introduktion til børsretten), 1996, side 71.

¹⁶⁾ Introduktion til børsretten, side 155.

¹⁷⁾ Børsbetænkningen, bind 2, side 41.

oplysninger. Oplysningerne knytter sig primært an til udsteders forretningsmæssige og økonomiske forhold.¹⁸⁾

Det generelle udgangspunkt for udstedere er en tredelt oplysningsforpligtelse: *Prospektoplysninger* og løbende oplysninger, der omfatter: *Straks oplysninger* og *periodiske oplysninger*.

Forpligtelsen til at afgive prospektoplysninger fremgår af vphl. § 23. Desuden er der fastsat regler for prospekternes indhold i Fondsrådets "Bekendtgørelse om kravene til det prospekt der skal offentliggøres, inden værdipapirer kan optages til notering på en fondsbørs"¹⁹⁾ og Københavns Fondsbørs A/S's regelsæt i "Regler for udstedere af børsnoterede værdipapirer" §§ 48 og 49.

Straks oplysninger omfatter ifølge vphl. § 27, stk. 1 væsentlige forhold, der angår virksomheden, og som kan have betydning for kursdannelsen på virksomhedens aktier. I kommentarerne til § 2 samt i §§ 3-6, 16 i "Regler for udstedere af børsnoterede værdipapirer" er anført specifikke forhold og ændringer i virksomheden, som udløser forpligtelsen til straks at oplyse herom. Disse er blandt andet: Ændringer i aktiekapitalen, væsentlige ændringer i forhold til tidligere offentliggjorte oplysninger, beslutning om afholdelse af generalforsamling, meddelelse om forløbet på generalforsamlinger, samt generalforsamlingens truffne beslutninger, ændringer i bestyrelse, direktion, ledende medarbejderstab samt fratræden af revisor.

Ifølge vphl. § 27, stk. 2 samt § 13 og kapitel 6 i Fondsrådets betingelsesbekendtgørelse²⁰⁾ skal en udsteder periodevis offentliggøre regnskabsmæssige oplysninger. I §§ 17-23 i "Regler for udstedere af børsnoterede værdipapirer" er der anført nærmere regler for, hvorledes årsregnskaber og halsvårsregnskaber skal udformes.

Udstederen skal ved opfyldelse af oplysningsforpligtelserne ifølge § 9 i Københavns Fondsbørs A/S's "Børsetiske regler" tilstræbe et højt informationsindhold og en ligelig behandling af alle.

Herudover har udstedere en forpligtelse til at afgive oplysninger om deres aktiebesiddelse. Ifølge vphl. § 28 skal et børsnoteret selskab, hvis det enten ene eller sammen med et af sine datterselskaber ejer 2 % eller mere af aktierne i eget selskab, straks oplyse Københavns Fondsbørs om dette.

En storaktionær i børsnoterede selskaber skal oplyse både Fondsbørsen og det pågældende selskab om besiddelser af aktier i selskabet, hvis aktiernes stemmeret udgør mindst 5 % af aktiekapitalens stemmerettigheder, eller deres

¹⁸⁾ Introduktion til børsretten, side 155.

¹⁹⁾ Fondsrådets bekendtgørelse nr. 330 af 23. april 1996.

²⁰⁾ Fondsrådets bekendtgørelse nr. 331 af 23. april 1996.

pålydende værdi udgør mindst 5 % af aktiekapitalen jf. vphl. § 29, stk. 2, nr. 1. I § 1 i "Bekendtgørelse om opgørelse af, meddelelse om og offentliggørelse af betydelig andele i selskaber, der har aktier optaget til notering på en fondsbørs"²¹⁾ (Bekendtgørelse om opgørelse af aktier optaget på en fondsbørs) anføres nærmere retningslinier på, hvordan andelen skal udregnes. Har storaktionæren allerede besiddelser i denne størrelsesorden, skal aktionæren tilsvarende meddele, når aktiekapitalen ændrer sig væsentligt jf. vphl. § 29, stk. 2, nr. 2. Meddelelsernes indhold fremgår af § 2 i "Bekendtgørelse om opgørelse af aktier optaget på en fondsbørs".

5.2. Et gennemsnitligt marked

I Børsbetænkningen²²⁾ anføres, at investorer har brug for gennemsnitlighed af årsager:

Gennemsnitlighed sætter investor i stand til at finde det bedste handelsalternativ *før* der handles. Dette er ifølge Børsudvalget den anden af de to væsentligste dimensioner ved investorbeskyttelse.²³⁾

Investorerne skal anvende gennemsnitlighed til at kontrollere afregningskursen i forhold til markedskursen, *efter* at handlen er indgået.

Midlet til at sikre god gennemsnitlighed på markedet er straks indberetning af handler, der foretages med værdipapirer, som er optaget til notering på en fondsbørs, jf. vphl. § 33. I forbindelse med værdipapirhandelslovens tilblivelse blev det udtrykkeligt præciseret, at Fondsbørsen skal udarbejde regler om *god* gennemsnitlighed. Ifølge vphl. § 33, stk. 4 fastsætter Fondsrådet og Fondsbørsen nærmere regler for denne indberetningspligt.²⁴⁾ Regler om god gennemsnitlighed fremgår af Københavns Fondsbørs A/S's "Børsetiske regler" § 19, stk. 1, nr. 2.

Markedsdeltagerne får adgang til de indberettede oplysninger via Fondsbørsens informationssystem.

²¹⁾ Erhvervs- og Selskabsstyrelsens bekendtgørelse nr. 328, af den 22. april 1996.

²²⁾ Børsbetænkningen, bind 2, side 20.

²³⁾ Børsbetænkningen, bind 2, side 41.

²⁴⁾ Dette er sket ved Fondsrådets bekendtgørelse nr. 332 af 23. april 1996; Fondsrådets bekendtgørelse nr. 783 af 27. august 1996; samt ved Københavns Fondsbørs A/S's regelsæt: "Regler for medlemmers indberetning af handler til Københavns Fondsbørs A/S", "Regler for ikke-medlemmers indberetning af handler til Københavns Fondsbørs A/S", "Regler for værdipapirhandleres indberetning af handler i EU/EØS-værdipapirer m.v. til Københavns Fondsbørs A/S", "Regler for indberetning af handler til Københavns Fondsbørs A/S for ikke-medlemmer med særlig indberetningsstatus", "Regler for aktionærers indberetning af handler til Københavns Fondsbørs A/S".

5.3. Et redeligt marked

Sikringen af et redeligt marked er søgt tilgodeset gennem flere værktøjer: generalklausuler, regler mod insider handel og kursmanipulation, sikring af ligelig behandling af investorerne, indberetningsreglerne og sikring af små investorer.

Hovedelementet²⁵⁾ i de danske regler om investorbeskyttelse er generalklausulen i vphl. § 3, om at enhver værdipapirhandel skal udføres på en redelig måde og i overensstemmelse med god værdipapirhandelsskik. Reglen gælder for alle aktører på markedet, og således også når to investorer handler med hinanden uden mellemmand, hvilket investorerne har fået lettere adgang til ved hjælp af Internet. Hvis en af deltagerne i en værdipapirhandel er en værdipapirhandler, skærpes reglen i vphl. § 3 med de detaljerede regler om god forretningsskik, som fremgår af vphl. §§ 5 og 6. Reglerne om god forretningsskik er fundamentale for sikringen af private investorers rettigheder, idet disse som alt overvejende hovedregel - ved traditionel værdipapirhandel - vil handle værdipapirer gennem en børsrådgiver, hvorved denne gruppe af investorer lader deres investeringsbeslutninger bero på, hvad andre råder dem til.

Ifølge § 1 i Københavns Fondsbørs A/S's "Børssetiske regler" skal al handel med aktier noteret på Københavns Fondsbørs udføres på redelig måde og i overensstemmelse med god børsskik. De øvrige regler i "Børssetiske regler" udbygger forståelsen af god børsskik. Reglen om god børsskik er - som vphl. § 3 - en generalklausul.

Generalklausulernes indhold skal blandt andet udfyldes af gældende branchekodeks for, hvad der er god værdipapirhandelsskik og børsskik.

Bestyrelsen af en fondsbørs er jf. vphl. § 18, stk. 2, nr. 2 ansvarlig for at sørge for, at handel og kursnotering finder sted på en måde, der sikrer, at handelen og prisdannelsen på fondsbørsen foregår på en redelig og gennemskuelig måde, og inden for lovgivningens rammer sikrer alle berørte en ligelig behandling. Denne regel sikrer, at alle skal have lige mulighed for at få samtidig adgang til kursrelevante oplysninger.²⁶⁾

Ifølge vphl. § 19, stk. 1, nr. 3 er "Børssetiske Regler" udarbejdet for at sikre investorbeskyttelsen og ligelig behandling af markedsdeltagerne. Københavns Fondsbørs A/S har også vedtaget regler om ligelig behandling i § 8, stk. 1 i "Regler for udstedere af børsnoterede værdipapirer", idet det heri bestemmes, at udstedere skal sikre, at alle får lige adgang til væsentlige oplysninger om udstederen, der kan få betydning for kursdannelsen på udstederens værdipapirer.

²⁵⁾ Introduktion til børsretten, side 49 og Erik Werlauff: "Børsret" (Børsret), 1997, side 93.

²⁶⁾ Introduktion til børsretten, side 156.

Såvel reglerne om insider handel og kursmanipulation skal sikrer, at markedet er redeligt jf. ordet "misbrug" i overskriften til vphl. kapitel 10. Ved insider handel handler enkelte aktører på baggrund af viden, som de øvrige aktører ikke er i besiddelse af. Og ved kursmanipulation forsøger enkelte aktører at påvirke kursen på uærlig vis. I § 8 i "Børssetiske Regler" påpeges det, at det er forbudt at udbrede urigtige, vildledende, tendentiøse, fortrolige oplysninger eller at sprede rygter om udstedere eller børsnoterede værdipapirer, samt at det i øvrigt er forbudt at forsøge at påvirke kursdannelsen på uærlig vis.

De informationer, der ved indberetningsforpligtelsen gives Københavns Fondsbørs, tjener ud over at sikre et gennemsigtigt marked, også til at markedsovervågning kan udføres. Markedsovervågningen foretages for at sikre, at værdipapirmarkedet er redeligt.²⁷⁾

Reglerne om overtagelsestilbud jf. vphl. kapitel 8 skal ses som led i investor- og aktionærbeskyttelsen. Ved disse regler søges de små investorer sikret mod større investors overtagelse af stemmerettighederne i selskabet, således at det bliver nemmere for minoriteter at komme af med aktien. Reglerne har således blandt andet til formål at råde bod på forskellen der eksisterer - mellem de muligheder henholdsvis store og små investorer har.

5.4. Hvilket udgangspunkt for investorbeskyttelse er lagt til grund i det danske regelsæt?

Oplysningsforpligtelserne fører til, at der på markedet er store mængder af information. Informationerne kan være svært tilgængelige pga. af, at de er teknisk udformet, og sproget oftest er meget fag-specifikt. Dette betyder, at det særligt er de institutionelle investorer, som kan drage nytte af informationerne, idet disse investorer gennem analysering af oplysningerne har mulighed for at vurdere markedet som helhed. Derved opnår de institutionelle investorer ved brug af oplysningerne, der er afgivet af markedsdeltagerne - primært udstederne - en reel mulighed for at fastlægge deres egen strategi for investering.²⁸⁾

Det er imidlertid illusorisk at tro, at private investorer har de samme forudsætninger for at anvende oplysningerne på tilsvarende måde. Herved er udgangspunktet for den danske børsretlige regulering, at beskyttelsen af de private investorer primært sker ved, at disse handler gennem børsrådgivere. Af denne grund er en fundamental del af beskyttelsen af investorerne på det

²⁷⁾ Børsbetænkningen, bind 2, side 59.

²⁸⁾ Introduktion til børsretten, side 156.

danske marked, at regulere værdipapirhandlernes adfærd overfor de private investorer i regelsættet.²⁹⁾

Som anført under 2 er de private investorers måder at handle værdipapirer på ved at ændre sig, idet tendensen i flere lande er, at investorerne ønsker at handle uden om børsmæglernes mellemkomst eller at handle med børsmæglere fra andre nationer. Det er min forventning, at denne tendens også vil slå igennem i Danmark. Hvis de private investorer handler uden om børsmæglere - f.eks. via Internet direkte med andre investorer - vil dette regelsæt ikke kunne hjælpe de danske investorer. Tilsvarende vil det være svært at anvende reglerne på børsmæglere fra andre nationer, som danske investorer vælger at handle med via Internet. Derved vil de danske private investorers mulighed for at handle via Internet faktisk kunne betyde, at de danske regler om investorbekyttelse mister en betydelig del af deres slagkraft.

6. Afslutning

Investorer kan hovedsageligt påvirke selskabets bestyrelse på to måder:

De kan sælge deres aktier, hvis de er utilfredse med bestyrelsens arbejde - også kaldt "the Wall Street Rule". For de institutionelle investorer er denne regel imidlertid svær at anvende, idet de ofte kan have en betydelig beholdning af selskabets aktier, hvorved det er svært for dem at sælge hurtigt.

De kan stemme på generalforsamlinger og informere selskabets bestyrelse om deres holdning. På dette punkt har de institutionelle investorer pga. af deres størrelse betydelige fordele frem for private investorer.

For at koordinere deres aktiviteter har de institutionelle investorer organiseret sig i grupper, hvorved deres indflydelse er blevet betydeligt forstærket.³⁰⁾ Som en kombination af private forhandlinger med selskabers bestyrelser og offentlige udtalelser har institutionelle investorer verden over gjort selskaberne bekendt med deres ønsker og overvejelser, og det ser ud til at bestyrelserne er opmærksomme på meddelelserne.

Teorien bag reglerne i de lande, der koncentrerer sig om de institutionelle investorers deltagelse på værdipapirmarkedet, er, at de mindre investorer nyder godt af de fordele, som de institutionelle investorer opnår gennem deres påvirkning af bestyrelsen. Ifølge Robert C. Pozen,³¹⁾ som er direktør af en

²⁹⁾ Introduktion til børsretten, side 156.

³⁰⁾ Cally Jordan, "The United States" in "International Survey of Corporate Law in Asia Europe, North America and The Commonwealth", 1997, side 50-56.

³¹⁾ Robert C. Pozen, "Institutional Investors: The Reluctant Activists", Harvard Business Review, jan./feb. 1994, side 140-149.

større investerings institution, ønsker langt hovedparten af de institutionelle investorer imidlertid ikke at påvirke selskabernes bestyrelser direkte og dermed risikere at blive involveret i selskabets daglige ledelse. Dette skyldes, at de institutionelle investorers eneste opgave er at forfølge deres kunders mål, hvilket er, at kunderne får et bedre afkast af deres investeringer end de kunne opnå ved at investere selv. Derfor bliver institutionelle investorer kun aktive aktionærer, hvis de forventede fordele - som institutionens kunder opnår, ved at institutionen påvirker bestyrelsen - er større end omkostningerne, som institutionen vil pådrage sig ved en sådan indblanding. Idet fordelene ofte er meget svære at forudsige, samt omkostningerne nemt kan blive uforudsigeligt store, vil der sjældent efter en sådan opgørelse være tilstrækkeligt incitament hos institutionen til at blande sig aktivt i et selskabs ledelse. Derfor vil langt de fleste selskaber kunne undgå en direkte indblanding fra institutionelle investorer side, hvis selskaberne oplyser om dårlige tider og mulige løsninger så tidligt i forløbet som muligt. Hvis institutionen vælger at blande sig, vil dette imidlertid ikke ske ud fra kollektive overvejelser om, at de øvrige investorer også skal nyde godt af denne aktivitet, men alene med det formål at forbedre afkastet for institutionens kunder.

Hvis Robert C. Pozen's synspunkter er generelt gældende for institutionelle investorer, ser det ud til, at en retsbeskyttelse for private investorer via institutionelle investorers påvirkning af selskabernes bestyrelser ikke er særlig pålidelig.

Lande, der primært koncentrerer deres lovregler om institutionelle investorer, giver dermed ikke en tilstrækkelig grad af retlig beskyttelse for private investorer. Ifølge rapporten om aktionærbeskyttelse har de nationale markeder, hvor lovreglerne er svage med hensyn til investorbeskyttelse, sværere ved at tiltrække kapital, end markeder hvor beskyttelsen af private investorer er i top. Hvis de private investorer i disse lande vælger at anvende de nye muligheder for værdipapirhandel på Internet, kan disse landes nationale markeder risikere at få sværere ved at tiltrække kapital fra private investorer. Hvis de private investorer vælger at anvende muligheden for at handle på andre landes værdipapirmarkeder i stor stil, vil dette være med til at øge konkurrencen mellem de nationale værdipapirmarkeder.

På baggrund af de anførte synspunkter i denne artikel, mener jeg, det er nærliggende at antage, at det kan betale sig for de enkelte lande og nationale markeder at indføre en betydelig grad af investorbeskyttelse for at få mest muligt ud af de private investorers mulighed for at handle på tværs af landegrænser - og frem for alt: For ikke at lide herunder.

Ny kursgevinstlov - gammel vin på nye flasker

af
Kjeld Hemmingsen

Folketinget har den 10. juni 1997 som lov nr. 439 om skattemæssig behandling af gevinst og tab på fordringer, gæld og finansielle kontrakter vedtaget skatteministerens forslag af 13. marts 1997 (L 194) til ny *kursgevinstlov*.

Loven har virkning fra indkomståret 1998, idet dog de særlige bestemmelser om finansielle kontrakter har virkning allerede fra 1. januar 1997.

Loven har til formål at give bedre overskuelighed og sammenhæng på retsområdet og at foretage en teknisk revision af det hidtidige lovgrundlag. Loven kommenteres i det følgende under begge de nævnte synsvinkler, idet der samtidig gives en oversigt over hele den lidt utilgængelige kursgevinstbeskatning og dens baggrund.

1. Kursgevinstbeskatningens baggrund

1.1. Statsskattelovens almindelige principper

Indtil skattereformen af 1987¹⁾ var der ingen forskel på den skattemæssige behandling af avancer og tab på pengefordringer (for obligationers og pantebrevs vedkommende ved salg eller gennem indfrielse) og behandlingen af andre realisationsgevinster og realisationstab.

Den almindelige beskatningshjemmel var statsskattelovens §§ 4, 5 og 6, idet der ikke var gennemført særlovgivning som f.eks. på aktie- og ejendomsavancebeskatningsområderne.

Kort beskrevet betød dette, at pengefordringer, der indgik i omsætningsformuen i bank- eller anden professionel udlåns- og finansieringsvirksomhed eller var led i spekulation, omfattedes af beskatningsreglerne, medens transaktioner og aktiver i anlægs- eller privatsfæren faldt udenfor (statsskattelovens §§ 4 og 5). For debtors vedkommende afhang fradragsret for kurstab af, om der kunne påvises en umiddelbar og direkte forbindelse med en underliggende

¹⁾ Gennemført på kursgevinstområdet i årene 1986-1988.

erhvervsmæssig aktivitet (statsskattelovens § 6). Som udgangspunkt var det ligegyldigt, om skatteyderen som kreditor eller debitor var en juridisk eller en fysisk person.

Den skatteretlige behandling af kursgevinster og kurstab måtte på denne baggrund være afhængig af faktorer.

For det første måtte der ske en tilpasning af de almindelige skatteretlige nærings- og spekulationsbegreber til dette særlige retsområde, og for det andet måtte det afklares, hvad der kunne indlægges i begreberne afkast og kapitalgevinst, når det gælder kursgevinster og kurstab på pengefordringer og gæld.

Næringsvirksomhed

Pengefordringer optræder som omsætningsaktiv i pengenerhvervsvirksomhed (bankvirksomhed, vekselerervirksomhed og enhver anden form for erhvervsmæssig finansierings- og udlånsvirksomhed), og i statsskattelovens barndom såvel som i dag er kursgevinster og kurstab udsprunget af sådan virksomhed af utvivlsomt skattepligtig natur.

Obligations- og pantebrevsbeholdninger kan imidlertid også underkastes almindelig porteføljepleje, som efter omstændighederne kan kræve hyppige omplaceringer af værdipapirbeholdningerne. Da der ikke sjældent er tale om betydelige beholdninger, hvis pleje kræver viden om markedsforholdene og ofte professionel bistand, kan grænsen til egentlig næringsvirksomhed være flydende.

Har hensigten med gentagne køb og salg været sikring af et optimalt *afkast*, uden at der er skelet til muligheden for en *realisationsgevinst* ved omplaceringen, er der ikke tale om erhvervsmæssig omsætning i skatteretlig forstand, og en gevinst vil efter statsskattelovens regler være skattefri. Et tab vil på sin side ikke kunne fratrækkes.

Selv i et tilfælde, hvor et forsikringsselskab som lovpligtigt led i sin virksomhed besad store obligationsposter, hvorfra der kunne påregnes betydelige, regelmæssige udtrækningsgevinster, fandt Højesteret ikke hjemmel til at beskatte selskabet af udtrækningsgevinsterne. Forsikringsselskabet havde ikke erhvervet værdipapirerne med fortjeneste ved videresalg for øje og havde heller ikke drevet udlånsvirksomhed.²⁾

²⁾ UfR 1950 side 284 H (Det Gjensidige Forsikringsselskab Danmark) og tilsvarende UfR 1955 side 251 H (Dansk Kapitalanlæg A/S). Bl.a. disse afgørelser førte i 1957 til vedtagelsen af ligningslovens § 4, som bestemte, at forsikringsselskaber, banker og andre virksomheder, der som et normalt led i deres almindelige virksomhed anbragte midler i obligationer og pantebreve m.v., skulle beskattes af kursgevinster ved afhændelse eller indfrielse af papirerne (selvom disse altså ikke indgik i virksomhedernes

Det burde være indlysende, at skatteyderens motiver i mange tilfælde er vanskelige at analysere, og at det kan være bevismæssigt næsten umuligt at adskille den ene type af aktiviteter fra den anden. Gennem årene har der da også været adskillige retstvister om et begivenhedsforløbs karakter af erhvervmæssig virksomhed eller blot porteføljepleje. Afgørelsen af tvisterne forudsætter en nøje affotografering og vurdering af skatteyderens aktiviteter, og i et betydeligt antal domme har der som forventeligt været afgivet dissens.

Skoleeksemplet er UfR 1973 side 472 H (Quant Hansen), der omhandler et tilfælde, som trods sin ret specielle baggrund har fundet plads også i det nugældende cirkulære til kursgevinstloven pkt. 12. Det drejede sig om en tidligere mekaniker, der som invalidepensionist ikke lavede stort andet end at opkøbe et efterhånden betydeligt antal pantebreve. Pantebrevene havde kort løbetid eller kort gennemsnitlig indfrielsestid, og i den under sagen betragtede fireårs periode havde han haft 89 pantebreve, hvoraf 41 var indfriet i perioden. Han havde desuden finansieret 3 automobilkontrakter. Pantebrevene blev købt efter systematiske, grundige undersøgelser i samarbejde med en ejendomsmægler, ofte med skatteyderen som første kreditor og til dels finansieret ved anvendelse af kassekredit. Et mindretal i Højesteret (3 dommere) fandt, at skatteyderens opkøb af og udlån mod pantebreve havde haft en sådan karakter og et sådant omfang, at der forelå virksomhed af erhvervmæssig karakter. Flertallet (4 dommere) fandt ikke i det om erhvervelsen af pantebrevene oplyste, herunder pantebrevenes antal og art, skatteyderens samarbejde med ejendomsmæglere og benyttelse af kassekredit, grundlag for at fastslå, at han herved havde udført en næringsvirksomhed, der efter statsskatelovens § 4 sammenholdt med § 5 medførte pligt til at svare indkomstskat af de de avancer, han havde opnået ved afdrag på eller indfrielse af pantebrevene.

Til støtte for bevisførelsen opereres efterhånden i praksis med en række støttekriterier, som ikke hver for sig, men tilsammen kan bidrage til den konkrete afgørelse. Det drejer sig - med vekslende styrke - om forhold, der knytter sig til den ydre ramme om virksomheden (markedsføringen, kontinuiteten i virksomhedsforløbet, skatteyderens rolle som første kreditor, hans øvrige virksomhed og hans uddannelsesmæssige baggrund) og om lånearrangementernes karakter (aktiviteternes absolutte og relative størrelse og beholdningernes sammensætning).

Vederlagsnæring

Uafhængigt af næringsdiskussionen optræder begrebet *vederlagsnæring* i skatteretten som udtryk for modtagelsen af naturalydelser - herunder obligationer og pantebreve og andre pengefordringer - som vederlag for erhvervsmæssige ydelser. Sådanne vederlag indgår ved modtagelsen til beskatning på linie med pengeydelser (statsskattelovens § 4). Med støtte i statsskattelovens almindelige beskatningsprincipper indgår også eventuelt senere opståede fortjenester eller tab på det modtagne gode i skatteyderens indkomstopgørelse, medmindre det kan sandsynliggøres, at formuegodet efter modtagelsen definitivt er løsrevet fra næringsvirksomheden og overgået til skatteyderens anlægs- eller privatformue.

Spekulation

I modsætning til næringsbeskatningen, som i det væsentlige er fastholdt uændret i de senere kursgevinstlove, blev spekulationsbeskatningen på kursgevinstområdet afskaffet allerede med den første kursgevinstlov og er ikke senere genindført.³⁾

I nærværende forbindelse skal derfor blot nævnes, at nærings- og spekulations-virksomhed altid har været sidestillet i statsskattelovens § 5, og at de ovenfor beskrevne bevisvanskeligheder og opstilling af støttekriterier derfor tidligere kunne genfindes på spekulationsområdet.

Statsskattelovens sidestilling af nærings- og spekulationsvirksomhed skyldes, at der ikke er nogen realitetsforskel mellem de to virksomhedsformer. Begge har ønsket om en senere realisationsgevinst, og de to aktivitetsområder adskiller sig kun fra hinanden ved den flerhed af ensartede tilfælde i et kontinuerligt forløb, der kendetegner næringsvirksomheden i modsætning til de enkeltstående spekulationsforretninger. Nogen saglig - eller politisk - grund til at beskatte spekulationsforretninger lempeligere end næringsvirksomhed kan det være vanskeligt at give. Som det senere skal omtales, var det da også praktiske bevis- og kontrolmæssige forhold, der bevirkede spekulationsbeskatningens bortfald med kursgevinstloven.

Når spekulanterne optrådte relativt sjældent i retspraksis, skyldes det formentlig, at man var kommet til det resultat, at ønsket om salg med gevinst for øje ikke blot skal have været til stede både ved aktivets erhvervelse og ved dets realisation, men at også selve realisationen skulle ske *i form af* et salg. Denne opfattelse af begrebet skattemæssig spekulation, som *ikke* er overført tilsvarende til pengennæringstilfælde, har selvsagt været kendt af spekulanterne, som uden større vanskelighed har kunnet indrette sig, så realisationsgevinsterne fremkom gennem indfrielse og ikke gennem salg.

³⁾ Nedenfor 1.2.

Afkast eller kapitalgevinst

Den indledningsvis nævnte anden afgørende faktor, som bestemmer kursgevinstbeskatningens indretning, er indholdet af begreberne kursgevinster og kurstab eller rettere den mest korrekte placering af kursgevinster og kurstab enten på linie med skattepligtige renter, udbytte og andet *afkast* eller på linie med de *kapitalgevinster*, der uden for nærings- og spekulationstilfælde som udgangspunkt er skattefri.⁴⁾

Domstolenes bidrag til afklaringen af dette spørgsmål har været beskedent. Vigtigst er formentlig afgørelsen UfR 1953 side 523 H (Marie Nielsen), hvor Højesterets flertal fastslår, at der ikke er hjemmel til at beskatte selv sikre, regelmæssige og forudberegnelige kursgevinster som afkast af formuen, således som statsskattelovens §§ 4 og 5 må forstås i deres indbyrdes sammenhæng

I en mere principiel diskussion om behandlingen af gevinster og tab på pengefordringer kommer sondringen mellem afkast og kapitalgevinst på afgørende prøve, idet den korrekte skattemæssige placering af kursdifferencerne ikke på forhånd er givet.

I økonomisk henseende er der ingen forskel på de to elementer, der indgår i den effektive rente (pålydende rente og kursgevinst) af en fast forrentet fordring, i hvert fald hvis kreditor beholder fordringen til indfrielse.⁵⁾

Er der imidlertid asymmetrier i forholdet mellem beskatningen af renter og kursgevinster og mellem kreditors og debitors skattemæssige stilling, kan dette billede forrykkes væsentligt.

I 1970'erne og i begyndelsen af 1980'erne kulminerede således en række skattetækningsarrangementer, som gjorde selv lånefinansierede investeringer i obligationer og andre pengefordringer lønsomme efter skat. Sammenholdes nemlig en (fradragsberettiget) lånerente med de (skattepligtige) obligationsrenter med tillæg af en skattefri kursgevinst, vil man se, at der efter dækning af påløbne transaktionsomkostninger kan opstå en nettogevinst, når transaktionen blot har et vist volumen.⁶⁾ Gevinsten kan øges gennem en arbitrær fastsættelse af forholdet mellem rente og kursgevinst, i mere ekstreme

⁴⁾ Se ovenfor om statsskattelovens §§ 4 og 5

⁵⁾ Et forenklet beregningseksempel findes i Isi Foighel og Kjeld Hemmingsen SKAT Personer, 9. udg., side 69, og et mere nuanceret eksempel i Carsten Andersens økonomiske nationalrapport, afsnit 2, i Nordisk skattevidenskabeligt Forskningsråds publikation Den skattemæssige behandling af kursgevinster og kurstab på fordringer og gæld, 1985.

⁶⁾ Carsten Andersen l.c. side 11-12.

tilfælde ved udstedelse af såkaldte 0-rente papirer, hvor hele kreditors vederlag udmøntes i en (skattefri) kursgevinst.

Med enkelte undtagelser, hvor låneforholdene ikke ansås for reelle eller fuldt gennemførte⁷⁾, godkendte Højesteret de omhandlede arrangementer med den begrundelse, at imødegåelse af uønskede resultater af asymmetrier i skattelovgivningen var et lovgivningsanliggende. Dette blev den umiddelbare anledning til vedtagelsen af den første kursgevinstlov i 1985.

1.2. Den første kursgevinstlovs hovedprincipper

Afkast eller kapitalgevinst. Mindsterenteløsningen

Med vedtagelsen af den første kursgevinstlov i 1985 valgte man en beskatningsmodel, som formelt set ikke *ophæver* sondringen mellem renteafkast og kursgevinster. I erkendelse af kursgevinsteres rolle som en del af den effektive rente indførtes derimod i lovens § 7 en såkaldt mindsterenteregulering, som i det væsentlige vil *eliminere* kursgevinsterne.

Mindsterenten fastsættes sædvanligvis halvårsvis på grundlag af et simpelt gennemsnit af en af Københavns Fondsbørs dagligt udregnet effektiv obligationsrente i en nærmere angivet periode, således at mindsterentesatsen kommer til at ligge i nærheden af den almindelige markedsrente på det pågældende tidspunkt.

Selvom mindsterentesatsen er et noget groft udtryk for markedsrenten på hvilkensomhelst fordring på både det organiserede og uorganiserede pengemarked, må det antages, at fordringer, der udstedes med en rentesats mindst svarende til mindsterenten, udstedes til en kurs nær pari. Eventuelle marginale *kursgevinster* på sådanne blåstemplede fordringer vil derfor efter kursgevinstloven være skattefri, mens gevinster på sortstemplede fordringer, som ikke opfylder mindsterentekravet, beskattes ved salg eller indfrielse. Udviklingen i markedsrenten efter udstedelsestidspunktet får ingen betydning for beskatningsspørgsmålet. Mindsterentereglen gælder kun for almindelige private investorer, som ikke er generelt skattepligtige af avancer og tab som nærmere beskrevet nedenfor.

Da renteniveauet i udlandet meget vel kan afvige væsentligt fra det danske, havde almindelige private investorer i kursgevinstlovens første tid fortsat gode muligheder for skattetænkning i udlandet for egne eller lånte midler. Senere lovrevisioner har søgt at lukke dette hul.

Hverken *kurstab* på blå- eller sortstemplede fordringer kan fratrækkes af den almindelige private investor, som omfattes af mindsterentereglen. Denne manglende symmetri i beskatningen af de sortstemplede fordringer blev bl.a.

⁷⁾ Se TfS 1986.102 H (Kurt Rechnagel).

begrundet med frykten for en sneboldeffekt, hvis massive kurstab skulle kunne influere på skatteprovenuet i en måske i forvejen kritisk økonomisk situation i samfundet.

Næringsvirksomhed

Det var kursgevinstlovens erklærede hensigt ikke at anfægte det almindelige næringsbegreb, som er omtalt ovenfor.

Man benyttede dog lejligheden til i lovens § 2 at opregne kredsen af generelt skattepligtige *selskaber m.v.* inden for pengeverdenen, idet man også inddrog visse selskaber, som hidtil havde været omfattet af den i note 2 nævnte ligningslovens § 4 (f.eks. forsikringsselskaber) og dermed ikke havde kunnet karakteriseres som pengennæringsdrivende. Ligningslovens § 4 ophævedes endeligt med virkning fra 1988.

Med virkning fra den 27. december 1990 tog man senere skridtet fuldtud og gjorde *alle* selvstændigt skattepligtige selskaber og fonde - og altså uanset deres tilknytning til finansierings- eller investeringsverdenen - skattepligtige af gevinster og tab på pengefordringer.

For selskaberne og fondene var det udelukket at operere med begrebet anlægsbeholdninger i skattemæssig forstand. Alle gevinster og tab skulle medregnes.

For fysiske personers vedkommende var det som nævnt statsskattelovens almindelige næringsbegreb, der fortsat skulle anvendes, men i disse tilfælde med mulighed for at have anlægs- og privatbeholdninger af papirer, som i så fald skulle behandles efter mindsterentereglen.⁸⁾

Vederlagsnæring

Kursgevinstlovens § 4 er den første skatteretlige specialregel, der regulerer beskatningen i vederlagsnæringstilfælde.

Det er dog fortsat de almindelige principper i statsskatteloven⁹⁾, der hermed lovfæstes, og kun bestemmelsen om, at gevinst eller tab på modtagne børsnoterede obligationer ikke skulle indgå i beskatningsgrundlaget er ny. Reglen bygger på en tvivlsom forudsætning om, at der allerede i tidligere praksis var skattefrihed i sådanne tilfælde.

⁸⁾ Kursgevinstlovens § 3.

⁹⁾ Ovenfor 1.1.

Spekulation

Spekulationsbeskatningen blev som tidligere nævnt ophævet med kursgevinstloven, idet man dog i en overvågningsperiode ville iagttage udviklingen og om fornødent justere reglerne. Det kan næppe undre, at eventuelle spekulanter på værdipapirområdet holdt sig beskedent tilbage i denne overvågningsperiode, og resultatet blev i hvert fald, at skattereform-politikerne følte sig trygge ved at ophæve spekulationsbeskatningen med virkning fra 1988.

Debitorgevinster og -tab

Debitors kursgevinster (f.eks. ved aftale om indfrielse af pantebrevsgæld før tiden) eller kurstab (ved låneoptagelse) blev i kursgevinstloven fortsat behandlet i overensstemmelse med statsskattelovens almindelige principper, d.v.s. kun med beskatning og mulighed for omkostningsfradrag i erhvervsmæssige forhold.

Dette gjaldt dog kun fysiske personer, idet de generelt skattepligtige selskaber og fonde som hovedregel også i debitorrollen måtte lade alle tab og gevinster indgå i indkomstopgørelsen.¹⁰⁾

1.3 Lovens øvrige særpræg

Fordringer og gæld i fremmed valuta

Forud for kursgevinstloven havde gevinst og tab på fordringer og gæld i fremmed valuta siden 1976 været reguleret af ligningslovens § 8 D, som lader det være afgørende for den skattemæssige behandling, om fordringen eller gælden har tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed. Bestemmelsens lidt vage karakter skyldes de dagældende valutaregler, som normalt udelukkede udlandslån uden erhvervsmæssig tilknytning.

Efterhånden som denne forudsætning smuldrede, fik spørgsmålet om en mere præcis afgrænsning af begrebet "erhvervsmæssig tilknytning" større betydning. § 8D blev dog fortolket liberalt, og man anså eksempelvis tilknytningen for uden videre dokumenteret, når det gjaldt aktie- og anpartsselskaber alene i kraft af reglerne i anparts- og aktieselskabsloven.

Kursgevinstloven viderefører denne linie¹¹⁾, idet selskaber m.v. antages udelukkende at kunne have fordringer og gæld i fremmed valuta, der sidestilles med erhvervsmæssige mellemværender, således at kursreguleringer altid skal påvirke den skattepligtige indkomst.

¹⁰⁾ Kursgevinstlovens § 5.

¹¹⁾ Kursgevinstlovens § 6.

Efter kursgevinstloven behandles gevinster og tab som følge af valutakursændringer og gevinster og tab på børskurserne ens. Det afgørende er, at fordringen er udstedt i fremmed mønt eller alternativt i dansk eller udenlandsk valuta.

For fysiske personers vedkommende var det fortsat en betingelse for beskatning og fradragsret, at fordringen eller gælden havde tilknytning til erhvervsmæssig virksomhed. I andre tilfælde anvendtes en mindsterenteregul svarende til reglen i lovens § 7.

Ved en lovændring i 1991 blev der imidlertid også for fysiske personer indført generel skattepligt, hvorved mindsterentereglen bortfaldt.

Finansielle kontrakter

Indtil 1. juli 1991 omfattedes en række kontraktsformer¹²⁾, som i stigende grad anvendtes på det internationale børsmarked og fra 1988 på Københavns Fondsbørs, af reglen i statsskattelovens § 4, litra f, om spil og væddemål, hvorved gevinster beskattes, mens tab ikke kan fratrækkes. Det er karakteristisk for de kontrakter, der interesserer børsmarkedet, at der ikke skal ske levering af det underliggende aktiv (f.eks. en valuta eller råvarer), men foretages differenceafregning af forskellen på markedsprisen på afviklingsdagen og den pris, der aftales på aftaletidspunktet.

Reglerne om beskatningen af disse gevinster og tab blev med virkning fra den nævnte dato optaget i kursgevinstlovens §§ 8C-8G som udgangspunkt med symmetrisk beskatning af gevinster og fradragsret for tab.

Lovens § 8D opregner dog en række tilfælde af dagligdags aftaler, som ikke anvendes som finansielle instrumenter, og som derfor falder uden for den generelle skattepligt og i stedet underkastes beskatning efter skatteovgivningens almindelige regler.¹³⁾

2. Den ny kursgevinstlov

2.1. Forholdet til de hidtil gældende beskatningsprincipper

Som beskrevet i det foregående er kursgevinstloven blevet ændret en del gange i løbet af de senere år og opfattes af mange som uoverskuelig og vanskelig at forstå.

¹²⁾ Ofte betegnet som finansielle instrumenter og omfattende købe- og salgsrettigheder og terminskontrakter (bl.a. såkaldte futures, options, swaps, warrants m.v.)

¹³⁾ Eksempelvis handel med fast ejendom og sædvanlige aftaler om levering af varer og andre aktiver samt tjenesteydelser.

Lovens anvendelsesområde er desuden udvidet kraftigt siden lovens gennemførelse i 1985. Alle selskaber er blevet generelt skattepligtige af gevinster og tab på fordringer og gæld, og fysiske personer er blevet generelt skattepligtige af gevinst og tab på fordringer og gæld i fremmed valuta. Hertil kommer, at beskattningen af de finansielle kontrakter er inddraget under lovens bestemmelser.

Lovens syn på de hovedprincipper i statsskatteloven, som er baggrunden for hele kursgevinstbeskatningen, og som er kommenteret i det foregående, er imidlertid ikke ændret med den ny kursgevinstlov, som træder i kraft ved årsskiftet.

Næring og spekulation

Næringsbegrebet er for fysiske personer fortsat baseret på en konkret vurdering af skatteyderens virksomhed som erhvervsmæssig omsætning af fordringer eller erhvervsmæssig finansieringsvirksomhed. Den næringsdrivende har fortsat mulighed for at have en anlægs- eller privatbeholdning af fordringer.¹⁴⁾ Selskaber er fortsat generelt skattepligtige og kan ikke skattemæssigt operere med anlægsbeholdninger af obligationer og pantebreve eller andre pengefordringer. Som noget nyt sker der ikke længere en opregning af de skattepligtige selskaber m.v. i kursgevinstloven, idet der i stedet henvises til selskabs-skattelovens og fondsbeskatningslovens egne bestemmelser om fuld og begrænset skattepligt.¹⁵⁾

Spekulationsbeskatningen, der ophævedes i 1988, er ikke genindført. Spekulative arrangementer omfattes af de almindelige regler, der gælder for selskaber (generel skattepligt), og for fysiske personer uden for næringstilfælde (anvendelse af mindsterentereglen).

Afkast eller kapitalgevinst. Mindsterentereglen

Betydningen af sondringen mellem rente og kapitalgevinst er fortsat minimal, idet mindsterentereglen står uantastet i den ny kursgevinstlov med en enkelt ubetydelig ændring af seneste offentliggørelsesdag for den kommende periodes mindsterente.¹⁶⁾

¹⁴⁾ Ny kursgevinstlov § 13.

¹⁵⁾ Ny kursgevinstlov § 2.

¹⁶⁾ Ny kursgevinstlov § 14, jfr. § 38.

Forholdet til anden tilgrænsende lovgivning

Et af formålene med den ny kursgevinstlov har været at understrege lovens udtømmende karakter og herved især afklare samspillet mellem kursgevinstlovens regler og statsskattelovens §§ 4, 5 og 6.

Det betyder bl.a., at det nu i loven¹⁷⁾ præciseres, at gevinst og tab på fordringer og gæld vedrørende næringsejendomme ikke omfattes af kursgevinstlovens regler, men skal beskattes efter statsskattelovens regler om opgørelse af den skattepligtige avance ved afståelse af næringsejendomme.¹⁸⁾

Herudover er der grund til at nævne, at kursgevinstlovens § 4 om *vederlagsnæring* ikke genfindes i den ny kursgevinstlov. Det tilkendegives hermed, at gevinst og tab, der er opstået efter fordringens erhvervelse, behandles efter kursgevinstlovens almindelige regler. Er der tale om tab, som må karakteriseres som driftstab, har man dog i den ny kursgevinstlovs § 17 fundet anledning til at henvise til statsskattelovens driftstabsregel i § 6, litra a. Dette forhindrer ikke, at de tidligere henvisninger i kursgevinstloven til statsskattelovens bestemmelser som en integrerende del af kursgevinstlovens beskatningssystem generelt er søgt fjernet fra den ny kursgevinstlov.

Et eksempel på dette sidste er bortfaldet af bestemmelsen i kursgevinstlovens § 5, stk. 2, som hidtil har inddraget statsskattelovens §§ 4-6, når det gælder fysiske personers *gevinst og tab i debitorrollen*. I den ny kursgevinstlovs § 19, stk. 1, erstattes denne brede henvisning til statsskatteloven med en mere præcis tilkendegivelse af, at gevinst og tab skal medregnes ved indkomstopgørelsen, når skatteyderen driver næringsvirksomhed ved finansiering, og gælden vedrører denne virksomhed.

2.2 Forenkling af lovgrundlaget

Prisen for den netop nævnte regelsanering er imidlertid høj, idet en nærlæsning af de efterfølgende §§ 20-22 er nødvendig for at fastslå, at der uden for næringstilfælde fortsat er skattefrihed henholdsvis manglende fradragsret for den personlige debtors gevinster og tab på pengefordringer. Dette var langt bedre og ganske kort udtrykt i den hidtidige § 5, stk. 2, hvilket harmonerer dårligt med ønsket om større overskuelighed og forenkling af reglerne.

¹⁷⁾ Ny kursgevinstlov § 1.

¹⁸⁾ For fast ejendoms vedkommende er der også på ejendomsavancebeskatningsskattelovens område sket en bedre afstemning mellem kursgevinstloven og den nævnte lov, idet der er sket en ændring af kontantomregningsreglerne i ejendomsavancebeskatningsloven (omregning af værdien af afståelsessummens gældsposter sker efter kursværdien på afståelsestidspunktet og ikke som tidligere efter kursværdien på anskaffelsestidspunktet).

Med det nævnte eksempel kan man rejse spørgsmålet, om den ny kursgevinstlovs systematik er hensigtsmæssig.

Lovens materielle beskatningstemaer har hidtil været ryggraden i lovstrukturen, og det må erkendes, at de mange knopskydninger og lovændringer ikke har lettet overskueligheden, ikke mindst fordi de ofte forskellige regler for selskaber og fysiske personer ikke har kunnet udledes umiddelbart uden læsning af den fulde lovtekst. Den ny kursgevinstlovs hovedsondring mellem selskaber og personer er i den henseende et fremskridt, idet en skatteyder nu blot skal vide, om han er et selskab eller en fysisk person, hvorefter han ledes gennem de for ham relevante bestemmelser.

Den, der søger et helhedsbillede af kursgevinstbeskatningen, prisgives imidlertid, når fremstillingen personfikseres.

Med erfaringerne fra visse udenlandske skattesystemer kan det diskuteres, om regelsæt, der - ofte kun med nuanceforskelle - gentages for forskellige skatteydergruppers vedkommende, er et ubetinget gode, idet oversigten over skattesystemet som nævnt ofte vil forsvinde, og idet antallet af paragraffer efter omstændighederne er tilbøjelig til at vokse dramatisk. Den ny kursgevinstlov er ikke nogen undtagelse herfra, idet antallet af paragraffer er forøget til det dobbelte.

2.3 Revision af lovgrundlaget

Udviklingslinierne som skitseret i det foregående bekræfter lovforarbejdernes bemærkning om, at den ny lovgivning fortrinsvis er en *teknisk* lovrevision, og viser, at der er megen gammel vin på nye flasker i den ny kursgevinstlov.

Nogle ændringer også af lovens *materielle* indhold er dog allerede nævnt, og det kan tilføjes, at en række specialbestemmelser om bl.a. realkreditinstitutters beskatning og om gældseftergivelse i koncernforhold, som ikke tidligere er omtalt, har fået nyt indhold.

Af samme specielle karakter er de tidligere berørte *finansielle kontrakter*, som med den ny kursgevinstlov har fået ændret lovgrundlaget allerede fra den 1. januar 1997.

Blandt de væsentligste ændringer kan nævnes en række nye undtagelser fra skattepligten, som tidligere indeholdtes i kursgevinstlovens § 8D.¹⁹⁾ Det drejer sig om kurssikringskontrakter, aftaler om køb og salg af ikke-børsnoterede aktier, valutakontrakter i forbindelse med køb og salg af værdipapirer samt aftaler om hel eller delvis afståelse af virksomhed og andele af virksomhed.

Endelig skal bemærkes, at den ny kursgevinstlov skal ses i sammenhæng med konsekvensændringer af forskellige andre skattelove, herunder aktieavan-

¹⁹⁾ Ny kursgevinstlovs § 30.

cebeskatningsloven, som blandt andet har overtaget den fulde beskatning af konvertible obligationer.

2.4. Den ændrede systematik

Lovens ændrede systematik, som har haft den nævnte overskuelige opbygning med en klar adskillelse af juridiske og fysiske personer for øje, ser således ud:

Kapitel 1 (§ 1)

Kapitel 1 angiver lovens anvendelsesområde gevinst og tab på fordringer, gæld og finansielle kontrakter.

Fordringer og gæld, der indgår i beskatning af avance ved salg af næringsejendomme, omfattes ikke af loven, og denne omfatter heller ikke gevinst og tab på konvertible obligationer og præmieobligationer.

Kapitel 2 (§§ 2-11)

I kapitel 2 beskrives den vidtgående og generelle beskatning af tab og gevinster på fordringer og gæld, der gælder for selskaber og fonde m.v.

Der er specialregler om tabsbegrænsning på bl.a. koncerninterne fordringer og om indeksregulering, når tab kan indfries til en forud fastsat overkurs.

Kapitel 3 (§§ 12-23)

Kapitlet beskriver fysiske personers skattepligt af gevinst og tab på fordringer og gæld, hvad enten der er tale om pengeæring eller andre typer af fordringer og gæld.

For fysiske personer omfatter den generelle skattepligt gevinst og tab på *fordringer* i næringsvirksomhed og fordringer i fremmed valuta. I andre tilfælde afhænger skattepligten på fordringer af mindsterentebetingelsens opfyldelse, og der gælder desuden en særlig regel om fordringer erhvervet for lånte midler.

I almindelighed skal gevinst og tab på *gæld* kun medregnes, når den pågældende driver pengeæringsvirksomhed. Der gælder dog særlige regler om eftergivelse af gæld uden for akkord m.v., gæld stiftet til overkurs og ekstraordinær indfrielse af kontantlån.

Kapitel 4 (§ 24)

Kapitel 4 indeholder regler om beskatning af gevinst som følge af akkord eller gældssanering. Reglen er fælles for selskaber m.v. og personer.

Kapitel 5 (§§ 25-28)

Også dette kapitel er fælles for selskaber m.v. og fysiske personer.

Kapitlet behandler reglerne om opgørelsen af af den skattepligtige gevinst eller tab på fordringer og gæld.

Opgørelse finder som hovedregel sted efter realisationsprincippet, men også lagerprincippet og under særlige omstændigheder andre opgørelsesprincipper kan komme på tale.

Kapitel 6 (§§ 29-33)

Kapitlet indeholder samtlige regler for finansielle kontrakter og gælder for både selskaber m.v. og fysiske personer.

Der er tale om symmetrisk beskatning af gevinst og tab, og der beskattes efter lagerprincippet.

En række finansielle kontrakter er udtrykkeligt undtaget fra skattepligten, og der sker i så fald beskatning efter skattelovgivningens almindelige regler.

Kapitel 7 (§§ 34-39)

I kapitel 7, som er fælles for selskaber m.v. og fysiske personer, beskrives en række specialregler om bl.a. overdragelse og erhvervelse ved gave og arv, indskud i pensionsordninger, indgangsværdier ved skattepligts indtræden og beskatning af urealiserede gevinster og tab ved fraflytning.

Kapitel 8 (§§ 40-44)

Kapitlet indeholder ikrafttrædelses- og overgangsbestemmelser m.v.

Udviklingen i de danske regler om overførsel af underskud fra udenlandsk filial eller datterselskab i et EU-retligt perspektiv

af
Christina D. Tvarnø

Er udviklingen i de danske regler om medregning af underskud fra udenlandsk filial eller datterselskab i overensstemmelse med formålet med det indre marked og de regler EU foreskriver i direktivforslag KOM (90) 595 om virksomheders medregning af underskud i deres faste driftssteder og i datterselskaber i andre medlemsstater?

1. Det indre marked og harmonisering af selskabsskatteretten i EU

Romtraktaten bygger på principperne om fri bevægelighed for personer, tjenesteydelser og investeringer og for juridiske personer, etableringsretten. Artikel 8 a i Romtraktaten definerer det indre marked som følgende: *"Et område uden indre grænser for varer, personer, tjenesteydelse og kapital i overensstemmelse med reglerne i denne traktat."* Etableringen af det indre marked i 1993 har skabt grundlag for et fælles marked for samhandel mellem de europæiske stater. Romtraktaten og opbygningen af det indre marked har til formål at medvirke til en mere enkel etablering af grænseoverskridende selskabs- og koncernsdannelse i EU, og Kommissionen har i den forbindelse fremsat en række selskabsretlige direktiver og forordninger, hvor en del allerede er implementeret i medlemsstaternes lovgivning¹⁾. Formålet med harmoniseringen af selskabslovgivningen er bl.a. at ensrette reglerne, så der ikke er forskel på at etablere et selskab i ét land frem for et andet.

Da et selskab nødvendigvis påvirkes af skattereglernes betydning for selskabets resultat, ved valg mellem alternative hjemsteder, modvirker

¹⁾ Selskabsreglerne i Unionen, jf. Werlauff EF-selskabsretten 1992 s. 45: Publicitetsdirektivet, kapitaldirektivet, fusionsdirektivet, regnskabsdirektivet, forslag til strukturdirektivet, spaltningdirektivet, koncernregnskabsdirektivet, revisordirektivet, udkast til koncerndirektivet, udkast til direktiv om international fusion, filialdirektivet, enmandsselskabsdirektivet, udkast til direktiv om overtagelsestilbud og udkast til direktiv om likvidation.

forskellige nationale selskabsskatteregler formålet med harmoniseringen af selskabsretten, og er derved medvirkende til at skabe et skævt marked for selskabernes etableringsmuligheder. Tilpasses selskabsskatteretten ikke til harmoniseringen af selskabsretten, vil en koncerns incitament til at etablere et grænseoverskridende datterselskab ikke kun blive styret af selskabsretten, men også af de nationale selskabsskatteretlige regler.

Dette behov for skatterettens harmonisering er ikke et ukendt fænomen i EU, og Kommissionen har bl.a. i et forsøg på at tilnærme medlemstaternes selskabsskatte Lovgivning foreslået en række regler, med henblik på at fjerne etableringsmæssige barrierer, som uens skatteregler medfører for selskaberne i Fællesskabet²⁾.

Endvidere undersøgte Ruding-komiteen, i hvilket omfang en egentlig harmonisering af skatteretten er nødvendig for realiseringen af det indre marked. Ruding-komiteen konkluderede i 1992³⁾, at skattemæssige forskelle mellem medlemsstaterne øvede væsentlig indflydelse på de multinationale selskabers valg af etableringssted og dermed havde en konkurrenceforvridende effekt.

Et af de områder, som blev tilrådet harmoniseret, var: *En harmonisering, der tillader fuld sambeskatning i koncernforhold, både nationale og grænseoverskridende*⁴⁾.

Ruding-komiteen anbefalede endvidere, at medlemsstaterne til start godkendte det af Kommissionen fremsatte direktivforslag, som skulle tillade virksomheder at medregne underskud fra faste driftssteder og datterselskaber beliggende i andre medlemsstater, jf. udkast til direktiv nr. KOM (90) 595⁵⁾. Godkendelsen af direktivforslaget skulle kun være første skridt i en omfattende

²⁾ Kommissionen har på nuværende tidspunkt opnået harmonisering på følgende områder indenfor skatteretten: Moder/datterselskabsdirektiv, som fritager udbytte som er modtaget fra et 25 % ejet datterselskab fra skat. Fusionsbeskatningsdirektiv, som tillader skattefri gennemførelse af grænseoverskridende transaktioner, som fusion, spaltning og ombytning af aktier. Voldgiftskonventionen, som skal sikre, at der ikke sker dobbeltbeskatning af koncernforbundne foretagenders overskud.

³⁾ EF-Tidende C 19, 25. januar 1993, s. 65 ff. Det Økonomiske og Sociale Udvalgs bemærkninger til Ruding-rapporten.

⁴⁾ Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen, National skatteret og EU-retten 1994b, s. 16.

⁵⁾ Werlauff udtrykker grundlaget for direktivforslaget som følgende: "Gennem etableringen af et fælles beskatningsgrundlag vil direktivet.. dels gøre jordbunden for en eventuel senere harmonisering også af skattesatserne, dels gøre det nemmere for selskaber og koncerner at operere grænseoverskridende uden at blive besværet af nogle fra stat til stat afvigende opgørelsesmetoder."

harmonisering af selskabsskattereglerne. Ud over at godkende underskud fra udenlandske filialer og datterselskaber opfordrede Ruding-komiteen endvidere til, at medlemsstaterne skulle gennemføre fuld vertikal og horisontal modregning for alle grupper af internationale virksomheder, harmonisering af aktionærbeskatningen, harmonisering af selskabsskatteraterne og minimumsharmonisering af opgørelsen af den skattepligtige indkomst⁶⁾.

Kommissionen konkluderede på grundlag af Ruding-rapporten, at den manglende sambeskatning, herunder den manglende mulighed for at fradrage datterselskabets underskud i moderselskabets overskud, vil være en stor hindring for, at fællesmarkedet kan fungere som et stort hjemmemarked, hvor selskaber kan operere uhindret. Europa-Parlamentet erkendte ligeledes, at forskellig beskatning skaber problemer for gennemførelsen af det indre marked og Den Økonomiske og Monetære Union. Parlamentet kunne tilslutte sig Kommissionens overvejelser om harmonisering af regler vedrørende overførsel af udenlandsk tab. For så vidt angår manglende muligheder for at modregne tab eller underskud i en stat i et overskud fra en anden medlemsstat opfordrede Parlamentet, på baggrund af Ruding-komiteens rapport, ligeledes medlemsstaterne til at vedtage direktivforslaget om underskud i udenlandske filialer og datterselskaber⁷⁾.

Det Økonomiske og Sociale Udvalg udtalte senest i 1996⁸⁾, at forskellige selskabsskattesatser og beskatningsgrundlag påvirker de enkelte staters tiltrækning af selskabsetablering og at det må forventes, at forskellige skattesatser og beskatningsgrundlag ikke vil kunne opretholdes i det indre marked, da det indre markeds regler om fri bevægelighed for varer og kapital vil medvirke til at gøre virksomhedernes beslutninger mere følsomme overfor forskel i lovgivning⁹⁾.

Til trods for at direktivforslaget om virksomheders adgang til at fratrække underskud fra udenlandsk datterselskab eller filial ikke er blevet vedtaget, har selskabsskatteretten stadig stor betydning for samhandelen, og der vil til

⁶⁾ Europa-Parlamentet mente, at det, eftersom horisontal modregning af underskud ikke generelt er mulig i medlemsstaterne, vil det være for tidligt at søge at indføre fuld vertikal og horisontal modregning på unionsniveau, jf. EF-Tidende C 128 af 9. maj 1994 s. 94.

⁷⁾ Werlauff EF-selskabsret 1992, kapital 4.

⁸⁾ EF-Tidende nr. 82 af 19. 3.96 s. 57.

⁹⁾ Harmoniseringen af EU-selskabsskattesatsen blev endvidere diskuteret af økonomiministrene i EU, i september 1997, med henblik på at begrænse skattekapløbet, der finder sted ved nedsættelsen af de forskellige selskabsskattesatser i de enkelte unionslande.

stadighed være behov for at tage harmoniseringen op til diskussion. En fuldstændig harmonisering af medlemstaternes skatteretlige lovgivning forventes dog ikke gennemført i den nærmeste fremtid¹⁰⁾, men på længere sigt bør det forsøges mere indgående at skabe grundlag for harmonisering af de selskabsskatteretlige regler i fællesmarkedet, med det formål at skabe vilkår for grænseoverskridende etablering og virke for selskaber i det indre marked, og dermed ens regler for beskatning uafhængigt af selskabets nationalitet og domicil.

2. De danske selskabsskatteregler

Etableringen af det indre marked og den generelle internationalisering af det vestlige Europa påvirker ikke kun EU men endvidere de nationale staters regler, og netop den manglende harmonisering af selskabsskattereglerne, medfører en uhensigtsmæssig forskelsbehandling i de enkelte stater, for så vidt angår underskud fra udenlandsk filial eller datterselskab. I relativ stor udvikling indenfor international selskabs-beskatning og underskudsfradrag, som er gennemført efter fremsættelsen af direktiv-forslaget og Ruding-rapporten. I dansk ret har man senest fastsat bestemmelser om sambeskatning og fradrag for underskud i reglerne i lov nr. 312 af 17. maj 1995 (L 35), lov nr. 487 af 12. juni 1996 (L 118) og cirk. nr. 82 af 29. maj 1997.

Artiklen skal belyse den seneste udvikling i dansk ret i forbindelse med regulering af underskud fra udenlandsk datterselskab eller filial, og hermed i hvilken retning udviklingen i dansk ret bevæger i forhold til de regler, som er foreslået i direktivforslaget.

2.1. Historien bag selskabsbeskatningen for lovændringerne i 1960, 1995 og 1996 vedrørende underskud fra udenlandsk datterselskab og filial

I Danmark har der været regler om selskabsbeskatning og sambeskatning af selskaber i det meste af dette århundrede, men reglerne har været under forandring i takt med konstruktionen og udviklingen i selskabsdannelsen og dermed behovet for selskabsbeskatning.

Lov nr. 255 af 11. juni 1960

Selskabsskatteloven, lov om indkomstbeskatning for selskaber, blev indført ved lov nr. 255 af 11. juni 1960. Loven havde til formål at samle de gældende regler fra praksis op igennem århundredet samt med denne selvstændige lov

¹⁰⁾ Her henvises til bemærkningerne til L 118 om ændring af visse skattelove i forbindelse med international sambeskatning, se nærmere herom senere i artiklen.

for beskatning af aktieselskaber at ændre beregningsgrundlaget og skatteprocenten for selskaber. De gældende regler om sambeskatning blev ikke væsentligt ændret. Hovedreglen var, som hidtil gældende praksis, at et aktieselskab var et selvstændigt skattesubjekt. I henhold til selskabsskatte-lovens § 31 var det muligt, med enkelte angivne vilkår, at foretage sambeskatning med datterselskaber, og herved blev muligheden for sambeskatning hjemlet ved lov.

Selskabsskatteovens § 31 fastsatte dog kun krav om 100 % ejerskab og samme regnskabsår, ikke nærmere bestemmelser for det materielle indhold ved sambeskatningen. Selskaber i henhold til selskabsskatteovens § 1 kunne af Ligningsrådet få tilladelse til at blive sambeskattet. Den nærmere fastsættelse af regler for sambeskatningens materielle indhold skulle fastsættes af Ligningsrådet i Sambeskatningscirkulæret. Reglerne for underskud i perioden efter vedtagelsen af selskabsskatteoven i 1960 byggede som udgangspunkt på principper som underskudsfordeling og fremførelse, som ligner dem vi har i dag, samt reglerne for ejerskab i de selskaber hvor fradraget skal benyttes. Reglerne var generelt præget af ønsket om en udligning mellem filialer og datterselskaber, som var hoveddriften til sambeskatningsstatutet¹¹⁾.

Lov nr. 312 af 17. maj 1995 (L35)

I 1995 påbegyndtes hvad der kan kaldes et mere lovbestemt sambeskatningsstatut, hvor der blev indført materielle regler for sambeskatning i selskabsskatteoven, ligningsloven og andre skattelove, men ikke i særlov som nogle forfattere havde ytret ønske om¹²⁾.

Hovedformålet med L 35 fra 1995¹³⁾ var i forbindelse med selskabsskattens nedsættelse til 34 %, som konkurrenceparameter til de resterende EU-staters selskabsskat at forhindre, at internationaliseringen af erhvervslivet og den fri bevægelighed for kapital i fællesmarkedet skulle fordrø nye muligheder for at undgælde sig dansk beskatning. Formålet med loven var derfor at modvirke de muligheder, der var opstået i forbindelse med det indre marked til at undgå dansk beskatning, og lovforslaget skulle hermed ses som en tilpasning til det miljø, som danske virksomheder arbejdede i¹⁴⁾.

¹¹⁾ Ph.d.-afhandling af Susanne Pedersen 1994 om de danske regler om sambeskatning s. 71.

¹²⁾ Werlauff selskabsskatteret 1994, kapitel 7 og ph.d.-afhandling af Susanne Pedersen 1994 om de danske regler om sambeskatning, kapitel 2.

¹³⁾ I henhold til bemærkningerne til lovforslaget L 118.

¹⁴⁾ Carsten Koch, Skat Udland 1995.

I loven blev det indført, at det alene skulle gælde, at der for indkomst optjent i udenlandske datterselskaber kun kunne opnås lempelse i den danske skat for den udenlandske skat efter kreditmetoden. Dette skulle gælde, selv om der var indgået dobbeltbeskatningsoverenskomster med exemptionlempelse.

Der blev fastsat regler for, hvordan et selskab, i forbindelse med udtrædelse af sambeskatningen, skulle genbeskattes. For at sikre en korrekt opgørelse af den skattepligtige indkomst i sambeskatningsperioden skulle der, ved udtrædelse af sambeskatningen, ske opgørelse af selskabets aktiver og passiver som ved salg eller ophør.

Udover de tidligere gældende regler for genbeskatning af underskud i senere overskud blev det indført, at underskud for udenlandske filialer skulle modregnes i tidligere overskud, således at det kun blev muligt at fratrække underskud, hvis dette oversteg tidligere års overskud. Formålet med denne regel var at imødegå skattemæssige fordele ved exemptionmetoden og derved muligheden for at anvende det samme underskud to gange, i henholdsvis dansk skat og udenlandsk skat

Lov nr. 487 af 12. juni 1996 (L 118)

I 1996 blev der fremsat nye regler for sambeskatning med udenlandske selskaber og filialer. Hovedformålet med L 118 var at fortsætte den nødvendige tilpasning af den danske skattelov til det stadigt mere internationalt prægede samfund. Endvidere var formålet at skabe større neutralitet og sammenhæng mellem de danske regler om international beskatning. Dette skyldtes, at de danske regler i international sammenhæng i de senere år var blevet udsat for et stadigt større pres, på grundlag af den fortsatte globalisering af de vestlige økonomier og adgangen i EU til frit at overføre kapital mellem staterne. Dette, sammenholdt med de mere restriktive nationale skatteretlige regler i resten af EU, nødvendiggjorde en begrænsning i adgangen til fradrag for underskud i udenlandske datterselskaber og filialer¹⁵⁾. Loven videreførte den linie, som blev indført ved L 35 fra 1995, hvor der allerede blev strammet op i forbindelse med sambeskatningen med udenlandske filialer og selskaber.

Adgangen til at erhverve et underskudsselskab fra et koncernforbundet selskab, i forbindelse med sambeskatning og skattemæssigt fradrag for underskud, blev strammet op. Reglen skulle sikre, at udenlandske selskaber ikke "flyttede" koncernforbundne datterselskaber ind under de fordelagtige danske regler for underskudsfradrag. Begrundelsen for indførelsen af genbeskatning af underskud skyldtes, at andre landes regler ikke gav samme adgang til sambeskatning som de danske regler. Hermed skulle alene gives

¹⁵⁾ Her henvises til bemærkningerne til lovforslaget L 118 samt Carsten Koch i Skat Udland, juni 1996.

skattekredit til udenlandske selskaber og ikke skatterabat i forbindelse med underskudsgivende selskaber¹⁶⁾.

Der blev indført specifikke regler for afhændelse og overdragelse af udenlandske sambeskattede selskaber og filialer, hvor der i disse tilfælde som hovedregel skulle ske fuld genbeskatning.

For filialer beliggende i exemptionlande blev muligheden for bortseelse og fremførsel af underskud begrænset til filialens fremtidige overskud. Udenlandske selskaber fik derimod adgang til hhv. bortseelse og underskudsfremførelse.

Endvidere blev det indført, at der for en dansk virksomhed med flere datterselskaber og eller filialer i et land, skulle foretages en sammenlægning af indkomsten for henholdsvis alle datterselskaber og filialer, før indkomsten overføres til den danske indkomstopgørelse. Dog skulle filialer og datterselskaber i samme stat opgøres hver for sig.

Reglerne for sambeskatning af koncernforbundne selskaber og filialer for så vidt angår underskud findes i selskabsskatteoven og i ligningsloven og de regler, som er gældende fra 1996 og frem, vil blive gennemgået nedenfor.

2.2. Hvilke regler er gældende for overførsel af underskud, når et dansk selskab har enten et datterselskab eller en filial i udlandet

Et krav for sambeskatning, og dermed medregning af underskud for selskaber er, at det danske selskab ejer 100 % af det udenlandske datterselskab, og at selskaberne har samme regnskabsår. Definitionen for udenlandsk selskab findes i SEL § 31, stk. 9, hvorefter et selskab anses for at være udenlandsk, hvis det er hjemhørende i en fremmed stat, Færøerne eller Grønland. Den fremmede stats regler lægges alene til grund for definitionen af hjemhørende.

Et dansk selskab er berettiget til lempelse for virksomhed i udlandet, såfremt denne udøves fra et fast driftssted i udlandet, f.eks. filial¹⁷⁾. En filial¹⁸⁾ efter

¹⁶⁾ Carsten Koch, Skat Udland, juni 1996.

¹⁷⁾ En generel rettesnor for, om betingelserne for nedsættelse i relation til begrebet virksomhed i udlandet er opfyldt, kan udledes af reglerne i SEL § 2, stk. 1, litra a og b om udenlandske selskabers skattepligt ved virksomhed udøvet her i landet. Hvis et udenlandsk selskab ville være skattepligtigt her i landet af en vis virksomhed, vil en tilsvarende virksomhed udøvet af et dansk selskab i udlandet i almindelighed falde ind under lempelsesbestemmelsen. Det er uden betydning om der i udlandet er betalt skat af den pågældende virksomhed, jf. Ligningsvejledningen S.E.2 .1.1.

¹⁸⁾ Fastlæggelsen af hvornår der i dansk ret foreligger et fast driftssted og hermed en filial foretages ved anvendelse af de begreber som anvendes i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne og OECD modelkonventionen. Fast driftssted foreligger når

dansk ret er en del af selskabet, og efter statsskattelovens globalindkomstprincip vil filialens underskud altid blive medregnet ved opgørelsen af selskabets skattepligtige indkomst, uafhængigt af om filialen er beliggende i Danmark eller udlandet.

2.2.1 De nuværende danske regler for underskud i udenlandske filialer i henhold til reglerne i lovebekendtgørelse nr. 922 af 21. oktober 1996, herunder ændringerne ved lov nr. 487 af 12. juni 1996 (L118), og cirkulære nr. 82 af 29. maj 1997.

De internationale konventioner, EU-retten (hvis der ses bort fra direktivforslaget om regler for virksomheders medregning af underskud i deres faste driftssteder og i datterselskaber i andre medlemsstater) og dobbeltbeskatningsoverenskomsterne indeholder ikke bestemmelser for, hvordan der skal ske beskatning af udgifter, eller nærmere gives fradrag for nettounderskud fra datterselskab eller filial i kildelandet. Dette skal derfor afgøres efter de interne regler¹⁹⁾. I situationen med et dansk selskab, som har erhvervet udenlandsk datterselskab/filial, er det derfor de danske regler om beskatning af underskud, som er bestemmende for forholdet.

2.2.2. De danske regler om underskud fra udenlandske filialer²⁰⁾.

Underskud fra en filial kan efter statsskattelovens § 4 modregnes i selskabets overskud, uafhængigt af hvor selskabet geografisk er placeret, hermed er der ikke forskel på en dansk filial og en udenlandsk filial. For så vidt angår udenlandske filialer, gælder dog forskellige regler alt efter om filialen ligger i et land, hvormed Danmark har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst efter hhv. exemptionprincippet²¹⁾ eller efter creditprincippet.

virksomheden udøves ved filial, kontor, fabrik eller værksted, jf. Ligningsvejledningens afsnit SA2.2.1 . Artiklen behandler reglerne for filialer, men disse regler er ligeledes gældende for såvel fabrik, kontor og værksted.

¹⁹⁾ Skatteretten 3, 2. Udg. 1995, s. 255.

²⁰⁾ Generelt for afsnittet henvises til lovebekendtgørelse nr. 922 af 21.10.96 og cirk. nr. 82 af 29. maj 1997.

²¹⁾ I størstedelen af de overenskomster som Danmark har indgået, gælder creditprincippet. I henhold til oversigt i Skat Udland Oktober 1994, har Danmark dobbeltbeskatningsoverenskomster efter exemptionprincippet med hhv. Frankrig, Portugal, Spanien, Tyskland, Østrig, Schweiz, Singapore, Thailand, Israel, Malaysia, Brasilien. Artiklen behandler ikke reglerne for filialer i lande med matching credit overenskomster.

Dobbeltbeskatningslempelse

Statsskattelovens globalindkomstprincip medfører, at den indkomst som optjenes i en anden stat skal beskattes i Danmark uafhængigt af, hvorvidt der allerede er betalt skat i den anden stat. Hermed vil der i de fleste tilfælde ske en dobbeltbeskatning af de udenlandske indkomster. For at undgå dobbeltbeskatning er der for Danmarks vedkommede indgået dobbeltbeskatningsoverenskomster med mere end 70 lande, og dette antal forventes at stige²²⁾.

Alle overenskomsterne er dog ikke indgået med samme grundlag for skatteberegningen. Der findes flere beregningsmetoder, hvoraf artiklen alene behandler situationen, hvor en dansk virksomhed driver virksomhed igennem filial eller datterselskab i henholdsvis en exemption- eller creditstat²³⁾.

Uanset hvilken metode, der anvendes til beregning af den danske skat, exemption- eller creditmetoden, vil det beløb som fremkommer ved følgende brøk, altid indgå i dobbeltbeskatningslempelsen²⁴⁾:

$$\frac{\text{Samlet dansk skat} \times \text{Udenlandsk indkomst}}{\text{Globalindkomsten}} = \text{dobbeltbeskatningslempelse}$$

Exemptionmetoden og dobbeltbeskatningslempelse

Reglerne for dobbeltbeskatningslempelse for en filial i et exemptionland medfører, at brøkens værdi for beregning af lempelse for udenlandsk skat lempes i forhold til den danske skat, også selv om der ikke er betalt skat for den udenlandske indkomst. Hermed gives der fradrag for underskud i det aktuelle skatteår i henhold til resultatet til trods for, at der ikke foretages beskatning af den udenlandske indkomst. En virksomhed kan således ikke nægtes udlandslempelse for filial i udlandet, selv om indtægten i henhold til overenskomsten ikke kan beskattes her i landet, og der kan ikke nægtes fradrag for underskud, selv om indkomsten ikke kan beskattes.

Matching-credit-metoden er ofte begrænset til bestemte virksomhedstyper, f.eks. produktionsvirksomheder. Selskaber som er omfattet af dette princip anses ikke for hjemhørende i Danmark, da de vil være fuldt skattepligtige i udlandet. Dette gælder også hvis selskabet har ledelse her i landet og dermed anses for hjemhørende i Danmark.

²²⁾ Carsten Koch, Skat Udland juni 1996.

²³⁾ De øvrige metoder behandles ikke i denne fremstilling.

²⁴⁾ Cirk. nr. 82 af 29. maj 1997, punkt 5.4.1.

Creditmetoden og dobbeltbeskatningslempelse

Reglerne om dobbeltbeskatningslempelse for en filial i et creditland medfører, at brøkens værdi sammenholdes med den udenlandske skat og det mindste af beløbene føres til afgang. Fradragsbeløbet kan dog aldrig overstige den danske skat, som efter forholdet mellem den udenlandske indkomst og den samlede skattepligtige indkomst falder på den udenlandske indkomst. Der gives ved denne metode lempelse for den skat, der er betalt i udlandet, og underskud kan fratrækkes i den danske indkomst i det aktuelle skatteår.

Bortseelse og underskudsfremførelse

Hovedreglen er, at underskud kan fratrækkes i den skattepligtige indkomst. Kun hvis et underskud ikke kan indeholdes i den skattepligtige indkomst i tidligere eller aktuelle skatteår, kan underskuddet fremføres.

Bortseelse fra underskud kan være nødvendigt, hvis der ikke er nok dansk skat at fratrække underskuddet fra det udenlandske selskab i. Ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst kan der vælges at se bort fra underskud både her i landet og fra en fremmes stat. Underskuddet fremføres i stedet efter reglerne i LL § 15. Dette gælder dog kun for underskud fra en filial som er omfattet af creditmetoden, enten efter § LL § 33, som er en creditbestemmelse, eller en dobbeltbeskatnings overenskomst efter creditmetoden.

Underskud, der er fremkommet ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst for ét indkomstår, kan fradrages ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst i de nærmeste fem indkomstår, jf. LL § 15, stk. 1. Fradraget kan dog kun overføres til senere indkomstår, hvis det ikke kan rummes i tidligere års skattepligtige indkomst. Ved alle former for underskud, hvor der sker fremførelse af underskud fra tidligere indkomstår, fremføres det ældste underskud først.

Hvis filialen er beliggende i en stat hvor exemptionprincippet anvendes, gælder derimod mere restriktive regler for muligheden for bortseelse ved underskud og underskudsfremførelsen end for filialer beliggende i en creditstat. I henhold til LL § 5 H kan underskud, fra en filial beliggende i fremmed exemptionstat, alene fremføres efter til modregning i senere overskud fra samme faste driftsted. Et dansk selskab kan kun fratrække underskud fra et udenlandsk filial i det aktuelle skatteår. Det er derved ikke muligt at fremføre exemptionfilialens underskud med henblik på modregning i senere års skattepligtige indkomst for det danske selskab. Hvis et dansk selskab har filial i en exemptionstat, er det derfor kun muligt at fremføre underskuddet fra en udenlandske filial i filialens senere overskud.

Hvis filialen i tidligere år har haft overskud modregnes underskuddet i det tidligere overskud, jf. § 33 D, stk. 3. Hermed afskæres adgangen til at modregne underskud i udenlandsk filial i de tilfælde, hvor der i tidligere år er

oppebåret overskud, som ikke er beskattet i Danmark, også kaldet fradragsbegrænsning.

Udenlandske filialer, hvor indkomsten er omfattet af exemptionmetoden, er ikke omfattet af reglen i LL § 15. Det er derved ikke muligt at bortse fra og dermed fremføre underskud. Filialbeskatning ved anvendelse af exemptionmetoden kan dog ændres til credit metoden ved anvendelse af LL § 33 i stedet for exemptionmetoden i dobbeltbeskatningsoverenskomsten²⁵⁾. I dette tilfælde vil reglerne om bortseelse og fremførsel af underskud i LL § 15 kunne anvendelse.

Genbeskatning

Der sker løbende genbeskatning, i efterfølgende års overskud, af underskud, som er fratrullet i den danske indkomst, hvis underskuddet hidrører fra en udenlandsk filial i et exemptionland, jf. LL § 33 D, stk. 2. Der medregnes dog højst et beløb svarende til fortjenesten i indkomståret. Hvis der i samme indkomstår er negativ indkomst i virksomheden modregnes dette underskud dog i den udenlandske filials overskud, jf. LL § 33 D, stk. 4. Herved sker der ikke genbeskatning af underskud, hvis overskuddet fra filialen modsvares af underskud i en anden virksomhed indenfor sambeskatningen, og beløbet fratrækkes i genbeskatningssaldoen.

Hvis der i et indkomstår er underskud, kan dette fratrækkes i det danske selskab, men underskuddet bliver genbeskattet i senere års overskud eller modregnet i tidligere års overskud. For filialer i et land med overskud efter creditbegrænsning gælder, at underskud kan fratrækkes i den danske indkomst, hvorimod overskud beskattes i forhold til den skat der er betalt i hjemstedsstaten. Hermed er der ikke mulighed for som ved exemptionprincippet at undlade at betale skat samtidig med, at der gives adgang til at fratrække underskud. Anvendes creditmetoden vil underskuddet løbende blive indvundet, hvis den udenlandske filial giver overskud²⁶⁾.

Ved køb af filial beliggende i exemptionstat fra koncernforbundet ikke sambeskattet selskab kan underskud i filialer kun modregnes i filialens fremtidige overskud og ikke i et dansk sambeskattet selskab. Dette gælder også selv om filialen er købt fra udenlandsk ikke sambeskattet selskab. Endvidere gælder reglen også for den situation, hvor det danske selskab direkte eller indirekte har ejet mere end 50 % af aktierne i det sælgende selskab i hele koncernperioden, jf. LL § 5 H.

²⁵⁾ Cirk. nr. 82 af 29. maj 1997, punkt 5.4.2.

²⁶⁾ Cirk. Nr. 72 af 17.4.1996, punkt 2.1.

Som det blev nævnt i forbindelse med den historiske udvikling har man i Danmark valgt at stramme reglerne for genbeskatning af underskud, så det ikke længere er muligt at fratrække underskud i forbindelse med indkomstbeskatningen i Danmark, for derefter i overskudsår at frasælge filialen, og hermed undgå dansk sambeskatning af filialens overskud.

Hovedreglen er, at hvis der er fratrullet underskud i et indkomstår, genbeskattes underskuddet løbende, som gennemgået ovenfor. Der bliver i indkomståret maksimalt genbeskattet et beløb svarende til det overskud filialen har i den enkelte indkomstår. Den resterende del af genbeskatningen sker i senere års overskud, indtil det tidligere fratrukkne underskud er udlignet.

Ved aktivitetsophør i filialen ved afhændelse eller ophør genbeskattes dog ikke et større beløb end det der svarer til det overskud eller fortjeneste som medregnes ved indkomstopgørelsen i det pågældende afhændelsesår. Hvis hele beløbet svarende til det fratrukkne underskud ikke modsvares af et tilsvarende overskud sker der ikke genbeskatning for det resterende beløb.

Hvis der sker salg til ikke koncernforbundet og ikke sambeskattet selskab foretages der genbeskatning efter LL § 33 D, stk. 1-4, hvor genbeskatningen er maksimeret til overskuddet og fortjenesten i det år, hvor filialen afhændes. En eventuel difference bliver ikke senere genbeskattet.

Foretages der i stedet afhændelse af filialen til et koncernforbundet selskab, sker der fuld genbeskatning, jf. LL § 33 D, stk. 5. Her defineres koncernforbundet selskab, som et selskab der direkte eller indirekte har råderet over mere end 50 % af aktiekapitalen i hvert selskab eller råderet over mere end 50 % af stemmerne. Omdannelse til selskab sidestilles med afståelse til et koncernforbundet selskab, og der foretages fuld genbeskatning. Herved er det ikke muligt at omdanne filialen til et selskab for derved at undgå genbeskatning af tidligere fratrullet underskud. Det afgørende for den fulde genbeskatning er, at koncernforbundne selskaber og filialer ikke skal kunne ændre på strukturen i koncernen og derved undgå beskatning. Ved salg af filial til ikke sambeskattet koncernforbundet selskab eller omdannelse til koncernforbundet selskab sker derved fuld genbeskatning af underskud, som ikke modsvares af senere års overskud, såvel ved credit som exemption-metoden.

Ved salg af filialen til sambeskattet selskab sker der ikke fuld genbeskatning jf. § 33 D, stk. 6. Det kræves dog, at underskuddet fra filialen efter de udenlandske regler overføres til det erhvervede selskab, herved skal det erhvervende selskab principielt succederer i underskuddet i det overdragende selskabs faste driftsted. Genbeskatningssaldoen overføres herefter i henhold til udlandets regler til det erhvervende selskab og der foretages genbeskatning af det fratrukkne underskud, der ikke kan modsvares i senere års overskud efter LL § 33 E, hos det erhvervende selskab.

Underskud, som ikke genbeskattes efter LL § 33 D, stk. 1-4, medregnes ved opgørelsen af den tidligere ejers skattepligtige indkomst, hvis den tidligere ejer indenfor 5 år opnår kontrol over det erhvervende selskab, jf. LL § 33 D, stk. 7.

Der foretages ikke genbeskatning ved fusion efter fusionsskatteloven, jf. LL § 33 D, stk. 9.

2.2.3. Reglerne for fradrag for underskud for udenlandske datterselskaber²⁷⁾.

Efter selskabsskattelovens § 31 kan to eller flere selskaber få tilladelse fra Ligningsrådet til at foretage sambeskatning. Reglerne for behandlingen af underskud i forbindelse med sambeskatning er fastsat i T.S.Cirk.- 21. af 30/6 1997, punkt 2.4²⁸⁾.

Generel sambeskatning

Sambeskatning indebærer, at selskaberne indenfor sambeskatningen opgør egen skattepligtig indkomst, der herefter sammenlægges. Fordelen ved sambeskatnings-uligheden er, at selskaber får mulighed for at modregne underskud fra et udenlandsk selskab i resten af koncernen²⁹⁾.

Hovedreglen for vilkårene er, som tidligere nævnt, at selskaberne har samme regnskabsår og at moderselskabet ejer 100 % af aktierne i datterselskabet. I særlige tilfælde, kan sambeskatning godkendes, hvis de udenlandske regler kræver et lavere kapitalejerkrav end 100 %. I de situationer, hvor en fremmed stats regler maksimalt godkender lavere kapitalejerskab end 100 % godkendes sambeskatning på trods af den generelle hovedregel om 100 % ejerskab for at kunne opnå sambeskatning.

Som tidligere nævnt blev der i LL § 33 ved L 35 i 1995 fastsat en regel, som medfører, at al sambeskatning mellem selskaber i Danmark og udenlandske selskaber skal ske efter credit-metoden.

²⁷⁾ Generelt for afsnittet henvises til lovbekendtgørelse nr. 922 af 21.10.96 og cirk. nr. 82 af 29. maj 1997.

²⁸⁾ Ligningsrådet har i medfør af SEL § 31 fastsat bestemmelser om, at den kommunale skattemyndighed er bemyndiget til at tillade sambeskatning. T.S.-cirk. 21 af 30/6 1997 indeholder bl.a. bestemmelser, som gennemgås nedenfor, om underskudsfordeling, uudnyttede underskud, underskud fra år før sambeskatningens indtræden og underskud i forbindelse med renter.

²⁹⁾ Er der underskud i et sambeskattet selskab, fordeles underskuddet forholdsmæssigt på de resterende selskaber i sambeskatningen som har overskud. Se nedenfor.

Da de sambeskattede selskaber stadig er selvstændige skattesubjekter medfører creditlempelsen i sambeskatningsforhold, at der gives lempelse for den skat, som er betalt i udlandet. Da datterselskaber beskattes af indkomsten i hjemstedslandet og da moderselskabet er underkastet skattepligt i Danmark, foretages der ikke en egentlig sambeskatning af hele koncernen. Der foretages herved kun lempelse for den skat, som er betalt i datterselskabets hjemstedsstat, og hermed for dobbeltbeskatning.

Ved køb af 100 % ejet datterselskab fra koncernforbundet selskab kan der ikke ske sambeskatning og dermed ikke ske overførsel af underskud fra udenlandsk selskab, hvis mere end 50 % af aktiekapitalen kommer fra koncernforbundne selskaber, jf. SEL § 31, stk. 1, pkt. 6. Hermed kan underskud kun anvendes i relation til skat i datterselskabets hjemstedsland, som det gælder for filialer. Dette gælder dog ikke, hvis det danske selskab direkte eller indirekte har ejet mere end 50 % af det sælgende selskab i hele koncernperioden. Bestemmelsens formål er at begrænse hvad man kunne kalde "internt koncern bytte", hvor koncernforbundne selskaber sælger underskudsselskaber til danske selskaber, for derigennem at få adgang til de lempelige danske regler om modregning af underskud, og derved anvende et underskudsgivende selskab til at undgå danske skat.

Bortseelse for underskud ved credit og exemption

Ved L 118 blev LL § 33 H ændret således, at selskaber kan bortse fra underskud fra virksomhed i udlandet, herunder underskud som er overført fra tidligere år. Der ses bort fra så stor en del af de samlede underskud, at den samlede skattepligtige indkomst svarer til de samlede positive indkomster fra fremmede stater. De beløb der ses bort fra kan overføres efter LL § 15. Begrundelsen for dette var, at ved beregning af dobbeltbeskatningslempelsen, hvor den udenlandske indkomst ville være højere end den samlede indkomst på grund af dansk eller udenlandsk underskud, ville der ellers ikke være nogen dansk skat at give lempelse for den udenlandske skat i.

Underskudsfræmførelse

Hvis det ikke er muligt at indeholde et underskud i de sambeskattede selskaber i det pågældende indkomstår, fordeles underskuddet forholdsmæssigt til fradrag hos de overskudsgivende selskaber samlede indkomst i efterfølgende

år³⁰⁾. Dog gælder, at ejer det underskudsgivende direkte eller indirekte aktier i et selskab, er fradrag for underskud i dette selskab ikke muligt.

Reglerne for underskudsfræførelse er fastsat i LL § 15. Uudnyttede underskud fra tidligere år fratrækkes fortrinsvis i efterfølgende overskud fra det underskudsgivende selskab. Dog kan selskabet fratrække ældre underskud fra andre sambeskattede selskaber. Dette kommer af reglen om, at de ældste underskud fratrækkes først, jf. LL § 15.

Når der er foretaget modregning for tidligere underskud og eget underskud i det underskudsgivende selskab fræføres underskud, som ikke kan indeholdes i den aktuelle indkomst, forholdsmæssigt til fradrag i de sambeskattede selskaber, som har overskud.

Hvis der i et selskab eksisterer ubenyttede underskud fra tiden før sambeskatningen, kan dette underskud alene fratrækkes i selskabets eget overskud. Underskud i et udenlandsk datterselskab fra tiden før sambeskatningen kan ikke fradrages i overskud optjent efter sambeskatningens indtræden³¹⁾.

Genbeskatning

Ved henholdsvis L 35 og L 118 blev der blevet strammet op på reglerne for genbeskatning af underskud fra udenlandske sambeskattede datterselskaber. Der er ikke længere mulighed for at fratrække underskud uden senere at blive beskattet af dette fradrag. Herved gives der udelukkende skattecredit i forbindelse med underskud i sambeskattede selskaber, jf. LL § 33 E. Endvidere er det ikke muligt at frasælge sunde dele af et selskab, for derved at undgå beskatning i efterfølgende overskudsår. Herved sker der genbeskatning ved såvel hel som delvis afhændelse.

Ved salg af sambeskattet selskab er genbeskatningen, grundet den generelle creditregel alene betinget af, at forholdet mellem selskaberne i sambeskatningen ophører. Derved sker ikke løbende genbeskatning af fratrukne underskud, da dette udelukkende forekommer ved anvendelsen af exemptionmetoden, hvilket ikke er muligt for datterselskaber.

³⁰⁾ Ifølge T.S.cirk. nr. 21 af 30/6 1997 gælder, at hvis der er underskud i et eller flere selskaber indenfor sambeskatningen fordeles underskud forholdsmæssigt på de selskaber, som i det pågældende år har overskud. Hvis et underskud ikke kan indeholdes i de øvrige selskabers overskud fordeles underskuddet forholdsmæssigt mellem de underskudsgivende selskaber til fradrag i de sambeskattede selskabers samlede indkomst i efterfølgende år. Ubenyttede underskud fra tidligere år fradrages efter LL § 15 i det selskab, der har haft underskuddet, dog fratrækkes ældre underskud først, jf. punkt 2.4.1. afsnit 1.

³¹⁾ T.S.-cirk. 21 af 30/6 1997 punkt 2.4.1 afsnit 5.

Genbeskatning af underskud fra udenlandske sambeskattede datterselskaber reguleres af LL § 33 E. Hovedreglen i LL § 33 E, stk. 1 er, at ved sambeskatningens ophør, sker der genbeskatning af hele genbeskatningssaldoen³²⁾. Genbeskatnings-saldoen opgøres som det underskud, der er fradraget i andre sambeskattede selskabers skattepligtige indkomst, og som ikke modsvares af senere års overskud³³⁾. Moderselskabets skattepligtige indkomst forhøjes med et beløb svarende til det fratrukne underskud, som ikke kan modregnes i senere års overskud.

Der sker fuld sambeskatning, hvis det udenlandske sambeskattede selskab afhændes til et koncernforbundet ikke sambeskattet selskab, jf. LL § 33 E, stk. 2. Dette gælder for både hel og delvis afhændelse, således at den overskudsgivende del af et selskab ikke kan frasælges for at undgå beskatning. Et selskab anses for koncernforbundet, hvis det ejer mere end 50 % af aktiekapitalen eller kontrollerer mere end 50 % af stemmerne, jf. KGL § 4, stk. 2. Genbeskatningen sker ved at hele genbeskatningssaldoen indgår i moderselskabets skattepligtige indkomst og udløses på afhændelsestidspunktet.

Ved salg af aktier, således at selskabet ikke længere anses for til et ikke koncernforbundet og koncernkontrolleret selskab, sker der alene begrænset genbeskatning i forbindelse med sambeskatningens ophør og efterfølgende genbeskatning, jf. LL § 33, stk. 3 og 4. Det danske selskab kan dog ikke sammen med andre koncernforbundne selskaber efterfølgende kontrollere det solgte selskab indenfor en femårig periode. Derudover sker der begrænset genbeskatning i de tilfælde, hvor sambeskatningen ophører grundet selskabets likvidation eller konkurs. Genvinder moderselskabet kontrol med det udtrædende selskab indenfor fem år genbeskattes moderselskabet af underskud som ikke tidligere er genbeskattet efter stk. 3 og 4.

Der foretages ikke genbeskatning i den situation, hvor samtlige selskabets aktiver i et underskudsselskab overdrages til et sambeskattet datterselskab og hvor underskuddet for det overdragende selskab overføres efter de udenlandske regler til det erhvervende selskab, jf. LL § 33 E, stk. 2. Hermed menes, at det erhvervende selskab principielt succederer i det overtagne selskabs tidligere underskud og genbeskatningssaldoen overføres herved efter de udenlandske regler til det erhvervende selskab.

³²⁾ Der sker endvidere genbeskatning ved i nogle situationer efter sambeskatningens ophør, jf. LL § 33 E, stk. 3 og 4. Som hovedregel gælder, at hvis der ved sambeskatningsophøret ikke sker fuld genbeskatning af underskuddet gennemføres en efterfølgende sambeskatning.

³³⁾ I en overgangsperiode skal alle selskaber opgøre genbeskatningssaldoen efter hhv. gammel og ny metode.

LL § 33 E, stk. 1- 6 finder ikke anvendelse, hvis et moderselskab fusionerer med et udenlandsk datterselskab efter reglerne i fusionsskatteloven, jf. LL § 33 E, stk. 7. Her videreføres genbeskatningssaldoen i det modtagne selskab. Fusionerer flere udenlandske datterselskaber efter reglerne i SEL § 31 genbeskattes underskuddet i det modtagne selskab, og reglerne i LL § 33 E, stk. 1-5 finder ikke anvendelse, jf LL § 33 E, stk. 8.

3. Formålet med direktivforslaget

Forslag til Rådets direktiv om regler for virksomhedernes medregning af underskud i deres faste driftssteder og i datterselskaber i andre medlemsstater, nr. C 53/30 af 28. februar 1991 (91/ C 53/03).

Som det blev nævnt i indledningen til artiklen, har Kommissionen fremsat forslag til direktiv om underskud i udenlandske filialer og datterselskaber, og det er i de seneste år fremført af hhv. Ruding-komiteen, Det Økonomiske og Sociale Udvalg, Kommissionen og Europaparlamentet, at der er behov for harmonisering af reglerne for overførsel af underskud. Alle institutionerne opfordrede medlemsstaterne til at vedtage direktivforslaget.

Direktivets formål var at sikre at virksomheders grænseoverskridende aktiviteter, ikke ville blive stillet ringere end de aktiviteter rent nationale virksomheder udførte³⁴⁾. Udformningen af medlemslandenes regler for underskud i grænseoverskridende virksomhed medførte på tidspunktet for direktivforslagets fremsættelse, at de fleste landes regler ikke tillod modregning af underskud fra filial eller datterselskab i en anden medlemsstat³⁵⁾.

For at sikre virksomheders grænseoverskridende aktiviteter, skulle det ved direktivets vedtagelse sikres, at medlemsstaterne gav adgang til at underskud i udenlandske faste driftssteder eller datterselskaber kunne medregnes af den virksomhed de tilhørte. Hermed var formålet, at hvis en virksomhed ønskede at etablere sig i en anden medlemsstat med såvel datterselskab som filial, ville der være mulighed for at modregne underskud i virksomhedens resultat.

³⁴⁾ Ifølge indledende bemærkninger til direktivforslaget.

³⁵⁾ Dette er stadig gældende for de fleste medlemsstater, dog tillader Frankrig og til dels Holland og Tyskland i nogle tilfælde modregning af underskud fra udenlandske selskaber, jf. Werlauff selskabsskatteretten 1994 og bilag til direktivforslaget.

3.1. Direktivforslagets materielle regler

Hjemsted

Direktivforslaget opstillede i artikel 2 definition for hvornår en virksomhed havde hjemsted i en medlemsstat. En virksomhed havde hjemsted i en medlemsstat efter de nationale skatteregler i de enkelte medlemsstater.

Ejerskabgrad

Direktivforslagets artikel 2 fastsatte endvidere, i modsætning til de danske regler, at et udenlandsk datterselskab er et selskab, hvor virksomheden enten havde stemmeflertal eller ejede mindst 75 % af kapitalen, men lagde samtidig op til at medlemslandene kunne sætte grænsen for krav om ejerskab af aktiekapital, men ikke stemmekravet, ned.

En filial var ethvert fast forretningssted, gennem hvilket en virksomhed med hjemsted i en anden medlemsstat helt eller delvist udøvede sin aktivitet.

For at være omfattet af direktivforslaget skulle de i artikel 2 definerede virksomheder være omfattet af reglerne i de forskellige nationale medlemsstaters regler om selskabsskat og indkomstskat, jf. artikel 3.

3.2. Filialer

Medlemsstaterne kunne efter artikel 5 anvende to metoder ved beregning af virksomhedens skat for udenlandsk filial, ved modregning af underskud.

Artikel 6 Creditmetoden

Creditmetoden i direktivforslaget medførte at opgørelse af et driftssteds over- eller underskud i beskatningsperioden skulle medregnes i virksomhedens resultat, og at den skat som var betalt i filialstaten blev fradraget i virksomhedens indkomstskat, hvilket svarer til creditmetoden i dansk ret.

Artikel 7 Fradrags- og efterpålningsmetoden

Denne metode bestod i at give fradrag for underskud i filialer beliggende i andre medlemsstater i virksomhedens overskud indenfor samme beskatningsperiode. Efterfølgende skulle dette underskud efterpålignes i virksomhedens skattepligtige indkomst. Formen for dette var at give virksomheden mulighed for at fradrage underskud i sine faste driftssteder i sit eget overskud for derefter at påligne senere overskud i disse driftssteder med

et beløb svarende til det fradragne underskud. Metoden svarer til exemptionmetoden, som anvendes i dansk ret³⁶⁾.

Efter artikel 5 kunne virksomheden vælge creditmetoden efter artikel 6, og hermed undgå beskatning efter artikel 7, hvilket svarer til de nuværende danske regler i LL § 5 H og § 33.

Staterne kunne vælge, hvilken metode der skulle anvendes for over/underskud fra en udenlandsk filial. Hvis en stat derimod ville vælge at anvende creditmetoden i artikel 6, skulle denne metode anvendes for alle virksomheder i staten. Hvis en stat derimod valgte fradrags- og efterpålygningsmetoden i artikel 7, kunne hver enkel virksomhed selv bestemme, hvilken metode virksomheden ønskede at anvende.

Artikel 7, stk. 2 fastsatte endvidere regel for, at resultatet for filialer skulle opgøres samlet for hvert enkelt medlemsland. Denne regel blev indført i dansk ret ved L 118.

Artikel 8 Femårsfrist for efterpålygning

Medlemsstaterne kunne vælge at foretage en samlet efterpålygning efter udløbet af det femte år efter det år, hvor der blev foretaget fradrag for underskuddet, samt ved afhændelse, likvidation eller omdannelse til datterselskab.

3.3. Datterselskaber

I modsætning til reglerne vedrørende filialer i andre medlemsstater fastsætter direktivforslaget ikke to metoder i direktivet til medregning af underskud, men kun fradrags- og efterpålygningsmetoden. Artikel 12 giver dog mulighed for, at en medlemsstat kan opretholde eller indføre andre metoder, herunder bl.a. sambeskatningsmetoden for så vidt angår underskud i datterselskaber i andre medlemsstater. Det må antages, at der efter direktivforslagets regler ikke blev givet mulighed for anvendes creditlempelse for datterselskaber³⁷⁾.

Begrundelsen for at der kun blev fastsat en metode til fradrag for underskud i datterselskaber i andre medlemsstater var, at fradrags- og efterpålygningsmetoden, på tidspunktet for direktivforslagets udformning, ansås for den bedst egnede metode til at sikre, at der ville blive taget hensyn til en virksomheds underskud i andre medlemsstater. Anvendelsen af denne regel ville ikke hindre, at resultatet for datterselskaber i andre medlemsstater kunne

³⁶⁾ Werlauff, selskabsskatteretten 1994 kap. 7.

³⁷⁾ Werlauff, EF-selskabsretten 1992, s. 45.

opgøres efter de regler, der ville gælde i den medlemsstat, hvor datterselskabet var beliggende³⁸⁾.

Det materielle indhold i fradrags- og efterpålygningsmetoden i artikel 9 og 10 svarede til reglerne for filialer.

4. De danske regler og forholdet til direktivforslaget.

Af bemærkningerne til lov nr. 487 af 12. juni 1996 fremgår det, at lovgiver ved lovforslagets fremsættelse havde overvejet, at de lovændringer, der blev foretaget i forbindelse med fradrag for underskud, ikke var i strid med EU-retten. Efter de seneste embedsmandsdrøftelser i 1992 ansås det for usandsynligt, at direktivforslaget ville blive vedtaget grundet modstand fra de øvrige medlemsstater. Endvidere fremgik det, at det kun var Danmark som tillod fradrag for underskud i udenlandske datterselskaber.

Sammenholdes dette med den tidligere nævnte udvikling i EU, vil det, på trods af medlemsstaternes forskellige lovregler og modvilje, både i forholdet medlemsstaterne i mellem, men også i forhold til direktivforslaget, og på trods af stramningerne i dansk ret, i fremtiden være af væsentlig betydning for realiseringen af det indre marked, at der arbejdes mod en harmonisering af selskabsskattereglerne. Det er derfor ikke uvæsentligt at undersøge om udviklingen i de danske regler ville være i strid med de foreslåede regler i EU.

Direktivforslaget giver mulighed for at anvende fradrags- og efterpålygningsmetoden, som svarer til exemptionmetoden, for såvel filialer som datterselskaber. Denne mulighed ansås i henhold til de indledende bemærkninger, som den bedst egnede til at fradrage underskud i udenlandske datterselskaber.

Ved L 35 valgte man i dansk ret at undlade at anvende denne metode for udenlandske datterselskaber, mens den stadig anvendes for filialer i exemptionlande. Der er dog foretaget en opstramning for filialer hvor exemptionmetoden anvendes, da underskud, fra såvel tidligere år som i senere år, kun kan fremføres i filialens fremtidige overskud og ikke som tidligere i den danske virksomheds overskud. Direktivforslaget indeholder ikke regler om fremførelse af underskud.

Hvor de danske regler nu medfører, at det udelukkende er kreditmetoden, som finder anvendelse for datterselskaber, siger direktivet, at der skal som minimum være adgang til fradrags- og efterpålygningsmetoden. Direktivforslaget åbner dog mulighed for at medlemsstaterne kan vælge andre metoder, når der gives fradrag for underskud i udenlandske datterselskaber, og hermed

³⁸⁾ Ifølge indledende bemærkninger til direktivforslaget.

antages det, at hovedformålet er ikke at vælge opgørelsesmetode, men alene at give adgang til at modregne underskud for udenlandske filialer og datterselskaber. De danske regler kan derfor ikke anses for at være i direkte strid med direktivforslaget, men det må forventes, at det vil blive nødvendigt at ændre de danske regler, hvis direktivforslaget bliver godkendt, så der endvidere vil være mulighed for at anvende fradrags- og efterpålygningsmetoden.

De danske regler om genbeskatning, indført ved L35 og L118, og hermed i 1995 og 1996, skal sikre, at en virksomhed ikke flytter sunde dele af selskaber, eller overskudsgivende selskaber væk fra dansk beskatning i overskudsperioder, efter tidligere underskud er anvendt til fradrag i dansk indkomst. Direktivforslaget indeholder ikke regler om genbeskatning ved afhændelse til koncernforbundet selskab eller andet sambeskattet selskab. Det fremgår ikke af direktivet, hvorvidt de nationale stater kan fastsætte regler for genbeskatning i disse situationer.

Skatteministeren oplyser³⁹⁾, at stramningerne i dansk ret har været nødvendige på grund af de øvrige medlemslandes mere restriktive lovgivning, som indirekte var medvirkende til, at de danske regler kunne blive anvendt til at tilknytte underskudsgivende virksomheder til danske virksomheder, for derved at falde ind under reglerne om sambeskatning og fradrag for underskud i Danmark. Dette er naturligvis ikke hensigtsmæssigt, hvorfor det må anses som korrekt, at der blev foretaget en opstramning af de danske regler. På trods af lovændringerne i de seneste år, er Danmark dog stadig et af de lande i Unionen, som har de mindst restriktive regler for datterselskaber i udlandet.

En yderligere opstramning af de danske regler kan derfor give et forkert signal, ved et nyt forsøg i EU på at skabe mulighed for fri etablering af grænseoverskridende filialer og datterselskaber, som er formålet i Romtraktaten, og som må forventes at være formålet med eventuelle nye direktivforslag.

Det Økonomiske og Sociale Udvalg i EU anser den væsentligste udfordring i den nærmeste fremtid for at finde frem til en form for harmonisering af beskatningen på europæisk plan og en skattestruktur på national plan, som fører til at det indre markeds udvikling fremmes. Målsætningen bag indsatsen på selskabsskatteområdet er at fjerne skattemæssige hindringer i det indre marked. Udvalget finder, at de praktiske konsekvenser af det indre markeds logik må være, at økonomiske transaktioner mellem medlemsstater er underlagt skattemæssige regler, der ligger på linie med de regler, der gælder

³⁹⁾ Skat Udland juni 1996.

for transaktioner inden for en og samme medlemsstat⁴⁰⁾. Dette sammenholdt med Ruding-komiteen opfordring til, at reglerne, om fuld sambeskatning for datterselskaber, og en udvidelse af de virksomhedstyper, som skal kunne fratrække underskud, harmoniseres, samt den generelle holdning til sambeskatningsproblematikken i EU's organer må medføre, at fremtidens regler i EU, for henholdsvis sambeskatning og fradrag for underskud bliver mindre restriktive i forhold til den stramning, som er foretaget i dansk ret i de seneste år.

Det har derfor stor betydning, at der i fremtiden, ved udformningen af de danske regler, tages højde for ønsket og behovet for harmonisering af selskabsskatteretten i Unionen. Endvidere skal adgangen til fradrag for underskud fra filialer og datterselskaber beliggende i andre medlemsstater ikke yderligere begrænses i for høj grad, da dette vil være i strid med det fællesskabsretlige grundlag, som allerede er foreslået i direktivforslaget.

⁴⁰⁾ EF-Tidende C 82 af 19. 3.96 s. 49 ff.

4.1. Skematisk oversigt over reglerne i direktivforslaget og de danske regler gældende fra 1996.

	Direktivforslaget	Danske regler
Ejerkrav	Maksimum regel for datterselskaber på 75 % af aktiekapitalen og flertal om stemmeandel	Krav om 100 % ejerskab m. mindre en det fremmede lands regler kræver andet
Underskud i faste driftssteder/filialer	Underskud kan opgøres efter creditmetoden eller fradrags- og efterpålningsmetoden	Underskud fradrages efter creditmetoden m. mindre filialen er beliggende i et exemptionland, her kan virksomheden dog vælge credit
Underskud i datterselskaber	Fradrag for underskud efter fradrags- og efterpålningsmetoden	Underskud kan kun fradrages efter creditmetoden
5-årsfrist for efterpålning	Gælder både filialer og datterselskab, men for filialer ikke hvis creditmetoden anvendes	Der sker kun genbeskatning for filialer i exemptionlande ikke for datterselskaber og filialer i creditlande
Genbeskatning ved salg til koncernforbundet selskab eller sambeskattet selskab	Direktivforslaget indeholder ikke regler om genbeskatning i disse situationer	Danmark har regler for genbeskatning for såvel filial som datterselskab, hvor hovedreglen er fuld genbeskatning, dog begrænset genbeskatning ved afhændelse til sambeskattet selskab
Genbeskatning og efterpålning ved afhændelse likvidation, mv.	Gælder både filialer og datterselskaber, men for filialer ikke hvis creditmetoden anvendes	Her sker genbeskatning i det aktuelle indkomstår for hhv. filialer og datterselskaber uanset hvilken metode, der er lempet efter

Om Tvangsakkord for interessenter

af

Hans Viggo Godsk Pedersen.

Deltagerne i et interessentskab antages sædvanligvis at hæfte direkte, personligt og solidarisk for interessentskabsgælden. Da interessentskabet således ikke er et fra selskabsdeltagerne adskilt hæftelsessubjekt, antages det endvidere, at det ikke selvstændigt kan erklæres konkurs. Derimod tages interessentskabsformuen under en konkurslignende behandling, hvis samtlige personligt hæftende skyldnere er erklæret konkurs. Da selskabskreditorene har fortrinsret til interessentskabsformuen, må interessentskabet opgøres inden de enkelte interessenters boer. På grund af denne konstruktion opstår der nogle særlige problemer i relation til fristdag, omtødelse og dividenderet. Ved konkurs er konstruktionen dog rimelig gennemskuelig.

Reglerne om konkurs fungerer i princippet som et redskab til fordeling af formuemassen mellem kreditorerne. Tvangsakkorden går derimod videre. Ganske vist har en likvidationsakkord også i høj grad karakter af et fordelingsarrangement, men den har dog også en sanerende effekt. Den almindelige tvangsakkord, der går ud på en procentvis nedsættelse af fordringerne, har imidlertid et andet og vel vigtigere sigte end fordelingsformålet, nemlig den sanerende effekt, der muliggør den fortsatte drift af virksomheden. Selv om akkorddividende naturligvis må være afhængig af forholdet mellem aktiver og passiver, vil den dog også - varierende fra akkord til akkord - være fastsat under hensyn til den fremtidige indtjeningsevne i virksomheden. Dette forhold kan være med til at skabe et spænd mellem virksomhedens kreditorer og interessenternes særkreditorer. Men også i øvrigt opstår der særlige problemer ved tvangsakkord for interessenter. En enkel løsning ville være at gennemføre en tvangsakkord udelukkende i forhold til selskabskreditorer, hvilket dog næppe kan ske, jfr. nedenfor i afsnit I. I afsnit 2 omtales tvangsakkord for såvel fælleskreditorer som særkreditorer.

1. Tvangsakkord udelukkende med interessentskabskreditorer?

Undertiden vil det kunne forekomme at være en enkel og hensigtsmæssig saneringsform, hvis der kan gennemføres en tvangsakkord for et interessentskab isoleret fra interessenterne personligt. Har ingen af

interessenterne aktiver eller passiver uden for interessentskabet forekommer fremgangsmåden umiddelbart praktisk. I den trykte domspraksis kan der da også findes et eksempel på en tvangsakkord udelukkende med interessentskabskreditorene, jf. U 1984.615. Landsrettens afgørelse vedrører imidlertid ikke spørgsmålet, om der kan gennemføres en tvangsakkord udelukkende for interessentskabet. Det gør derimod Østre Landsrets kendelse i U 1990.410. Landsretten tiltrådte skifterettens afvisning af at åbne forhandling om tvangsakkord for et interessentskab, idet et interessentskab ikke er et fra interessenterne forskelligt retssubjekt. Af referatet fremgår i øvrigt: "Det måtte følge af interessenternes solidariske hæftelse for interessentskabsgælden, at der skulle indledes tvangsakkordforhandling for hver af interessenterne. Det forhold, at A og B hverken havde særformue eller særkreditorer, kunne ikke føre til andet resultat."¹⁾ Landsretten følger således den praksis, der var fastlagt af Akkordretten i U 1941.240, hvilket er i overstemmelse med konkurslovens motiver.²⁾

Der er strengt taget ikke ved afgørelsen taget stilling til, om der kan gennemføres akkord for de enkelte interessenter udelukkende med interessentskabskreditorene. Forudsat alle samtykker, kan det ikke være i strid med ligestillingsprincippet i KL § 160. Til gengæld er der næppe nogen som helst baggrund for at gennemføre en ordning som tvangsakkord, hvis alle samtykker. Eventuelle ukendte kreditorer vil ikke have samtykket i den mindre gunstige behandling, hvorfor de ikke rammes af akkorden. I tilfælde af enighed vil tvangsakkord derfor nok kun være indiceret, hvis det giver mulighed for omstødelse. Som følge heraf må det betragtes som særdeles upraktisk. Det forudsætter nemlig ofte, at den begunstigede samtykker i tvangsakkorden og derved indirekte i omstødsesadgangen.

2. Tvangsakkord med både fælles- og særkreditorer

Som nævnt må en tvangsakkord omfatte både fælles- og særkreditorer, idet det i princippet er den enkelte interessent, der opnår tvangsakkord. Fastsættelse af dækningen til fælles- og særkreditorer må i princippet foregå efter samme retningslinier som ved konkurs, men tvangsakkord frembyder dog nogle særegenheder.

¹⁾ Jf. herved *Heiberg, Lindenchrone og Ørgaard*: Tvangsakkord, 3. udg. s. 65 f, *Hørlyck*: Interessentskaber og konsortier, 2. udg. s. 249 f og *Munch*: Konkursloven, 8. udg. ved *Lyng Andersen, Lindenchrone Petersen og Niels Ørgaard* s. 741.

²⁾ Jf. *Bet.nr. 606-1971* s. 237, hvor det anføres, at alle aktiver og både fælles- og særkreditorer må omfattes af akkorden.

Ved konkurs opgøres interessentskabet først med henblik på fordeling blandt fælleskreditorene. Derefter kan særboerne opgøres, og i hvert enkelt af særboerne har fælleskreditorene dividenderet af restfordringerne på lige fod med særkreditorene.³⁾ Ved interessentskaber med en underbalance af blot nogen størrelse i forhold til interessenternes særformuer vil det medføre, at dividendeprocenterne i særboerne bliver meget små. Da interessentskabet opgøres først, ligger det imidlertid i princippet fast, hvor stor en dækning til fælleskreditorene, der er opnået fra det.⁴⁾

Ved tvangsakkord må interessentskabsformuen også forbeholdes fælleskreditorene, og interessenternes særformuer anvendes til dækning af fælles- og særkreditorer lige som ved konkurs. Det ligger derimod ikke ganske fast, hvor stor en del af fælleskreditorenes fordringer, der kan dækkes af interessentskabsformuen. Ved en likvidationsakkord vil det dog kunne konstateres, hvor meget interessentskabsaktiverne indbringer. Derimod vil der jo ikke ske realisation af alle aktiverne ved en tvangsakkord, når virksomheden skal fortsætte. Det er derfor et spørgsmål, om den værdiansættelse, der sker ved akkorden, er bindende som "akkordforslag", forstået således at den kan vedtages som en del af akkordforslaget eller, om hver enkelt fælleskreditor i princippet skal acceptere værdiansættelsen.

Opfattes fælleskreditorenes fortrinsret til fyldestgørelse i interessentskabsformuen på samme måde som en panteret, kan en fælleskreditor ikke tvinges til at give afkald på en del af sikkerheden. Tillidsmændenes værdiansættelse af en sikkerhedsret er nemlig ikke bindende for fordringshaveren, der kan vælge at vente og se, hvor meget sikkerheden rent faktisk indbringer. Når der kræves aftale om værdiansættelsen med samtlige fælleskreditorer, vil tvangsakkord ikke være egnet som grundlag for rekonstruktion af et interessentskab, idet det må anses for næsten umuligt at opnå i praksis. Derimod vil likvidation af interessentskabet kunne tænkes gennemført i kombination med, at nogle eller alle interessenter opnår likvidationsakkord.⁵⁾

³⁾ Det er omdiskuteret, om den almindelige fulgte praksis, hvorefter dividenderetten i særboerne nedsættes med hele det beløb, der udbetales som dividende fra interessentskabet, bør følges, eller om der kun skal ske nedsættelse med den del af dividenden fra interessentskabet, der kan siges at stamme fra den enkelte interessent, jf. fx *Hørlyck*: Interessentskaber og konsortier, 2. udg. s. 247 f og *Munch*: Konkursloven, 8. udg. s. 348.

⁴⁾ Er der betingede fordringer, kan der dog være en vis usikkerhedsmargen.

⁵⁾ Jf. således *Heiberg, Lindenchrone og Ørgaard*: Tvangsakkord, 3. udg. s. 65 f.

Det er imidlertid et spørgsmål, om fælleskreditorenes fortrinsret til fællesformuen skal behandles som en panteret ved tvangsakkord. I den selskabsretlige litteratur opfattes fortrinsretten ikke som en egentlig panteret, men ved spørgsmålet om dividenderet i interessenternes særboer trods dividende fra fællesformuen skal nedsættelse ske på samme måde som ved pant, der er stillet for egen gæld.⁶⁾ At fortrinsretten netop ikke betragtes som en egentlig panteret er velbegrundet, idet fortrinsretten adskiller sig fra en typisk panteret. Fortrinsretten er ikke beskyttet mod andre fælleskreditorer. Den er heller ikke beskyttet mod, at interessenterne gør den indholdsløs ved helt eller delvis at tage selskabsformuen ud, således at aktiverne kommer til at tilhøre særformuerne,⁷⁾ idet fælleskreditorene ikke uden særlig aftale derom kan forlange en fællesformue af en vis størrelse opretholdt.⁸⁾ Lægger kreditor vægt på interessentskabsaktiverne, vil denne interesse kunne tilgodeses ved en panteret i de konkrete aktiver, men selve fortrinsretten til fællesformuen omfatter kun de aktiver, der på det aktuelle tidspunkt mere eller mindre tilfældigt er i interessentskabet. Panteretsbetragtningen bygger ikke på, at fortrinsretten er en panteret, og den har kun sikker hjemmel i relation til nedsættelse af dividenderetten i særboerne efter princippet i KL § 46 om pant eller anden sikkerhed i skyldnerens ejendom. Panteretsbetragtningen er derfor ikke nødvendigvis afgørende for spørgsmålet om, på hvilken måde det skal konstateres, hvor stor en fyldestgørelse fælleskreditorene kan opnå i interessentskabsformuen.

Set i forhold til interessentskabet er fælleskreditorene usikrede kreditorer. Isoleret betragtet ville den dækning, de skal opnå fra interessentskabet, derfor kunne fastlægges efter afstemning om et akkordforslag, der giver en vis dividende. Fælleskreditorene er netop ikke en gruppe, der gennem særlige sikringsakter har opnået en position, hvor der kræves afkald på sikkerhed i bestemte aktiver. Noget andet er, at den tilbudte dividende typisk vil skulle ligge inden for et begrænset spillerum i forhold til en beregnet statusdividende.⁹⁾ Det specielle ved tvangsakkord for interessenter er i denne

⁶⁾ Jf. *Gomard: Hovedpunkter af selskabsretten*, 4. udg. s. 49 f, *Hørlyck: Interessentskaber og konsortier*, 2. udg. s. 250 samt *Noe Munck, Hedegaard Kristensen og Jørgen Nørgaard: Selskabsformerne*, 3. udg. s. 103.

⁷⁾ Beskyttelse mod dette kan opnås ved panteret i interessentskabsandelene, idet udlodning til interessenten uden hensyn til panteretten da vil være retsstridig.

⁸⁾ Noget andet er, at en fortsat kreditgivning kan være betinget af, at der opretholdes en fællesformue.

⁹⁾ Ligger den tilbudte dividende væsentligt under den beregnede statusdividende, vil forslaget vanskeligt kunne betragtes som rimeligt og vil typisk vanskeligt kunne

sammenhæng, at værdiansættelsen også har betydning for forholdet mellem fælleskreditorer og særkreditorer, således at en forskydning fra fælleskreditorer til særkreditorer eller omvendt vil kunne være i strid med ligestillingsprincippet i KL § 160. Et akkordforslag, der i harmoni med de beregnede statusdividender tilbyder fælleskreditorene en dækning fra fællesformuen og for restfordringen dividende på lige fod med særkreditorene, må imidlertid være forenelig med § 160. Kreditorerne ligestilles jo rent faktisk indbyrdes i forhold til de respektive aktivmasser, som de ville kunne fyldestgøres af.¹⁰⁾ Hvis der samtidig lægges vægt på, at både fælles- og særkreditorer er ikke særligt sikrede kreditorer, men kreditorer, der principielt kun har dividende krav, må det være muligt at betragte et sådant akkordforslag, som et forslag, der kan vedtages i overensstemmelse med de almindelige afstemningsregler. Accepteres dette, vil tvangsakkord også efter omstændighederne realistisk kunne være et middel ved rekonstruktion af et interessentskab.

2.1 Om mindstedividende

Fordringerne kan ikke nedsættes til mindre end 25 pct. af deres beløb, medmindre der foreligger ganske særlige grunde, eller fordringshaverne samtykker deri, jf. KL § 161. Kravet om mindstedividende for en fordring påvirkes normalt ikke af, at der er solidarisk hæftelse for den, hvorfor kravet om mindstedividende gælder i forhold til hver enkelt skyldner.¹¹⁾

Ved en udækket interessentskabsgæld af blot nogen størrelse, vil det ofte være udelukket at tilbyde en dividende på 25 % til de enkelte interessenters særkreditorer incl. de udækkede interessentskabskrav. Det må endvidere være i strid med ligestillingsprincippet at tilbyde særkreditorene 25 %, uden at også interessentskabskreditorene får den tilsvarende dækning fra særformuen. Et krav om en dividende på 25 % vil derfor ofte kunne være til hinder for en tvangsakkord for interessenter.

vedtages. Ligger den væsentligt over, vil opfyldelse vanskeligt kunne være sandsynlig.

¹⁰⁾ Jf. herved *Munch*: Konkursloven, 8. udg. s. 741, hvor det anføres, at det er "usikkert, i hvilket omfang selskabskreditorenes fortrinsret til selskabsformuen fører til en højere dividende, fx fastsat efter det omtrentlige forhold mellem fællesformuen og særformuerne, sml. § 160."

¹¹⁾ Ved den foran nævnte afgørelse i U 1984.615 var den dividende, der var fastsat under ét for interessenterne, tilsyneladende kun 25 %. Det fremgår imidlertid ikke, om det er sket ud fra en opfattelse af, at det var den nødvendige mindstedividende eller, om mindstedividenden var fraveget.

2.2. Om fravigelse af mindstedividende

Kravet om mindstedividende kan fraviges, hvis der foreligger ganske særlige grunde, eller fordringshaverne samtykker deri.

Samtykke fra en fordringshaver til en mindre dividende vil ofte være knyttet til en forudsætning om, at alle andre kreditorer, der har samme akkordrettelige status, indgår på det samme.¹²⁾ Men der er ikke noget til hinder for, at flertallet accepterer mindre end 25 %. Derimod kan et flertal ikke tvinge et mindretal eller ukendte kreditorer til at gå under mindstedividenden. En fravigelse af mindstedividenden, der rammer alle, kan kun ske, når der foreligger ganske særlige grunde.¹³⁾

Kravet om mindstedividende støttes i første række på, at det i almindelighed vil være uforsvarligt at fortsætte forretningens drift så længe, at aktiverne ikke mere er i stand til at dække blot 25 % af passiverne. Som eksempel på særlige grunde til at godtage en af flertallet vedtaget akkord på under 25 % nævnes i motiverne,¹⁴⁾ at "forretningens nedgang har sin årsag i skyldnerens sygdom; men der kan også lægges vægt på, at skyldneren, uden at det kan henføres til slet regnskabsførelse eller lignende, først for sent er blevet klar over, hvor meget forretningen er gået tilbage."

Medens interessentskabsformen vel kan have medvirket til at sløre forholdet for enkelte interessenter, vil det sjældent kunne forekomme, at det i forhold til alle interessenter er undskyldeligt, at de først for sent er blevet klar over, hvor meget forretningen er gået tilbage.

Kravet om mindstedividende kommer imidlertid til at virke anderledes ved interessentskaber end i enkeltmandsvirksomheder. I enkeltmandsvirksomheder belastes virksomhedsaktiverne og de øvrige aktiver lige meget. Da "virksomhedsdelen" ofte er den dominerende, vil mindstedividendekravet også ofte være virksomhedsdomineret. Ved interessentskaber vil det kun være i relation til interessentskabskreditorerne, mindstedividendekravet er virksomhedsrelateret. De i betænkningen nævnte eksempler passer udmærket set i relation til driften af interessentskabet, når det betragtes isoleret. Kravet om mindstedividende for så vidt angår fælleskreditorerne må derfor skulle opfyldes i overensstemmelse med de almindelige regler.

¹²⁾ Jf. Betænkning nr. 606-1971 s. 242.

¹³⁾ Jf. *Munch*: Konkursloven, 8. udg. s. 730 f samt *Heiberg, Lindencrone og Ørgaard*: Tvangsakkord, 3. udg. s. 33 ff.

¹⁴⁾ Jf. Betænkning nr. 606-1971 s. 242.

Da fælleskreditorerne ikke alene skal have beregnet dividende i den del af interessenternes aktiver, der er indskudt i interessentskabet, men tillige af restfordringerne i de enkelte interessenters øvrige aktiver, er der i realiteten tale om en yderligere belastning af de øvrige aktiver, og der er ikke i særboerne en egentlig "virksomhedsrelation" mellem fordringerne og de aktiver, der ikke er indskudt i interessentskabet. Den begrundelse, der kan anføres for at kræve mindstedividende i relation til virksomhedsdrift, passer derfor kun dårligt for så vidt angår særboerne. Da det endvidere typisk vil medføre små "statusdividender" i særboerne, at den udækkede del af virksomhedsgælden kan anmeldes der, vil det ofte kunne være begrundet at fravige kravet om mindstedividende i særboerne uden at stille de samme krav som i andre tilfælde.

2.3. Interessenters refusionskrav

Det antages sædvanligvis, at en interessent, der af sine midler uden for interessentskabet har afholdt fællesudgifter, kan kræve disse refunderet af interessentskabet eller af de øvrige interessenter. Så længe interessentskabet og interessenterne er solvente, er dette da også ubetænkeligt. Ved opløsning af interessentskabet vil interessenterne derfor kunne gøre refusionskrav gældende mod interessentskabsformuen, jf. U 1945.597, hvor en ikke tegningsberettiget interessent havde indfriet et interessentskabet påhvilende lån med en brandforsikringserstatning. Da en af de øvrige interessenter protesterede derimod, deponerede den interessent, der havde indfriet lånet, et tilsvarende beløb og påstod sig i interessentskabets likvidationsbo berettiget til differencen mellem lånerenten og renten ved deponering. Heri fik han medhold ud fra den betragtning, at forholdet var retableret ved deponeringen, at deponeringen ikke fandtes at burde medføre fordel eller tab for nogen af parterne, og at han var indtrådt i långiverens retsstilling.

Kan interessentskabet ikke dække interessentens krav, må han antages at kunne rette et krav mod de øvrige interessenter; i modsat fald ville det blive tilfældigt, hvem af interessenterne der kom til at bære et tab. Det er ikke afklaret, om kravet kan gøres gældende, uden at selskabet opløses.¹⁵⁾ Hvis det antages, vil det kunne indebære, at en interessent må indbetale større beløb end forudsat eller aftalt til interessentskabets drift. I realiteten må der have været tale om et fejlslagen med hensyn til den nødvendige kapital, hvis interessentskabet ikke kan honorere refusionskravet. Det forhold, at formålet ikke kan opfyldes med den aftalte eller forudsatte kapital, må typisk - bortset fra rene bagateller - være en så væsentlig afvigelse fra det forudsatte, at det må

¹⁵⁾ Vedtægterne kan naturligvis (og bør) indeholde nærmere bestemmelser om spørgsmålet.

være berettiget at kræve interessentskabet opløst. Dette taler for, at en interessent, over for hvem der rejses et refusionskrav af en medinteressent, må kunne henvise denne til at søge kravet fyldestgjort i interessentskabsformuen eller kræve dette opløst.¹⁶⁾

I det omfang et krav kan gøres gældende, antages interessenterne at hæfte efter princippet i gældsbrevslovens § 2, stk. 2, således at hver interessent kun kan afkræves sin del af beløbet. Betaler én interessent ikke sin del, må de øvrige dog betale hver sin del deraf.¹⁷⁾ En eventuel modregningsadgang må respekteres, således at det kun er et nettokrav, der kan gøres gældende.

Er interessentskabsformuen utilstrækkelig til fyldestgørelse af fælleskreditorerne, er det tvivlsomt, om interessenterne i konkurrence med kreditorerne kan gøre et krav gældende mod interessentskabsformuen. Er der ikke tale om indskudskapital, men fx et krav som følge af, at en interessent har overladt aktiver til interessentskabet med forbehold om særskilt vederlag, er det ikke givet, at kravet ikke kan gøres gældende; fx antages det ofte som nærmere omtalt nedenfor, at visse krav kan gøres gældende, når alle interessenterne er under konkurs. Alligevel må det formentlig antages, at et krav normalt ikke vil kunne gøres gældende i konkurrence med fælleskreditorerne. Det ville være udtryk for, at vedkommende i konkurrence med kreditorerne kunne tilegne sig aktiver, der delvis tilhører vedkommende selv, hvorefter kreditorerne i øvrigt ville kunne kræve den pågældende for den udækkede del af deres fordringer.¹⁸⁾

Er interessenterne under konkurs, virker refusionskrav ikke på helt samme måde. I disse tilfælde er det nemlig ikke en interessent som sådan, der gør et krav gældende, men derimod et spørgsmål om fordeling mellem forskellige kreditorgrupper.¹⁹⁾ Der kan dog være forskel på forskellige typer af krav.

¹⁶⁾ Jf. herved *Gomard*: Hovedpunkter af selskabsretten, 4. udg. s. 45 med note 17, *Sindballe*: Dansk selskabsret I, s. 76, *Hørlyck*: Interessentskaber og konsortier, 2. udg. s. 127 ff, *Noe Munk, Lars Hedegaard Kristensen og Jørgen Nørgaard*: Selskabsformerne, 3. udg. s. 79 f og 84 ff samt *Werlauff*: Selskabsret, 2. udg. s. 161. Afgørelsen U 1925.932 H, der anser manglende indbetaling af underskudsandel for misligholdelse, kan ikke antages at udelukke, at vedkommende ville haft ret til at kræve opløsning.

¹⁷⁾ Jf. *Hørlyck*: Interessentskaber og konsortier, 2. udg. s. 135 f samt *Noe Munk, Lars Hedegaard Kristensen og Jørgen Nørgaard*: Selskabsformerne, 3. udg. s. 85 f.

¹⁸⁾ *Hørlyck* anfører da også i *Interessentskaber og konsortier*, 2. udg. s. 134, at interessenternes krav må vige for interessentskabets kreditorer.

¹⁹⁾ Jf. *Hørlyck*: Interessentskaber og konsortier, 2. udg. s. 248 og *Ørgaard*: Konkursret, 6. udg. s. 157.

Krav på selve indskudskapitalen kan selvsagt ikke gøres gældende i konkurrence med fælleskreditorerne. Det gælder selv om en interessents kapitalkonto undtagelsesvis måtte udvise en positiv saldo.²⁰⁾ For så vidt angår øvrige krav kan det være formålstjenligt at sondre mellem krav, der er opstået som følge af løbende dispositioner mellem interessent og interessentskab, og krav, der er opstået som følge af sikkerhedsstillelse eller betaling med midler, der ikke var indskudt i interessentskabet. For så vidt angår den sidstnævnte gruppe vil der nemlig kunne være en konflikt mellem interessents krav og kreditors restfordring, medens noget tilsvarende ikke gør sig gældende for den førstnævnte gruppe.

2.3.1. Løbende mellemværender

Krav som følge af løbende mellemværender kan fx være købesummen for varer, som en interessent har leveret til interessentskabet fra en virksomhed uden for interessentskabet. Det kunne strengt taget være nærliggende at sidestille sådanne krav med indskud. Det er dog så vidt ses den almindelige opfattelse, at sådanne krav kan gøres gældende mod interessentskabet og de øvrige interessenter. Da kravet kun er et dividendekrav, vil det imidlertid kun indebære en beskeden forskydning mellem fælleskreditorerne og de enkelte interessents særkreditorer.²¹⁾ Tilsvarende antages, hvis en interessent kan bevise, at et beløb er overladt interessentskabet som et lån.

Det antages endvidere, at også krav på "løn"²²⁾ kan medføre et sådant udligningskrav, dog selvsagt uden privilegium.²³⁾ Særlig for så vidt angår "lønkrav" for interessenterne må der kunne ske regulering - på dividendeniveau - efter princippet i KL § 66 om urimelige lønkrav. Endvidere kan det tænkes, at ophobning af disse krav har muliggjort den fortsatte drift til skade for

²⁰⁾ Jf. *Gomard*: Hovedpunkter af selskabsretten, 4. udg. s. 51 og *Munch*: Konkursloven, 8. udg. s. 307.

²¹⁾ Jf. *Gomard*: Hovedpunkter af selskabsretten, 4. udg. s. 51, *Herlyck*: Interessentskaber og konsortier, 2. udg. s. 248 f, *Munch*: Konkursloven, 8. udg. s. 307 og *Ørgaard*: Konkursret, 6. udg. s. 157.

²²⁾ Sådanne krav kan fx forekomme, hvis den pågældende har påtaget sig at udføre hverv for interessentskabet, som ligger uden for de almindelige forpligtelser for vedkommende. Der vil dog ikke være tale om lønkrav i skatteretlig forstand, jf. *Noe Munk, Lars Hedegaard Kristensen og Jørgen Nørgaard*: Selskabsformerne, 3. udg. s. 83.

²³⁾ Jf. *Gomard*: Hovedpunkter af selskabsretten, 4. udg. s. 51 og *Munch*: Konkursloven, 8. udg. s. 307.

kreditorerne. Dette kan muligvis ud fra et skadelighedskriterium medføre, at kravet slet ikke kan gøres gældende.²⁴⁾ Det er imidlertid et spørgsmål, om lønkrav overhovedet bør accepteres.

Selv om det antages, at sådanne "kreditorkrav" kan gøres gældende af særboet mod interessentskabsformuen, må der indlægges begrænsninger deri. Interessentens eventuelle krav er ikke enkeltposter, men et samlet mellemværende. Kravet må derfor antages at være begrænset, således at det kun kan gøres gældende, i det omfang det har medført, at interessenten med den pågældende indsats har afholdt en større andel af interessentskabs-udgifterne, end han var forpligtet til i forholdet mellem interessenterne.²⁵⁾ Det må således antages, at kun et eventuelt nettokrav, der kan gøres gældende mod de øvrige interessenter.

2.3.2. *Betaling eller sikkerhedsstillelse.*

Det må anses for tvivlsomt, i hvilket omfang krav, der er opstået som følge af betaling til en fælleskreditor med midler, der ikke er indskudt i interessentskabet, kan gøres gældende som dividendekrav i interessentskabsformuen. Det må antages, at kreditors dividenderet i interessentskabsformuen nedsættes som følge af den pågældende betaling, jf. U 1934.107 H om pant, der var stillet fra en interessents særformue. Som følge heraf kan særboets krav ikke antages at være til skade for fælleskreditorerne. Ses kravene under ét, er indfrielsen med deraf følgende refusionskrav dividendeneutral i forhold til fælleskreditorerne. Ved den foran nævnte afgørelse U 1945.597, er et krav da også anerkendt. Denne afgørelse omhandler imidlertid ikke konkurs eller tvangsakkord, og princippet kan ikke fuldt ud gennemføres ved konkurs eller akkord.

Selv om kreditors dividenderet i interessentskabsboet nedsættes ved en sådan betaling, nedsættes den ikke nødvendigvis i medinteressenternes boer. Er betalingen sket senere end tre måneder før fristdagen, følger det af KL § 47, stk. 1, nr. 3, at kreditor har dividenderet i de øvrige interessenters boer for hele fordringens beløb.²⁶⁾ Har kreditor en restfordring, må det derfor være udelukket at lade den betalende interessents refusionskrav belaste interessentskabsformuen. Det ville nemlig indebære, at der førtes dividende fra interessent-

²⁴⁾ Jf. herved *Munch*: Konkursloven, 8. udg. s. 577.

²⁵⁾ Jf. for firmagrupper *Werlauff*: Selskabsret, 2. udg. s. 174.

²⁶⁾ Jf. *Munch*: Konkursloven, 8. udg. s. 348. Dividenderetten nedsættes selvsagt heller ikke som følge af dividendeudbetaling fra andre interessenters boer, jf. KL § 47, stk. 1 nr. 2.

skabsformuen, uden at dividenderetten i særboerne blev nedsat derved. Er kreditor derimod fyldestgjort fuldt ud, vil en anmeldelse i interessentskabsboet ikke give en tilsvarende "kollision".

For så vidt angår betalinger, der er foretaget tidligere end tre måneder før fristdagen, må kreditors dividenderet i de øvrige interessenters boer i hvert fald nedsættes delvis. Det vil her være et spørgsmål, i hvilket omfang kreditor kan bevare dividenderet efter reglen i KL § 47, stk. 1, nr. 1, hvorefter kreditors ret til dividende ikke nedsættes som følge af afdrag fra en medskyldner, der har regres mod boet. Givet må det være, at en interessents krav mod de øvrige skal nedsættes med den del, der i princippet skal bæres af ham selv. Men også i denne relation kan det kun være et nettokrav, der kan gøres gældende. Det må antages at medføre, at kreditor ikke i medfør af reglen i KL § 47, stk. 1, har udvidet dividenderet i de øvrige interessenters boer. Som følge heraf vil et krav fra den betalende interessents særbo mod interessentskabsboet ikke kollidere med kreditors dividenderet.

En umiddelbar anvendelse af reglerne om solidariske skyldforhold fører således til, at kreditors dividenderet i interessentskabsboet nedsættes som følge af betalinger fra en enkelt interessent, ligesom dividenderetten i særboerne nedsættes derved, medmindre betalingen er foretaget senere end tre måneder før fristdagen. I de tilfælde, hvor kreditor har udvidet dividenderet, vil særboet som følge deraf ikke kunne få dividende fra interessentskabsboet, medens det i andre tilfælde ville kunne ske uden at kollidere med kreditors dividenderet. Herved kan dividenderetten få et noget vilkårligt præg.²⁷⁾ Muligvis bør dette tilfældighedsmoment udelukkes ved at betragte en betaling fra en interessent på samme måde som betaling fra interessentskabet i relation til dividenderet. Reale grunde taler mod at stille kreditor bedre på grund af, at en betaling kommer direkte fra en interessent og ikke har passeret "interessentskabskassen".²⁸⁾ Formelt kan det begrundes med, at der trods alt er tale om opfyldelse af en interessentskabsforpligtelse fra en interessent, og at det er af underordnet betydning, om opfyldelsen er sket med midler, der formelt er indskudt i interessentskabet.²⁹⁾

Accepteres dette, vil det være nærliggende at behandle et pant, der er stillet af en interessent, på tilsvarende måde.

²⁷⁾ Jf. herved *Godsk Pedersen* i Artikler om konkurs og akkord (red: *Niels Ørgaard*) s. 155.

²⁸⁾ Et eventuelt omstødelseskraav må derimod tilkomme interessentens særbo.

²⁹⁾ Dette harmonerer tillige med, at man ikke i den nuværende praksis er tilbøjelig til at lægge vægt på, fra hvem af interessenterne en fyldestgørelse af kreditor hidrører, jf. fx *Godsk Pedersen* i Artikler om konkurs og akkord (Red: *Niels Ørgaard*) s. 158 ff, *Hørlyck*: Interessentskaber og konsortier, 2. udg. s. 248 og *Munch*: Konkursloven, 8. udg. s. 348.

2.3.3. Refusionskrav som et hele.

Som det ses forekommer der en "dividendeteknisk" forskel ved refusionskrav afhængig af, om de skyldes løbende mellemværender eller, om de skyldes betaling til eller sikkerhedsstillelse over for en fælleskreditor. Kun i de sidstnævnte tilfælde kan der være en "dividendekollision" mellem refusionskravet og kreditors ret. Accepteres det, at fyldestgørelse fra en interessent med midler, der ikke var indskudt i interessentskabet, i henseende til dividenderet sidestilles med fyldestgørelse fra interessentskabet, vil der dog ikke blive tale om "dividendekollision".

Når der ikke bliver tale om kollision mellem kreditorernes dividenderet for fordringerne og interessentens refusionskrav, er der formentlig ikke noget til hinder for, at det kan anerkendes. Rent praktisk vil der dog formentlig yderst sjældent være sådanne refusionskrav, når både interessentskabet isoleret set og alle interessenterne er insolvente, idet det som foran nævnt må antages, at kravet kun består i det omfang, hvori den pågældende interessent har afholdt en større del af interessentskabets udgifter, herunder tab, end der i det indbyrdes forhold påhviler ham.

Merchandising

af
Thomas Riis

1. Indledning

I 1939 i Bronx, New York, skabte den 22-årige Robert Kane tegneseriefiguren Bruce Wayne der i en ung alder bliver vidne til mordet på sine forældre. Oplevelsen af denne forbrydelse begået af notorisk kriminelle i en gyde i Gotham City får Bruce Wayne til at vie sit liv til bekæmpelse af kriminalitet i selv samme by. Ved udførelsen af sin selvpålagte samfundsopgave antager Bruce Wayne sin anden identitet som Batman. Bortset fra tegneseriemediet der med varierende styrke har markedsført Batman, er interessen for Batman-figuren endvidere holdt ved lige af Batman-spillefilmen som i 1966 blev produceret af 20th Century Fox med Leslie H. Martinson i instruktørstolen. Spillefilmen lagde grunden til en efterfølgende årelang Batman-tv-serie - produceret i perioden 1966-1968 og vist i dansk tv i slutningen af 1980'erne. Allerede i denne periode var der omfattende udnyttelse af Batman-figuren og Batman-logoet (en stiliseret flagermus i silhuet) i tilknytning til salg og markedsføring af en række produkter (legetøj, T-shirts, håndklæder, tasker, kasketter, lommelygter, nøgleringe, sæbe, krus og meget mere) som ikke har en direkte relation til hverken tegneserier eller film. Denne form for kommerciel udnyttelse af en figur og et logo kaldes for merchandising.

Filminstruktøren Tim Burton skabte en fornyet interesse for Batman-figuren da han i 1989 for filmselskabet Warner Brothers instruerede en ny Batman-film. Warner Brothers som havde investeret 30 mio. \$ i filmproduktionen, havde ikke blot kalkuleret med en indtjeningen fra distribution af filmen via de almindelige kanaler: biograf-, video og tv-distribution, men forventede en yderligere indtjening fra salg af merchandisingrettigheder. Burtons film viste sig i 1989 at blive en årets mest populære film. I løbet af de første 25 dage filmen blev vist i de amerikanske biografer, indtjente den 167 mio. \$. På

grundlag af den store succes regnede Warner Brothers med at tjene yderligere 300 mio. \$ på Batman merchandisingaktiviteter¹⁾.

Merchandising af Disney-figurer, som f.eks. Mickey Mouse og Anders And, bliver ofte nævnt som det klassiske eksempel på merchandising²⁾. Disney-koncernens hovedaktivitet har traditionelt været fremstilling af tegneserier og tegnefilm, og merchandisingaktiviteterne bliver som regel betragtet som biprodukter heraf. I 1929 på en forretningsrejse til New York blev Walt Disney kontaktet af en virksomhed der producerede kontorartikler, og denne virksomhed tilbød 300 \$ for rettighederne til at fremstille Mickey Mouse-skriveblokke til skolebrug. Walt Disney havde på dette tidspunkt næppe set perspektiverne i merchandising, for efterfølgende skulle han have kommenteret tilbudet med: "As usual, Roy³⁾ and I needed the money, so I took the three hundred"⁴⁾. Få år senere var merchandising af Disney-figurer blevet sat i system, og med udgangen af 1930'erne kunne 10% af Disneys indtægter henføres til merchandising. Hvad der ved første øjekast kunne forekomme som en tilfældig indtægtskilde, blev med tiden af særdeles stor betydning for virksomhedens rentabilitet. Muligvis har merchandising haft en langt mere

¹⁾ Jf. *Niels Frid-Nielsen*: "Bat is Back", *Levende Billede*, september 1989, s. 14-19. Selvom der er knyttet merchandisingplaner til mange af de dyre amerikanske filmproduktioner, er omsætningstallene for Tim Burtons første Batman-film ikke typiske hvilket Warner Brothers måtte sande da selskabet forsøgte at gentage succesen med tre andre Batman-film, "Batman Returns" (1992), "Batman Forever" (1995) og "Batman & Robin" (1997); den første instrueret af Tim Burton og de to sidste instrueret af Joel Schumacher. Disse film kom ikke på højde med Warner Brothers første Batman-film hverken med hensyn til solgte billetter eller merchandisingindtægter. På trods af at omkostningerne ved produktion af disse spektakulære storfilm stiger - "Batman & Robin" (1997) kostede således ca. 100 mio. \$ at producere - er det tilsyneladende stadig en god forretning at producere Batman-film. Warner Brothers har i hvert fald allerede i tilknytning til premieren på "Batman & Robin" indgået aftale med Joel Schumacher om instruktion af en femte film om Batman og hans verden.

²⁾ Jf. f.eks. *Palle Bo Madsen*: "Markedsret - Del 2", 3. udg., København 1997, s. 42 n40 og s. 69, WIPOs rapport "Character merchandising", WO/TNF/108, s. 7, og *Peter Schønning*: "TV-programmedarbejderes ophavsrettigheder", Akademisk Forlag 1989, s. 146.

³⁾ Walt Disneys storebror.

⁴⁾ Jf. *Ron Grover*: "The Disney Touch", Homewood, IL, 1991, s. 7.

central rolle i virksomhedens strategi end almindeligvis antaget - således at nye figurer blev skabt med særlig henblik på deres potentiale for merchandising⁵⁾.

Skønt idéen bag merchandising næppe er opstået i Disney-koncernen, så har Disney-koncernens praksis på dette område givetvis skabt en interesse for fænomenet og påvist at de alternative indtjeningsmuligheder herved ikke altid er ubetydelige. I starten af 1990'erne begyndte WIPO⁶⁾ at sætte de særlige immaterialretlige og markedsretlige problemer ved merchandising på dagsordenen. Det resulterede i at WIPOs Internationale Bureau i november 1993 offentliggjorde en rapport om character merchandising⁷⁾ - i december 1994 forelå rapporten i en revideret form⁸⁾.

Formålet med denne artikel er ikke at finde en løsning på de juridiske problemer der er forbundet med merchandising, og der tilstræbes ikke engang en systematisk redegørelse for hvorledes merchandisingfænomenet behandles i dansk ret eller i andre retssystemer. Hensigten med det følgende er at foretage en begrebsafklaring der kan anvendes ved en placering af merchandisingaktiviteter i den retsvidenskabelige systematik, og i forlængelse heraf identificere de centrale juridiske problemstillinger. Fremstillingen er båret frem af den opfattelse at den bedste forståelse for disse problemstillinger opnås med udgangspunkt i afsætningsøkonomiske betragtninger.

2. Overvejelser vedrørende afgrænsning og definition

Betegnelsen "merchandising" anvendes ofte meget upræcist, så en funktionel fastlæggelse af betegnelsens nærmere indhold vil indledningsvis være formålstjenlig. Betegnelsens sproglige indhold angiver det forhold at noget bliver gjort salgbart, eller egnet til markedsomsætning. Dette er ikke helt misvisende, men betegnelsen dækker et snævrere afgrænset område når den anvendes i en markedsføringsmæssig og juridisk sammenhæng. I opdraget til WIPOs International Bureau om udarbejdelse af en rapport om "character merchandising" er emnet fastlagt på følgende vis:

⁵⁾ Jf. *Alan Bryman*: "Disney and his Worlds", London & New York 1995, s. 31 f.

⁶⁾ World Intellectual Property Organization.

⁷⁾ Document WO/INF/93. Rapporten er kommenteret i IIC, vol. 25, 1994, s. 532-542, *Heijo E. Ruijsenaars*: "The WIPO Report on Character Merchandising".

⁸⁾ Document WO/INF/108.

“...the use of the name, picture, voice and statements of a real or fictitious personality to promote the sale and use of certain products or services..”

En egentlig definition er forsøgt på side 6 i selve rapporten:

“Character merchandising can be defined as the adaptation or secondary exploitation, by the creator of a fictional character or by a real person or by one of several authorized third parties, of the essential personality features (such as the name, image or appearance) of a character in relation to various goods and/or services with a view to creating in prospective customers a desire to acquire those goods and/or to use those services because of the customers’ affinity with the character”.

Den brede definition belyses i rapporten af en række eksempler på character merchandising:

- Legetøj i form af en 3-dimensional reproduktion af Mickey Mouse.
- T-shirt med påtrykt billede af tegneseriefigurerne “Ninja Turtles”.
- Parfume mærket “Alain Delon” (kendt skuespiller).
- Tennissko mærket “André Agassi” (kendt tennisspiller)
- Reklamefilm for Coca Cola Light hvori pop/rockmusikeren Elton John drikker Coca Cola Light.

Det nok væsentligste fællestræk ved de ovenstående fem eksempler er at den markedsførte ydelse består af to forskellige elementer: dels et af dagligdagens forbrugsgoder (legetøj, T-shirt m.v.) som i de nævnte eksempler er noget materielt⁹⁾, og dels noget immaterielt (en figur eller et navn). Og disse to elementer findes på markedet hver for sig uden at der eksisterer *en direkte relation eller en naturlig sammenhæng* herimellem. Det ganske åbenlyst at dagligdagens forbrugsgoder findes som selvstændige produkter på markedet, mens de immaterielle goder vel ikke uden videre kan siges at eksistere på markedet som selvstændige produkter¹⁰⁾. For så vidt angår de nævnte navne findes de i udgangspunktet kun på markedet i sammenhæng med forskellige ydelser - hvad enten de nu vedrører skuespil, sport, musik e.a.

⁹⁾ Merchandising vil ikke nødvendigvis forudsætte et materielt gode i betydningen “en vare” eftersom tjenesteydelser også kan være genstand for merchandising.

¹⁰⁾ I givet fald skulle det være rettigheder til immaterielle goder der blev omsat på markedet.

En lang række former for almindelig udnyttelse af f.eks. ophavsrettigheder ved udstedelse af ophavsretslicenser vil ikke blive betragtet som merchandising; f.eks. en forlagskontrakt der berettiger et forlag til at udgive et litterært værk i paperback-format. En paperback-udgave af et litterært værk består ligesom mange tilfælde af merchandising af et immaterielt element (selve værket) og et materielt element (mediet), men der er en naturlig sammenhæng mellem værket og mediet. For at brugen af en person eller en fiktiv figur i en kommerciel sammenhæng kan betragtes som merchandising, må det forudsættes at personen eller figuren anvendes i en væsentlig anden sammenhæng end den oprindelige. Dette fremgår ikke klart af definitionen i WIPO-rapporten der beskriver merchandising som "adaptation or secondary exploitation...in relation to various goods and/or services".

Der er en tendens til at merchandising forstås som en udnyttelse af immaterielle goder der iværksættes af indehaveren af godet eller på vegne af denne person, jf. definitionen i WIPO-rapporten, s. 6. Der synes dog ikke at være grund til at begrænse merchandisingbegrebet i så henseende idet aktiviteten er identisk selvom den foretages af andre - blot vil det være en retsstridig handling hvis det immaterielle gode er retligt beskyttet.

3. Merchandising ctr. brug af varemærker

Merchandising i forbindelse med billeder og navne af forskellig karakter kan tentativt sammenlignes med brugen af varemærker. Varemærkerettens genstand er ord, symboler og andre tegn der bruges til at adskille et bestemt produkt fra andre produkter. Den individualisering af bestemte produkter som varemærker muliggør, fører til varemærkets klassiske funktion som har været at angive *oprindelsen* af det produkt som varemærket er påført. Varemærkets individualiseringsfunktion sætter endvidere indehaveren af mærket i stand til at markedsføre sine produkter ved hjælp af reklamer og andre foranstaltninger, således at markedsføringen målrettes mod netop varemærkeindehaverens produkter og ikke mod en hel produktgruppe som også omfatter konkurrenternes produkter. Varemærkets værdi er således knyttet til relationen mellem mærket og en vare. Hvis varen bevarer en ensartet kvalitet og opnår en vis udbredelse på markedet, vil varemærket bære informationer om varens kvalitet; herigennem kan varemærket få en garantifunktion. Betydningen af en sådan garantifunktion vil imidlertid aftage hvis den bagved liggende vare på et tidspunkt ikke længere har en kvalitet der er i overensstemmelse med markedets forventninger - med en reduktion i varemærkets værdi til følge¹¹⁾.

¹¹⁾ Se også *Mogens Kottvedgaard & Knud Wallberg*: "Varemærkeloven & Fællesmærkeloven", København 1994, s. 12, *Marianne Levin*: "En ny nordisk känneteckensrätt inför

Sammenlignet med varemærkers funktioner *angiver det immaterielle element i merchandising ikke det underliggende produkts oprindelse og ej heller produktets kvalitet*. De to elementer i merchandising er adskilte. En T-shirt med et påtrykt billede af "Ninja Turtles" bliver ikke opfattet som en T-shirt af højere kvalitet end en T-shirt uden et påtrykt billede af "Ninja Turtles". Og forbrugerne vil heller ikke være af den opfattelse at "Ninja Turtles" eller skaberen af "Ninja Turtles" skulle være engageret i T-shirtproduktion. Men i det omfang merchandising bevirker at en T-shirt bliver mere attraktiv for forbrugerne, må der ikke desto mindre være sket en ændring i forbrugernes opfattelse af produktet. T-shirten er den samme uanset om den har et påtrykt billede af "Ninja Turtles" eller ej, men produktet har skiftet karakter: uden et billede af "Ninja Turtles" er der tale om en ren T-shirtprodukt, og med et påtrykt billede af "Ninja Turtles" er der tale om en kombineret T-shirt/"Ninja Turtles"-produkt.

4. Goodwill

En analytisk tilgang til merchandisingfænomenet bør nok tage udgangspunkt i en erkendelse af at der eksisterer forskellige former for goodwill idet merchandising grundlæggende betegner det forhold at der ved markedsføringen af et produkt sker en tilegnelse af goodwill som er knyttet til et immaterielt gode.

Som afsætningsøkonomisk begreb betegner "goodwill" - som direkte angivet med den engelske term - en oparbejdet velvilje hos forbrugerne. Denne velvilje kan rette sig mod forskellige genstande. Eksempelvis kan velviljen være rettet mod en erhvervsvirksomhed som helhed hvis virksomheden af forbrugerne bliver set i et gunstigt lys, måske på grund af virksomhedens bestræbelser på ikke at belaste miljøet, eller hvis virksomheden med held har demonstreret et socialt sigte i personalepolitikken. Forbrugernes velvilje kan også rette sig mod et eller flere af virksomhedens produkter hvis det pågældende produkt bliver opfattet som bærer af positive kvaliteter (eksempelvis design eller holdbarhed). Goodwill knyttet til virksomheden overføres på markedet til de enkelte produkter, og noget tilsvarende kan goodwill knyttet til det enkelte produkt omend i mindre omfang overføres til virksomheden og derigennem til virksomhedens øvrige produkter.

2000-talet", NIR.1994, s. 516-529. *Palle Bo Madsen*: "Markedsret - Del 2", 3. udg., København 1997, s. 127 ff, og *William M. Landes & Richard A. Posner*: "Trademark Law: An Economic Perspective", *Journal of Law and Economics*, vol.XXX(2), 1987, s. 265-309, 269 f.

Det er næppe hensigtsmæssigt at anlægge en så bred forståelse af begrebet goodwill at goodwill er det eneste der giver produktet værdi på markedet¹²⁾. Den forbruger som skal indkøbe en tankfuld fyringsolie, lader muligvis sit valg af sælger afhænge af den velvilje han eller hun har over for de forskellige olieselskaber på markedet under hensyn til bl.a. de enkelte selskabers engagement i totalitært styrede lande; men uanset dette vil beslutningen formentlig først og fremmest bero på om fyringsolien har den påkrævede grad af renhed og i øvrigt opfylder de tekniske krav der stilles til fyringsolie. Det indebærer at *produktets værdi på markedet hidrører fra såvel produktets/producentens goodwill som produktets egenskaber*. Det olieselskab som har indgået aftaler med en række totalitære og andre politiske uacceptable regimer, kan med en vis rimelighed anses for ikke at have oparbejdet goodwill. Alligevel er der al mulig grund til at tro at olieselskabet vil kunne sælge fyringsolie på markedet - selvom det måske ikke sker til samme priser eller i samme mængder som konkurrenterne.

Goodwill skal være knyttet til et eller andet identificerbart og genkendeligt: en særegen vare, et varemærke, en virksomhed, en person e.a. Hvis man skal købe et æble ved en markedsbod, vil valget af det enkelte æble ikke være forbundet med goodwill, men alene på en øjeblikkelig vurdering af æblets kvaliteter. Man kan dog forestille sig at visse af æblerne er påført et varemærke i form af en lille klistermærkat - f.eks. mærket "Del Monte". I kraft af varemærket kan der til disse æbler være knyttet goodwill som bevirker at forbruger foretrækker æbler med det pågældende varemærke.

Med dette udgangspunkt vil en afklaring af hvad der egentlig skal forstås ved goodwill, skulle afgrænses over for henholdsvis produktets egenskaber og faktiske forhold vedrørende virksomhedens produktionsproces, organisering m.v. Den del af markedsføringsteorien som er relevant i denne sammenhæng, beskæftiger sig med oparbejdelse af goodwill ikke med ændrede produktegenskaber eller ændringer i produktionens organisering. Det er vigtigt at mærke sig at produktets markedsværdi ikke som sådan er produktet iboende. Værdien skabes af købernes præferencer for produktet. Dertil kommer at *produktet kan opfattes forskelligt* dels af de enkelte købere - og dels afhængig af omstændighederne hvorunder produktet er markedsført. Opfattelsen af produktet er det mest centrale forhold i en markedsføringsmæssig sammenhæng, og den er knyttet til de informationer der formidles til markedet. *Den opfattelse af et produkt som er baseret på informationer der i købssituationen opnås ved en vurdering af produktets egenskaber, er ikke en opfattelse af produktet der er knyttet til eksistensen af goodwill*. Men den kan på længere sigt bidrage til

¹²⁾ Sml.m. Jan Kobbernagel: "Konkurrencens retlige regulering I", København 1957, s. 140 ff.

oparbejdelse af goodwill hvis disse informationer akkumuleres i et særligt kendetegn. Goodwill er ikke indeholdt i varen, men er noget der henvises til ved hjælp af et mærke, navn eller lignende og kan kun eksistere i en større kontekst.

Det følger blandt andet heraf at forbrugernes velvilje over for en virksomhed eller et produkt ikke nødvendigvis afspejler nogle faktiske forhold. Virksomheden der har opbygget goodwill ved at profilere sig som en miljøvenlig virksomhed, gør måske måske hverken mere eller mindre end konkurrenterne for ikke at belaste miljøet, men har været i stand til at få rettet offentlighedens opmærksomhed mod de miljømæssige foranstaltninger der trods alt er truffet.

Reklamen varetager grundlæggende den funktion at ændre forbrugernes præferencer over for virksomhedens produkter i en positiv retning. Dette kan umiddelbart gøres på to måder dels ved at formidle informationer om objektivt konstaterbare forhold, og dels ved på anden måde at skabe goodwill - d.v.s. oparbejde en velvilje som ikke kan henføres til objektivt konstaterbare forhold - f.eks. ved at forbinde produktet eller virksomheden med noget der almindeligvis opfattes positivt eller ved at hævde eller antyde positive egenskaber ved produktet som ikke uden videre kan afkræftes.

5. Reklame som igangsætter af mentalt software

En reklameform der ikke formidler informationer om produktens egenskaber, kan have til formål at *forbinde produktet med positive oplevelser*. Reklamen sætter produktet ind i en oplevelsemæssig sammenhæng således at forbrugeren i købsøjeblikket - og eventuelt senere ved brug af produktet - associerer til den positive oplevelse som produktet via reklamen er forbundet med. Man kan forestille sig en chokoladebar der i reklamens kontekst bliver et element i ungdommens ubrydelige venskabsbånd. De positive oplevelser i denne reklame som forbrugeren kan associere til, er ungdom og venskab. En fra annoncørens side gunstig effekt af en sådan reklame forudsætter *ikke* den noget enfoldige forbruger som tror at ved at købe et produkt der er markedsført som en integreret del af en ungdommelig livsstil, får forbrugeren del i ungdommen. Der er snarere tale om at forbrugeren ved at købe produktet associerer til ungdommen - uden at føle alderens pres lette fra sine skuldre - og det er denne association i sig selv som skaber oplevelsen forbrugeren har nytte af¹³⁾. Den impuls som udløser associationer har ifølge sagens natur ingen betydning når den er isoleret. Den har kun betydning i en større kognitiv proces.

¹³⁾ Man vil dog nok kunne hævde at associationer forudsætter en større eller mindre grad af indlevelse i det der associeres til.

De forhold der ligger til grund for denne større kognitive proces, betegnes i det følgende individets mentale software. Det er det mentale software der bevirker at de associationer som reklamen igangsætter, i det hele taget er mulige. Samtidig er reklamen dog med til at forme det mentale software med henblik på fremtidige indtryk. Den her beskrevne proces ligner processen der er knyttet til en kunstnerisk oplevelse. De kunstneriske indtryk ved at betragte f.eks. et maleri eller en film får værdi for betragteren ved at udløse associationer som er bestemt af den pågældendes mentale software. Disse lighedstræk mellem kunst og reklame understreges af de markedsføringsforanstaltninger hvor eksponering og promovering af produktet gøres til en integreret del af kunstværket. Der tænkes her på de tilfælde hvor produkter placeres i og bliver en del af et audiovisuelt værk - navnlig spillefilm (såkaldt Product Placement). Finansieringen af den seneste i rækken af film om den hemmelige britiske agent James Bond 007 skulle angiveligt delvis være kommet i stand ved hjælp af aftaler med forskellige erhvervsdrivende om anvendelse og eksponering i filmen af de pågældendes produkter. Den nok tydeligste konsekvens af disse aftaler er at James Bond er begyndt at køre i biler af mærket BMW i stedet for de mere eksklusive Ashton Martin- og Lotus-biler som James Bond-figuren anvendte i tidligere film samt i Ian Flemings litterære forlæg.

6. Varemærke-goodwill og produkt-goodwill

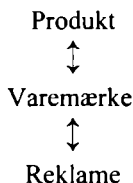
En virksomhed der har valgt en strategi som omfatter en reklameform der forbinder produktet med positive oplevelser, vil have mulighed for at vælge om associationer til positive oplevelser skal være knyttet til produkt/varemærke-kombinationen eller blot til varemærket. Hvis en virksomhed bestræber sig på at knytte den goodwill som en sådan reklame kan skabe, til varemærket - og givet at virksomheden har sikret rettighederne i varemærket så virksomhedens konkurrenter ikke har mulighed for at bruge mærket - opnår virksomheden en større fleksibilitet i sin markedsføringsstrategi idet den oparbejdede goodwill kan udnyttes kommercielt når virksomheden siden hen skal markedsføre nye produkter. Udnyttelsen af den oparbejdede goodwill er således ikke begrænset til et eksisterende produkt på markedet. Herved er opstået det man kan kalde *varemærke-goodwill* som omfatter goodwill der er snævert knyttet til et bestemt varemærke. Heroverfor kan man tale om *produkt-goodwill* hvis den oparbejdede goodwill er knyttet til varemærket i en fast kombination med et bestemt produkt¹⁴⁾. Denne sondring

¹⁴⁾ Jf. *Marlene B. Hanson & W. Casey Walls*: "Protecting Trademark Good Will: The Case for a Federal Standard of Misappropriation", *Trademark Reporter*, 1991, vol. 81, s. 480-533, 484 ff.

indebærer at goodwill der opstår ved videregivelse af kontante oplysninger om produktets faktiske egenskaber, må betegnes som produkt-goodwill.

Varemærke-goodwill kan være et stort aktiv for virksomheden der har rettighederne til det pågældende varemærke, men samtidig er der til varemærket knyttet en særlig risiko for at andre erhvervsdrivende tilegner sig den oparbejdede goodwill fordi denne goodwill kan udnyttes kommercielt uafhængig af produkttype. Mærker med varemærke-goodwill kaldes også for *varemærker med egenværdi*¹⁵⁾, og kendetegnende for sådanne varemærker er at de er genstand for en selvstændig efterspørgsel - det vil sige at forbrugerne efterspørger selve varemærket. Forbrugerne vil i langt de fleste tilfælde også efterspørge de produkter som mærket er påført, men varemærket med varemærke-goodwill vil øge efterspørgslen heraf uanset produkttype.

Det er vanskeligt at foretage en præcis adskillelse af varemærke-goodwill og produkt-goodwill - og det skyldes blandt andet at den goodwill der er et resultat af markedsføringsaktiviteter, som regel vil knytte sig til både varemærke og produkt idet varemærke og produkt i en eller anden grad vil være sammenfaldende i forbrugernes bevidsthed. En anden tilgang til systematisering af de to forskellige former for goodwill kan baseres på varemærkets placering mellem produktet og reklamen:



Hvis man betragter produkt/varemærke-relationen, og forestiller sig en verden uden reklame, vil varemærkets funktion udelukkende være at individualisere varer med henblik på at angive oprindelse og kvalitet. Det der kan skade varemærket i denne verden, vil i alle situationer være forhold som vedrører produktet eller producenten. F.eks. hvis produktet ikke længere er på højde med den opfattelse af produktets kvalitet der har dannet sig hos forbrugerne gennem individuelle og kollektive erfaringer med brug af produktet, vil varemærket lide skade. Og et tilsvarende resultat følger hvis der opstår tvivl om at varemærket angiver et bestemt oprindelsessted - givet at oprindelsesstedet har betydning for forbrugernes præferencer for produktet. Den goodwill der opstår i den her beskrevne situation uden reklame, vil hovedsagelig være

¹⁵⁾ Se *Mogens Koktvedgaard*: "Immaterialretspositioner", København 1965, s. 15, 161 f.

produkt-goodwill, men der vil være mulighed for en afsmittende effekt på varemærke-goodwill.

Hvis man herefter isoleret betragter varemærke/reklame-relationen og forestiller sig en situation hvor det er varemærket og ikke produktet der er genstand for reklamen - det antages således at der ikke er en direkte forbindelse mellem reklamen og produktet idet forbindelsen går gennem varemærket - så vil varemærkets funktion være at bære den goodwill som reklamen opbygger. Den oparbejdede type goodwill er altså varemærke-goodwill med en mulig afsmittende effekt på produkt-goodwill.

Varemærke-goodwill kan i udgangspunktet ikke mistes på grund af forhold der vedrører det bagved liggende produkt, men varemærke-goodwill skal dog holdes ved lige. Der er således almindeligvis et behov for løbende markedsføringsforanstaltninger rettet mod varemærket for at bevare eksisterende varemærke-goodwill. Ifølge *Hanson & Walls*¹⁶⁾ er det kendetegnende for varemærke-goodwill at: "...consumers will purchase the trademark in and of itself, regardless of the product to which the mark is affixed at the time of purchase." Netop dette forhold at der eksisterer et selvstændigt immaterielt gode der kan udnyttes ved afsætning af principielt hvilket som helst produkt, kendetegner merchandising.

7. Merchandising og licensering af varemærker med egenværdi

Det i merchandising underliggende produkt opnår en afsætningsmæssig fordel der direkte kan henføres til det immaterielle gode. Det immaterielle gode sætter imidlertid ikke det underliggende produkt i et mere gunstigt lys, i givet fald ville der blive skabt produkt-goodwill. Forbrugere opfatter det underliggende produkt *isoleret set* som det samme med eller uden merchandising, men med merchandising får forbrugeren andet og mere end blot produktet da den samlede ydelse tillige indeholder et immaterielt gode med selvstændig værdi. Det immaterielle gode i merchandising har egenværdi enten som en selvstændig æstetisk værdi (det må især antages at være tilfældet når det immaterielle gode er ophavsretsbeskyttet), eller en egenværdi i kraft af at det immaterielle element aktiverer forbrugernes mentale software der ikke er relateret til produkter eller virksomheder¹⁷⁾.

Sondringen mellem produkt-goodwill og varemærke-goodwill muliggør en præcisering af hvorvidt varemærker kan være genstand for merchandising.

¹⁶⁾ Op. cit. (note 13), s. 489.

¹⁷⁾ En selvstændig æstetisk værdi kan imidlertid også opfattes som en værdi der opstår ved aktivering af forbrugers mentale software.

WIPO-rapporten undgår at tage stilling til dette afgrænsningsproblem, men andre fremstillinger som beskæftiger sig hermed, tøver ikke med at betragte visse typer af varemærkelicenser som merchandising¹⁸⁾. Brugen af et varemærke med henblik på udnyttelse af varemærke-goodwill skal herefter karakteriseres som merchandising - uanset om det sker med samtykke fra indehaveren af varemærket. Såfremt den omhandlede varemærke-goodwill er retligt beskyttet, vil der i tilfælde hvor der foreligger samtykke, typisk være tale om en varemærkelicens, og i de tilfælde hvor der ikke foreligger samtykke, vil der typisk være tale om en varemærkekrænkelse i henhold til Kodak-doktrinen i varemærkelovens § 4, stk. 2, eller eventuelt en handling i strid med god markedsføringsskik i henhold til markedsføringslovens § 1. Hvis brugen af et varemærke derimod tager sigte på at udnytte produkt-goodwill ved f.eks. at angive et bestemt oprindelsessted eller en bestemt kvalitet, er det ikke en merchandisingaktivitet.

Med dette for øje fremstår det i WIPO-rapporten nævnte eksempel på merchandising med tennissko mærket "André Agassi" som tvivlsomt eftersom tennisskoen af forbrugerne kan opfattes som værende af en særlig høj kvalitet når en verdensberømt tennisspiller lægger navn til. Tennisspillerens navn kan således formodes kun at have værdi i markedsføringen ved at højne kvalitetsforventningerne til produktet. Hvis André Agassi havde lagt navn til en motorcykel, havde der utvivlsomt været tale om merchandising. Under hensyn til André Agassis berømmelse er det ikke usandsynligt at der er tilstrækkelig goodwill knyttet til hans navn til at han med fordel kunne lægge navn til markedsføringen af en motorcykel. Hvis der eksisterer en sådan goodwill, vil der også være et merchandisingelement i markedsføringen af tennissko mærket "André Agassi" ved siden af værdien af det udsagn om produktets kvalitet som brugen af navnet indebærer i denne særlige relation. Merchandisingbegrebet bør ikke dække den del af markedsføringen som involverer en kendt personlighed der af forbrugerne betragtes som ekspert, eller som antages at have et særligt forhold til det markedsførte produkt¹⁹⁾ da de særlige kendetegn ved merchandising herved er blevet udviskede eller er helt fraværende.

Eksemplet med Elton John der reklamerer for CocaCola Light, er derimod et rent eksempel på merchandising. Brugen af den kendte musiker har til hensigt at skabe positive præferencer for produktet så forbrugerne vælger

¹⁸⁾ Jf. *Ruijsenaars*, op. cit. (note 7), s. 537 f, og *Hazel Carty*: "Character merchandising and the limits of passing off", *Legal Studies*, vol. 13(3), s. 289-307, 290 n10. Endvidere er "brand merchandising" en af de former for merchandising som er fremhævet i AIPPIs resolution om Legal Aspects of Merchandising, omtalt af *Heijo E. Ruijsenars* i "Legal Aspects of Merchandising: The AIPPI Resolution", [1996] 6 EIPR, s. 330-335.

¹⁹⁾ Se også *Ruijsenaars*, op. cit. (note 7), s. 537.

CocaCola Light i stedet for f.eks. cacao-mælk selvom forbrugerne næppe forledes til at tro at Elton John på nogen måde skulle være knyttet til produktionen af CocaCola Light, og heller ikke at Elton John bedre end andre skulle være i stand til at afgøre om dette fluidum er velsmagende.

8. Typer af merchandising og beskyttelsesformer

8.1. Karakteren af det immaterielle gode

Der kan foretages en inddeling i forskellige former for merchandising alt efter karakteren af det immaterielle gode²⁰⁾:

1) **Figur-merchandising** omfatter merchandising af en fiktiv figur eller karakter såsom Batman, Anders And, Pinocchio, Peter Plys, Robinson Crusoe. Figurer som anvendes til merchandising, kan have forskellige kendetegn. Tegneseriefigurerne vil typisk være kendt ved både navn og billede. Mens navnet i langt de fleste tilfælde ikke ændrer sig, vil figurenes visuelle udtryk som regel ændre sig gradvist over en længere periode. Andre figurer eksisterer kun gennem et litterært værk uden afbildninger således at figuren kun er kendt ved navn og en verbal beskrivelse. Det var f.eks. tilfældet med Pinocchio-figuren der blev skabt af Carlo Collodi i hans bog "Pinocchio" udgivet posthumt i 1892. I dag er Pinocchio-figuren nok bedst kendt i form af den tegnede figur fra Disneys Pinocchio-tegnofilm fra 1940, men Pinoccios meget karakteristiske træk gør det muligt at anvende figuren til merchandising uden anvendelse af navnet eller tegningen der er skabt af Disney-studiet. Det forhold at det immaterielle gode - d.v.s. figuren - kan være kendetegnet ved hovedsagelig navn, billed eller et andet udtryk, har navnlig betydning ved fastlæggelse af figurens retsbeskyttelse

2) **Billed-merchandising**²¹⁾ vedrører malerier, fotografier o.l. som f.eks. Leonardo da Vincis "Mona Lisa" og Edward Munchs "Skriget". Det største problem i denne sammenhæng er at foretage en korrekt afgrænsning af hvilke aktiviteter der skal anses for merchandising. Reproduktioner af kendte malerier er ikke merchandising. Markedsføring af en oppustelig plasticfigur af den skrigende person fra Munchs maleri til badebrug må til gengæld anses for

²⁰⁾ Under fællesbetegnelsen "character merchandising" sondres der i WIPO-rapporten mellem: merchandising of fictional characters, personality merchandising og image merchandising.

²¹⁾ For en fremstilling centreret om denne type merchandising - fra en hovedsagelig amerikansk synsvinkel - se *Jane C. Ginsberg*: "Exploiting the Artist's Commercial Identity: The Merchandising of Art Images", *Revue Internationale du Droit D'auteur*, 1995, s. 2-53.

merchandising. Tvivlsomme grænsetilfælde kan f.eks. være brugen af kendte malerier til postkort eller til kalendere. Afklaring heraf må som tidligere nævnt bero på om der kan siges at være en naturlig sammenhæng mellem malerierne og de underliggende produkter (postkort og kalender). Om der er en sådan sammenhæng, afhænger igen af hvorledes forbrugerne opfatter kombinationen i en markeds-mæssig kontekst. Billeder af den her nævnte art vil nok altid være ophavsretsbeskyttede (medmindre beskyttelsesperioden er udløbet), så de overvejelser man bør gøre sig i henseende til den retlige beskyttelse i relation til billed-merchandising, adskiller sig ikke fra overvejelser ved andre former for ophavsretslicens eller eventuel ophavsretskrænkelser.

3) **Personligheds-merchandising** omfatter merchandising af faktiske personer. Det kan dreje sig om kendte skuespillere, musikere, sportsfolk, kongelige personer, politikere, tv-værter - f.eks. Elvis Presley, Albert Einstein, O. J. Simpson, Ernesto Che Guevara. Ligesom ved figur-merchandising kan den personlighed der anvendes til merchandising, have forskellige kendetegn - det være sig navn, udseende, stemme eller andre personlighedstræk.

4) **Image-merchandising** omfatter merchandising af en fiktiv karakter personificeret af en virkelig person - en skuespiller; f.eks. Gøg og Gokke, Peter Falk i rollen som Columbo i tv-serien af samme navn, Sean Connery og Roger Moore i rollen som den britiske agent James Bond 007 og Humphrey Bogart i rollen som privatdetektiven Philip Marlowe i Howard Hawks filmatisering af Raymond Chandlers "The Big Sleep" (Sternwood-mysteriet). Der kan være forskellige grader af sammenfald mellem den fiktive karakter og skuespilleren. Gøg og Gokke-karaktererne har en meget høj grad af sammenfald med de pågældende skuespillere. I de fleste af de film som de indspillede sammen, optræder de med navnene Stan Laurel og Ollie Hardy som tydeligt refererer til skuespillernes faktiske navne Arthur Stanley Jefferson og Oliver Norvell Hardy, og for de fleste forekommer det umuligt at Gøg og Gokke kunne spilles af andre end netop de to. En mindre grad af sammenfald gælder for Humphrey Bogarts personificering af Philip Marlowe. Det skyldes formentlig at Philip Marlowe-karakteren har været spillet af mindst 7 andre skuespillere i andre Raymond Chandler-filmatiseringer og tv-serier - herunder flere gange af Robert Mitchum bl.a. i en genindspilning af "The Big Sleep".

5) **Mærke-merchandising** omfatter varemærker og navne på organisationer og virksomheder - f.eks. det olympiske symbol, University of California in Los Angeles (UCLA), Amnesty International, Verdensnaturfredningsfonden, Roskildefestival.

6) **Begivenheds-merchandising** omfatter naturfænomener og -begivenheder, videnskabelige begivenheder, politiske og sociale begivenheder o.l. - som f.eks. Halleys komet, det klonede får Dolly og den første månelanding. En

begivenhed der er genstand for merchandising, vil som regel være kendetegnet ved enten navn eller billed eller begge dele.

Ovenstående systematik udelukke ikke at der kan være tale om merchandising der samtidig falder inden for flere af de nævnte kategorier; f.eks. vil merchandising af Andy Warholes afbildninger af Mao Zedong være såvel billed-merchandising som personligheds-merchandising. Warholes Mao-billeder lukrede i øvrigt selv på den store offentlige opmærksomhed der var knyttet til præsident Richard M. Nixons Kina-besøg i 1972, og kan således anses for begivenheds-merchandising.

8.2. Retsbeskyttelse af merchandisingaktiviteter

Eventuel retsbeskyttelse knytter sig i denne sammenhæng først og fremmest til karakteren af de immaterielle goder der anvendes i merchandising.

Varemærkeretlig beskyttelse

Varemærkeretlig beskyttelse har naturligvis primært betydning ved mærke-merchandising. Dertil kommer imidlertid at stort set alle immaterielle goder der kan være genstand for merchandising, i princippet er egnet til registrering som varemærker i det omfang de tager form af ord eller billeder. Det gælder f.eks. figurer, navne og logoer. Der findes forskellige begrænsninger på den varemærkeretlige beskyttelse i forbindelse med merchandising. Blandt andet stiller visse landes varemærkelovgivninger krav om at indehaveren af et varemærke skal tage aktiv del i markedsføringen af de ydelser eller produkter som mærket er påført²²⁾. Sammenlignet med ophavsretsbeskyttelse er den varemærkeretlige beskyttelse begrænset til en bestemt vare/mærke-relation. Det betyder at beskyttelsen kun omfatter brug af et identiske eller lignende mærke for varer eller tjenesteydelser af samme eller lignende art. Velkendte varemærker gives dog en bredere beskyttelse idet beskyttelsen også omfatter brugen af et sådant mærke for varer af en anden art. Mange varemærkelovgivninger gør den varemærkeretlige beskyttelse betinget af at varemærket rent faktisk bruges, og det kan skabe betydelige problemer for en mærkeindehaver som planlægger et merchandising-program. Ved mærke-merchandising bør man endvidere være opmærksom på den beskyttelse der hidrører fra navnereg-

²²⁾ Se i øvrigt *Ruijsenars* op. cit. (note 17), s. 332 f, og WIPO-rapporten s. 20 ff. I ældre amerikansk praksis er der blevet nægtet varemærkeregistrering af litterære karakterer og tegneseriefigurer med den begrundelse af varemærkets funktion er at identificere varer og tjenesteydelser, og det vil ikke være tilfældet for en række former for merchandising, jf. "The Protection Afforded Literary and Cartoon Characters through Trademark, Unfair Competition, and Copyright", *Harvard Law Review*, Vol. 68, 1954, s. 349-363, 350.

lerne i selskabslovgivningen - samt for dansk rets vedkommende den generelle regel om beskyttelse af forretningskendetegn i markedsføringslovens § 5.

Ophavsretlig beskyttelse

Ophavsretlig beskyttelse har især betydning ved billed-merchandising, og almindeligvis er det et beskedent krav der skal opfyldes for at et billed anses for ophavsretligt beskyttet. I forbindelse med figur-merchandising er det mest centrale spørgsmål hvor meget der skal til for at figuren får ophavsret. Er figuren kendetegnet ved en særlig afbildning som f.eks. Anders And er der næppe tvivl om at figuren er beskyttet som et værk af billedkunst²³⁾. Men hvis figuren alene er kendetegnet ved et navn og en beskrivelse i et litterært værk, er det langt mere tvivlsomt om figuren er ophavsretsbeskyttet - helt udelukkes kan det dog ikke. Ophavsretten yder som regel ikke beskyttelse af personers fremtoning. Østre Landsret har således fastslået at forlæggeren Otto Sigvaldi der var kendt som en særegen skikkelse ved sin færden i usædvanlige klædedragter og i usædvanligt udstyr, ikke var beskyttet efter ophavsretsloven²⁴⁾.

Personlighedsbeskyttelse

Personers fremtoning og andre kendetegn er i de fleste lande ikke beskyttet af særlige, udtrykkelige personlighedsrettigheder²⁵⁾. I dansk ret ydes beskyttelse af den personlige integritet og privatlivets fred efter almindelige retsgrundsætninger²⁶⁾. I merchandisingssammenhæng - d.v.s. i forbindelse med personligheds-merchandising og image-merchandising - kan beskyttelse efter markedsføringslovens § 1 også komme på tale²⁷⁾. Personer som træder offentligt frem, må i højere end andre acceptere at deres personlighedstræk bliver offentligt eje. Dette gælder formentlig også selv når personlighedstræk anvendes i en markedsføringsmæssig forbindelse. Kendte personer der i kraft af deres offentlige virke i et eller andet omfang har givet afkald på den almindelige beskyttelse af personlig integritet og privatlivets fred, har stadig

²³⁾ Jf. UfR.1996.1093 V hvor de fra fjernsynet kendte figurer Bamse og Kylling blev anset for ophavsretligt beskyttede - angiveligt på grundlag af de tegninger af figurene der blev skabt inden tv-udsendelsernes produktion.

²⁴⁾ UfR. 1974.952 Ø.

²⁵⁾ Personnavne er dog reguleret af reglerne i navnelovgivningen.

²⁶⁾ Jf. UfR.1959.963 SH, 1965.126 H, 1974.952 Ø, 1980.945 Ø, 1983.630 Ø, 1986.428 Ø, 1989.1146 SH, 1990.65 H, 1991.842 H, 1995.624 H og 1996.740 SH.

²⁷⁾ Se UfR.1989.1146 SH og 1990.65 H.

et beskyttelsesbehov, men beskyttelsesbehovet har ændret karakter. Beskyttelsesbehovet for den kendte person er i højere grad knyttet til den goodwill der gennem personens virke forbindes med den pågældende. I hvert fald i amerikansk ret synes der at være en anerkendelse af denne ændring i beskyttelsesbehovet idet den almindelige "right of privacy" som tilkommer alle, suppleres af en "right of publicity" som alene tilkommer kendte personer der i denne egenskab har mistet en del af "privacy"-beskyttelsen. Indholdet af "right of publicity" kan kort beskrives på følgende vis: "All it really does is recognize the potential commercial value of every person's identity...and assigns that value to the person in question"²⁸⁾.

For så vidt angår anvendelse af personer i reklamer findes der forskellige eksplicite retsnormer. I dansk ret kan man mærke sig § 10 i bkg. nr. 489 af 11. juni 1997 om reklame og sponsorering i radio og fjernsyn hvorefter radio- og fjernsynsreklamer ikke må afbilde eller referere til personer, det være sig i disses private eller offentlige egenskaber, medmindre forudgående tilladelse er opnået²⁹⁾.

Konkurrenceretlig beskyttelse

Konkurrenceretlig beskyttelse kan være relevant for alle former for merchandising - men har måske især betydning for begivenheds-merchandising da der her ikke umiddelbart synes at være alternative beskyttelsesmuligheder. Indholdet af den konkurrenceretlige beskyttelse varierer meget fra land til land. I Danmark er den almindelige retlige norm for konkurrenceretlig beskyttelse indeholdt i markedsføringslovens § 1.

8.3. Brugens karakter

En systematisering af forskellige typer merchandising må endvidere foretages under hensyn til de former for brug der gøres af immaterielle goder i forbindelse med merchandising. Brugens karakter synes at kunne systematiseres i henhold til *tre dimensioner*.

For det første kan anvendelsen af et immaterielt gode ved merchandising omfatte godet som *helhed eller blot omfatte en eller flere af godets enkelte*

²⁸⁾ Jf. Oliver R. Goodenough: "The Price of Fame: The Development of the Right of Publicity in the United States - Part I", [1992] 2 EIPR, s. 55-66. Se også Catherine L. Buchanan: "The Need for a Right of Publicity", [1988] 8 EIPR, s. 227-228.

²⁹⁾ En identisk bestemmelse er indeholdt i det Internationale Handelskammers kodeks for reklamepraksis art. 8. Se også Forbrugerombudsmandens retningslinjer for anvendelse af portrætbilleder eller andre personlige kendetegn i markedsføringen fra 1987 med kommentarer af juli 1997.

der. Anvendelsen af et immaterielt gode i sin helhed vil f.eks. være tilfældet hvor et maleri i sin helhed påføres et tekus. Såfremt det immaterielle gode er retligt beskyttet, er det åbenbart at der er tale om en handling der kræver rettighedshaverens samtykke. Et eksempel på merchandising hvor der blot anvendes enkeltheder fra det immaterielle gode, er den ovennævnte situation hvor der markedsføres en oppustelig plasticfigur af den skrigende person fra Edward Munchs maleri "Skriget". Andre eksempler også i forbindelse med billed-merchandising er billeder som anvendes til merchandising hvor dele af billedet klippes ud, eventuelt kombineret med at nye personer e.a. indsættes i det oprindelige billede. For så vidt angår personligheds- og image-merchandising, og i et vis omfang også figur-merchandising vil der i de fleste tilfælde være tale om anvendelse af en eller flere enkeltheder ved det immaterielle gode (f.eks. billede eller navn) - i den forstand at formentlig ingen af de udbredte medier er i stand til at repræsentere samtlige af personens, karakterens eller figurens kendetegn på samme tid. I den danske "Cirkus Buster"-sag var det således *et fotografi* af den i 60'erne populære klovnfigur fremstillet af Buster Larsen som blev anvendt som forsatsbillede til tv-apparater der bl.a. blev udbudt i annoncer og brochurer. Klovnfiguren var primært blevet kendt gennem tv-udsendelser.

For det andet kan merchandising indebære enten en *identisk gengivelse af det immaterielle gode eller blot en mere eller mindre præcis efterligning*. Forholdet kan illustreres af de forskellige amerikanske sager om den kommercielle anvendelse af look-alikes og sound-alikes. Firmaet Christian Dior havde i en reklame for firmaets produkter anvendt et til formålet fremstillet fotografi af et bryllupsselskab hvori deltog en person der havde en slående lighed med Jacqueline Kennedy Onassis. Den naturlige lighed mellem den pågældende person og Jacqueline Kennedy Onassis var forøget ved hjælp af påklædning og makeup³⁰⁾. En lignende efterfølgende sag³¹⁾ vedrørte en reklame for en videofilmudlejningsvirksomhed som viste en tilfreds kunde og indehaver af virksomhedens "V.I.P. Card"; den portrætterede kunde havde i udpræget grad samme karaktertræk som filminstruktøren og skuespilleren Woody Allen³²⁾. Brugen af en sound-alike blev anvendt i en reklame for Ford-biler³³⁾. Sangeren og skuespilleren Bette Midler havde afslået at medvirke i en

³⁰⁾ "Onassis v. Christian Dior", 122 Misc.2d 603, 472 NYS.2d 254 (S.Ct.NY Co. 1984).

³¹⁾ "Allan v. National Video, Inc.", 610 F.Supp. 612 (D.C.N.Y. 1985).

³²⁾ Brugen af look-alikes uden samtykke fra den efterlignede person blev i begge sager kendt retsstridig.

³³⁾ "Midler v. Ford Motor Co.", 849 F.2d 460 (9th Cir. 1988).

reklame for Ford-biler hvor hun var tiltænkt at skulle synge sangen "Do you want to dance" som var blevet meget kendt i Bette Midlers udførelse. I stedet accepterede en anden sangerinde som tidligere havde været baggrundssanger for Bette Midler, at fremføre sangen til brug for reklamen - med instruktion om i videst mulige omfang at lyde som Bette Midler³⁴⁾. Andre tilfælde hvor man vælger at bruge en mere eller mindre præcis efterligning i stedet for en identisk gengivelse, forekommer når man i stedet for et fotografi anvender en tegning eventuelt en karikaturtegning. Den ovenfor nævnte danske Sigvaldi-sag vedrørte således et ugeblad der havde fremstillet en tegning af personen Sigvaldi som kunne udklippes af bladet og anvendes som påklædningsdukke.

For det tredje kan det immaterielle gode i merchandising enten anvendes i *reklamesammenhæng eller som en integreret del af et selvstændigt produkt.*

9. Konklusion

Betydningen af beskyttelsesform og brugens karakter åbenbares i potentielle krænkelsestilfælde. De egentlige immaterialrettigheder - i denne sammenhæng varemærkerettigheder³⁵⁾ og ophavsrettigheder - er forholdsvis *klart definerede rettigheder* sammenlignet med de øvrige typer rettigheder til beskyttelse af merchandisingaktiviteter i den forstand at der ikke er den helt store tvivl om hvilke immaterielle goder der er genstand for beskyttelsen. Til gengæld er fastlæggelsen af hvad der skal til for at der foreligger immaterialretskrænkelser, i mange tilfælde dårligt egnet til beskyttelse af merchandisingaktiviteter. Krænkelser af en varemærket forudsætter således almindeligvis et forvekslingsmoment. Ophavsretskrænkelser foreligger hvis man ved sammenligning af to frembringelser bibringes en vis identitetsoplevelse³⁶⁾, og det kan sædvanligvis ikke siges at være tilfældet hvis den pågældende form for merchandising blot indebærer en henvisning til det ophavsretsbeskyttede værk - f.eks. ved gengivelse af en af værkets enkeltheder, det være sig dele en tegneseriefigurs beklædning eller en ansigtsmaske, eller ved en gengivelse af det bagved liggende koncept. En henvisning til et immaterielt gode uden faste identifikationspunkter vil næppe udgøre en immaterialretskrænkelser. Den danske varemærkelovs § 4, stk. 1, nr. 2, kan dog give anledning til at modificere dette synspunkt idet varemærkeretten efter denne bestemmelse

³⁴⁾ Denne brug af en sound-alike blev kendt retsstridig ved den californiske domstol.

³⁵⁾ Hertil må også henregnes rettigheder til beskyttelse af virksomhedsnavne.

³⁶⁾ Jf. *Mogens Koktvedgaard*: "Lærebog i immaterialret", 4. udg., København 1996, s. 132 f.

beskytter mod andres brug af lignende tegn for varer og tjenesteydelser af samme eller lignende art såfremt det antages at der er *en forbindelse* med varemærket. Den mere skønsbetonede og konkret begrundede beskyttelse efter markedsføringsloven og almindelige retsprincipper synes i højere grad at bibringe den fleksibilitet der er nødvendig til en effektiv beskyttelse af merchandisingaktiviteter.

Brugens karakter er det afgørende element i eventuelle krænkelssituationer. Med henvisning til de ovenfor anførte tre dimensioner i brugens karakter, må det gælde for så vidt angår de to første dimensioner at jo flere enkeltheder fra et beskyttet gode og jo mere præcis en efterligning der anvendes til merchandising, jo større sandsynlighed for at der er tale om en retligt beskyttet merchandisingaktivitet. For så vidt angår den sidste dimension kan man overveje om der ydes en stærkere beskyttelse af et immaterielt gode når det anvendes i en reklamesammenhæng, sammenlignet med når det anvendes som en integreret del af et selvstændigt produkt. Den der føler sig krænket af en bestemt merchandisingaktivitet, lader umiddelbart til at være på mere sikker grund når det drejer sig om en reklamesituation - i hvert fald er der forskellige steder i markedsføringsretten taget eksplicit stilling til denne situation. Hvis det er rigtigt, skyldes det ikke nødvendigvis at retsordenen anser denne form for merchandising for mere indgribende og beskyttelsesværdig, men årsagen er måske blot at det historisk har været en mere udbredt praksis. Dertil kommer at i reklamesammenhæng har potentielle krænkere let spil eftersom anvendelsen af f.eks. billedet af en kendt person i en reklame kan iværksættes i løbet af kort tid uden de store omkostninger - og krænkelsen er i praksis vanskelig at sanktionere effektivt. Begge forhold taler for et mere effektivt retsværn.

Merchandising har mange faglige berøringspunkter, og det gør det vanskeligt at foretage en samlet systematisk behandling af de relevante juridiske problemstillinger. Der er næppe behov for særlige regler specifikt rettet mod merchandising; men derimod er der behov for en anerkendelse af merchandisingfænomenet, og navnlig en anerkendelse af den kommercielle værdi der er forbundet med disse aktiviteter. Det heraf følgende beskyttelsesbehov kan givetvis tilgodeses ved en fortolkning af eksisterende regler på basis af en mere nuanceret forståelse af merchandising³⁷⁾.

³⁷⁾ Se også *Ruijsenaars* op. cit. (note 17), s. 331.

Direkte krav

Mangelskrav mod sælgers sælger eller sælgers andre medkontrahenter

af
Bernhard Gomard

1. Mangelskrav fra led til led i en omsætningskæde (regres)

Den, der som sælger har måttet udrede et beløb til sin køber som erstatning, forholdsmæssigt afslag eller tilbagebetaling af købesummen efter ophævelse, fordi salgsgenstanden (fast ejendom eller løsøre) led af en mangel, kan kræve dette beløb eller en del af beløbet godtgjort af sin sælger af ejendommen eller tingen eller af den entreprenør, der har opført huset, dersom salgsgenstanden også ved hans køb var mangelfuld. Sælgeren kan højst kræve det beløb, som han kunne have afkrævet sin sælger, hvis sælgeren havde opdaget manglen i sin ejertid og rejst krav mod den, af hvem han havde købt ejendommen, hvis sælgeren kun har krav på forholdsmæssigt afslag. Er derimod den oprindelige sælger erstatningsansvarlig for manglen, kan erstatningen omfatte alt påregneligt tab som følge af, at den mangelfulde ejendom er blevet videresolgt, uden at manglen er blevet opdaget.

Regres for den, der har måttet betale et beløb til sin køber, mod den af hvem han har købt ejendommen, forudsætter, at ejendommen også i den tidligere handel må anses for mangelfuld. Såfremt den oprindelige sælger i denne handel gyldigt har fraskrevet sig ansvar for mangler, har opfyldt sin oplysningspligt, ikke har afgivet nogen garanti, eller køberen i denne handel ad andre veje, f.eks. ved sin egen undersøgelse af ejendommen, var blevet bekendt med fejlen før købet, sml. KBL § 47, har han intet krav mod sin sælger, jfr. UFR 1984.1093 H. Sælgeren har i så fald ikke grundlag for regres mod sine, men må bære byrden ved at fyldestgøre sin købers krav alene.

Krav som følge af mangler er udsat for bortfald på grund af manglende reklamation og forældelse, og også sælgerens regres mod sin medkontrahent, den oprindelige sælger, er undergivet disse almindelige regler om ophør af misligholdelseskra. Krav i anledning af skjulte mangler bevares dog i almindelighed, hvis kravet gøres gældende inden en rimelig tid efter, at manglen kunne og burde være opdaget. Krav, der fremsættes tilbage led for led i

sælgerrækken kan i almindelighed kumuleres således, at kravene gøres gældende i én retssag, idet den sagsøgte sælger adciterer sin sælger eller entreprenør, jfr. Retsplejelovens § 250, stk. 2, og f.eks. UfR 1984.267 V.

2. Direkte krav mod sælgerens medkontraahenter (såkaldt "springende regres")

En kontrakt skaber normalt kun ret og pligt for kontraahenterne, men denne grundsætning er ikke uden undtagelser.¹⁾ En køber (her kaldet C) kan have en interesse i at kunne rejse et direkte krav mod et tidligere led i omsætningskæden (A), hvis det er vanskeligt eller umuligt f.eks. på grund af manglende betalingsevne at gennemføre et krav mod hans medkontraahent (B) være sig sælger eller entreprenør. Køberen C har også en interesse i et direkte krav mod A, hvis B (hans medkontraahenten) ikke er ansvarlig eller dog kun er ansvarlig for et mindre beløb, idet A var ansvarlig for manglen, mens B er i god tro, og C derfor ikke kan kræve erstatning af B, og intet krav eller måske kun et noget mindre krav har mod B på et andet grundlag, idet C af B kan kræve et forholdsmæssigt afslag i den aftalte købesum, fordi fejlen ved ejendommen virkelig er af betydning for dennes værdi eller brugbarhed. Køberen C kan givetvis gennemføre et krav om forholdsmæssigt afslag over for B, hvis de almindelige betingelser herfor er opfyldt, ligesom B kan gøre krav gældende mod A, såfremt ejendommen også ved B's køb var mangelfuld og betingelserne i øvrigt for at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende er opfyldt.

Såfremt det fastholdtes, at der kun kan gøres krav gældende på grund af misligholdelse mellem kontraktparter, ville videreoverdragelser af mangelfulde genstande og ydelser få virkninger, der både er utilsigtede og urimelige: den oprindelige overdrager ville være frigjort for ansvar, og en senere erhverver (C) måtte selv bære sit tab, medmindre det er praktisk muligt at gennemføre krav led for led tilbage i omsætningskæden fra C til A. Dette ville være særlig urimeligt, hvor A er ansvarlig for skade, som han har tilføjet C, men som ikke har ramt B. En regres led for led kan være gennemførlig og kan undertiden

¹⁾ En grundsætning om, at en kontrakt normalt kun skaber ret og pligt for parterne (kontraahenterne), er almindelig også i fremmed ret, bl.a. som *privity of contract* i England og *relativité des contrats* i Frankrig, jfr. *Gomard*: Introduktion s. 78 ff og *Hellner*: Specieil avtalsrätt II, Kontraktsrätt, 2. häftet s. 124 ff. Grundsætningen er ikke undtagelsesfri. Som undtagelser kan nævnes trediemandsløfter, reglerne i FAL §§ 95 og 96, hvorefter skadelidte indtræder i sikredes ret mod selskabet, når erstatningspligten og erstatningens størrelse er fastslået. Skadevolders (sikredes) kreditorer kan ikke tilegne sig kravet. Reglen i Sølvens § 286 giver låningsejeren et direkte krav mod den, der har udført transporten, også i tilfælde hvor denne er en undertransportør, jfr. *Vestergaard Pedersen* i UfR 1997B.320.

processuelt lettes ved en kumulation af de flere søgsmål (addition), men denne fremgangsmåde møder vanskelighed, hvor mellemled (B) er død, forsvundet eller konkurs, og A's krav ville ikke kunne overstige hans krav mod B, selv om det er A og ikke B, som har lidt tab. Ingen lovregel tvinger til at acceptere disse urimelige resultater,²⁾ og det har derfor ligget nær som også sket i retspraksis at åbne adgang under visse betingelser for direkte krav mod en tidligere sælger eller anden tidligere kontraktpart, jfr. f.eks. UfR 1995.484 H.

Købere af fast ejendom har jævnlig fremsat direkte krav på grund af mangler mod sælgers sælger eller mod entreprenører. De materielle regler om adgangen til at gennemføre direkte krav mod tidligere led i omsætningskæden er formentlig fælles for salg af fast ejendom og af løsøre, for entreprise og måske også for andre kontraktforhold, f.eks. leasingtager over for sælgeren af leasinggenstandene, sml. UfR 1984.1032 Ø,³⁾ lejer over for udlejerens entreprenør og køber over for sælgers skibsværft eller værftets leverandører. En sådan udvidelse af det direkte krav til andre områder end mangler ved salg af fast ejendom og løsøre (pantebreve) synes dog ikke at have været forelagt domstolene.⁴⁾ Der foreligger derimod en del domme vedrørende fast ejendom.

3. Direkte erstatningskrav

Køberen af en fast ejendom kan gennemføre et direkte krav mod en tidligere sælger eller entreprenør, hvis denne f.eks. ved at fortie kendte mangler har udvist et uforsvarligt forhold, jfr. UfR 1973.413 H, og derved forvoldt sin medkontrahent eller en anden senere ejer af ejendommen tab. Ansvar over for et senere led i omsætningskæden forudsætter, ligesom krav uden for kontraktforhold i øvrigt, at sælgeren eller entreprenøren burde have indset at hans

²⁾ Bestemmelsen i Kommissionslovens § 56, hvorefter trediemand kun erhverver fordringsret mod kommissionæren og ikke mod kommittenten (stk. 1), og trediemand ikke kan støtte nogen ret over for en kommissionær eller dennes konkursbo på, at kommissionæren har krav mod kommittenten på gods eller penge til opfyldelse af aftalen med trediemanden (stk. 2), udelukker ikke direkte krav mod tidligere led i en omsætningskæde i anledning af misligholdelse uden for kommissionsforhold. Konkursboet mister ingen anden fordel ved et direkte krav, end at boet bliver holdt uden for et misligholdelsesopgør, som det ikke er selvstændig part i, sml. om § 56, *Ussing: Aftaler* s. 354 f, og den udførlige diskussion i SOU 1988.63 s. 139 ff. I Norge anses KMSL § 56 for at være overhalet af regler i lovgivningen om adgang til at rejse direkte krav mod tidligere sælgere, jfr. *Krüger Norsk Kjøpsrett* s. 354 f.

³⁾ Afvisende over for direkte krav for leasingtager er *Poul Gade: Finansiell leasing* s. 88 f.

⁴⁾ Sml. om svensk rett *Hellner: Speciel avtalsrätt II, Kontraktsrätt* s. 124 ff.

handlemåde var i strid med god forretningsbrug eller faglig praksis, og at hans uforsigtighed sandsynligvis vil påføre køberen eller den senere ejer af ejendommen, i hvis ejertid manglen opdages, et tab. I UfR 1973.413 H fandtes en køber af en byggegrund at kunne kræve erstatning direkte af sin sælgers sælger, fordi denne før salget af grunden til sin køber havde vidst, men ikke oplyst at bebyggelse af grunden forudsatte pilotering. Dette culpaansvar for sælgerens sælger var ikke faldet bort, fordi den umiddelbare sælger havde været i god tro, og derfor ikke var ansvarlig. Der gælder samme regel i løsørekøb og i entrepriserforhold. Fortielse af væsentlige oplysninger påførte således i UfR 1987.279 H sælgeren af et pantebrev ansvar over for en senere erhverver, den nuværende ejer af pantebrevet, og i UfR 1995.484 H havde en rådgivende ingeniør begået "en klar professionel fejl" ved vurdering og bekæmpelse af et svampeangreb.⁵⁾ En senere køber af ejendommen kunne kræve sine udgifter til udbedring af ejendommen erstattet af ingeniøren, uanset at køberen af sin sælger, der var i god tro, kun ville have kunnet kræve et forholdsmæssigt afslag.

Et direkte krav for køber mod et tidligere led i kæden af kontrakter om erstatning af det tab, manglen har forårsaget, forudsætter, at den tidligere sælger, entreprenør eller anden medkontrahent ikke blot er ansvarlig for manglen efter almindelige kontraktretlige regler, men er ansvarlig efter en almindelig vurdering af forsvarligheden af hans handlemåde efter culpareglen. Svaret over for den senere erhverver forudsætter, at der føres bevis for culpa. Bevisbyrden hviler på den senere erhverver, ikke på den tidligere muligt ansvarlige medkontrahent. Den ansvarlige kan ikke modregne krav på sin medkontrahent i dette krav. Reglen om ansvar for en sælger m.m. direkte over for senere erhververe efter den almindelige erstatningsregel uden for kontraktforhold er undertiden blevet kaldt ansvar for retsbrud for at understrege, at det ikke er alt kontraktansvar, men kun adfærd som efter en almen vurdering er uforsvarlig, der medfører ansvar også over for andre end medkontrahenten, bl.a. overfor senere erhververe af kontraktgenstanden.⁶⁾

⁵⁾ Se også UfR 1983.139 H og KFE 1983.274 samt *Vagner*: Entrepriseret s. 200 ff.

⁶⁾ Krav mod den, der er ansvarlig efter den almindelig erstatningsregel, er ikke som de i nr. 5.3.6.5. omtalte direkte krav størrelsesmæssigt begrænset af den nuværende ejers krav mod sin sælger.

Aftalte begrænsninger af misligholdelsesfølger, f.eks. begrænsning til direkte tab eller forkortelse af forældelsesfristen til 5 år kan i almindelighed ikke gøres gældende over for tredjemand og i øvrigt ikke af den, der har handlet svingagtigt eller groft uagtsomt. Disse særegenheder gør det naturligt at betegne kravet som et deliktskrav. Skeptisk over for brug af deliktsregler på senere erhververs direkte krav er *Adamsen* i UfR 1996B.124 f.

Sml. *A. Vinding Kruse*: Ejendomsret s. 309 ff. *Rosenmeier*: Mangler ved fast ejendom s. 189 ff fremhæver betydningen for forsvarlighedsvurderingen og dermed for ansvaret af,

4. Direkte krav på kontraktretligt grundlag

En sælger af fast ejendom, både en privat ejer og hidtidig beboer, og den der har opført ejendommen med henblik på salg, er i almindelighed ansvarlig for mangler ved ejendommen over for sin køber, hvis sælgeren har udvist culpa eller givet en garanti. Den kontraktretlige culparegel stiller strengere krav til sælgere og entreprenører både i henseende til adfærd og til bevis for at have udvist uforsvarlig adfærd end deliktsreglen (den almindelige erstatningsregel), som er omtalt i nr. 3. Lider ejendommen af en betydelig værdiforringende fejl, har køberen krav på et forholdsmæssigt afslag i købesummen, selv om sælgeren ikke er ansvarlig for manglen, jfr. UfR 1990.438 H,⁷⁾ medmindre fejlene ved ejendommen kunne og burde have været konstateret af køberen, jfr. grund-sætningen i KBL § 47. UfR 1994.79 H lagde herved vægt på, at køberen erhvervsmæssigt handlede med ejendomme og derfor havde særlig grund til og mulighed for at vurdere ejendommens kvalitet og også mulighed for at bære en vis risiko for fejl ved ejendomme.

Såfremt den oprindelige køber har videresolgt ejendommen uden at have rejst krav mod sin sælger på grund af mangler kan den nye køber, såfremt ejendommen ved hans køb led af de samme mangler, vælge mellem at rejse krav mod sin sælger på grund af mangler eller i stedet eller tillige at rejse et direkte krav mod sælgerens sælger. Den sidste købers krav mod den oprindelige sælger er begrænset både af det krav, den oprindelige køber kunne have rettet mod den oprindelige sælger og af det krav, den sidste køber kan rette mod sin sælger. Den sidste købers direkte krav mod den oprindelige sælger kan være mindre end hans krav mod sin sælger, men ved at rejse et direkte krav mod den oprindelige sælger opnår den sidste køber uafhængighed af sin sælgers vilje og evne til at opfylde sin forpligtelse over for køberen. Den sidste købers direkte krav mod den tidligere sælger kan kun overstige det krav, den sidste køber kunne have gjort gældende mod sin sælger, hvis den tidligere sælger, som omtalt ovenfor i nr. 5.3.6.3., er erstatningsansvarlig efter den almindelige erstatningsregel. Den oprindelige sælger eller entreprenør kan, selv om han ikke har pådraget sig ansvar efter den almindelige erstatningsregel

om sælgeren er professionel developer, bygmester, ejendomshandler eller en privatmand der sælger sin bolig eller sommerhus. Bygherren, der opfører huse til en hovedentreprenør, er ansvarlig for fejl ved bygningen begået af en underentreprenør eller leverandør.

⁷⁾ Jfr. om købere af ejerlejlighed og om ejerforeningen som sagsøgere UfR 1991.677 H og *Blok: Ejerlejligheder* s. 127 ff.

uden for kontraktforhold have været ansvarlig over for sin kontrahent efter den erstatningsregel, der gælder for kontrakten, eller have været pligtig til at indrømme sin køber (medkontrahent) et forholdsmæssigt afslag eller at afhjælpe manglen, jfr. bl.a. KBL §§ 42 og 43 samt AB 92 §§ 30-34.

Det sker, at "mellemeleddet" i omsætningskæden giver det sidste led transport på sit krav mod sin medkontrahent. Fordringer er som hovedregel frit overdragelige, og også krav om erstatning eller prisafslag som følge af misligholdelse kan overdrages af den, der har rådighed over et sådant krav. Et direkte krav på kontraktretligt grundlag forudsætter, at de kontrahenter, der står som leverandører, har misligholdt deres kontrakt ved at udføre mangelfuldt arbejde eller videresælge mangelfulde ting, og at manglen i de flere led er den samme. Har den første køber opdaget manglen og videresolgt salgsgenstanden (ejendommen) med oplysning om defekten, har den senere køber intet krav, da salgsgenstanden ikke er mangelfuld efter hans kontrakt, mens den første køber kan rejse krav mod sin sælger. Er derimod manglen også en mangel ved videresalget, som det ofte vil være tilfældet ved skjulte mangler, kan den sidste køber rejse et direkte krav mod sin sælgers leverandør.

En transport af mellemeleddets krav mod leverandøren er ikke en nødvendig betingelse for at rejse et direkte krav. De aftaler om en "transport", der undertiden indgår i en sådan situation, har i almindelighed til formål, at mellemeleddet vil sikre sig mod at blive medindstævnt og holdt solidarisk ansvarlig sammen med sin leverandør (den tidligere sælger) for manglerne. Den, der har videresolgt (mellemeleddet), kan imidlertid have en interesse i at undgå, at hans leverandør bliver indblandet i et opgør med sin kunde, og praktiske administrative grunde taler for, at den umiddelbare sælger (mellemeleddet) så vidt muligt gøres bekendt med, at kunden agter at rejse et direkte krav mod hans leverandør. Mellemeleddet kan imidlertid formentlig kun hindre kunden i at rejse og gennemføre krav mod leverandøren, hvis betingelserne for gennemførelse af et sådant krav i øvrigt er opfyldt, ved selv at opfylde kundens krav og eventuelt derefter holde sig skadesløs ved at gøre regres mod sin leverandør.⁸⁾

Sælger og sælgers sælger hæfter solidarisk over for den nuværende ejer, i det omfang deres forpligtelser over for deres respektive købere efter almindelige regler om mangler overlapper hinanden, jfr. UfR 1958.484 H, 1983.139 H og 1984.267 V. De citerede domme, der er afsagt i kumulerede sager, anerkender, at den nuværende ejer har et direkte krav mod den tidligere sælger (entre-

⁸⁾ Det er derfor ikke ganske træffende, når direkte krav, der ikke hviler på "et retsbrudssynspunkt" hviler på et "cessionssynspunkt". Spørgsmålet om betydningen af en transport af misligholdelseskrav i tilfælde, hvor der består et direkte krav er omtalt bl.a. af *Nørgaard* i Festskrift til Børge Dahl s. 198 f og i Norge af *Jervell* i TfR 1994.909 f. En transport af et krav for B til C kan derimod selvsagt være virksom også selvom C ikke har noget direkte krav mod A.

prenør m.m.), idet de pålægger sælger og sælgers sælger (eller entreprenør) solidarisk hæftelse og giver sælger regres mod sin sælger. Denne regres er en regres fra led til led.

5. Direkte krav på grundlag af garanti

En garanti må formentlig opfattes som personlig, medmindre omstændighederne giver en senere køber særlig grund til at anse sig for beskyttet af garantien, uanset at garantiløftet ikke er rettet direkte til ham. Åbnes der for et direkte krav i særlige tilfælde støttet på en garanti i tidligere led, må der findes en rimelig begrænsning af garantien ved fortolkning af dennes indhold og varighed samt af den berettigede personkreds. I varehandlen vil det efter omstændighederne være naturligt at opfatte producentens garanti som rettet - især - til forhandlerens kunder, men ved handel med fast ejendom må en garanti i almindelighed forstås som et løfte til køberen personligt og ikke til køberens køber, jfr. UfR 1952.44 H. En klausul i et skøde om, at ejendommen overdrages med alle rettigheder og pligter til køberen eller lign. er ikke en gentagelse af garantier modtagne fra sælgerens sælger. Den nuværende ejer har kun mulighed for at få erstatning eller prisafslag, hvis sælgerens sælger har handlet culpøst ved at forsømme at give oplysninger, eller ejendommen lider af fundamentale fejl, således at køberen også på objektivt grundlag har krav på prisafslag.⁹⁾

6. Reglerne i dansk og nordisk lovgivning om direkte krav

6.1. Direkte krav er ulovbestemt i Danmark

Hvor ordningen med tilstandsrapport og ejerskifteforsikring efter Lov om forbrugerbeskyttelse ved erhvervelse af fast ejendom nr. 391 af 14. juni 1995 er benyttet, har køberen i almindelighed ikke mangelskrav mod sælgeren. Denne ordning tilsigter imidlertid ikke også at fritage en tidligere sælger for ansvar, og det er derfor i § 2, stk. 5 bestemt, at køberen uden aftale herom

⁹⁾ Dommen fra 1952 efterlader nogle åbne spørgsmål: Ville en køber kunne transportere sin sælgers garantier til sine købere og i bekræftende fald gøre dette uden at gøre sig medansvarlig? Ville parterne i den sidste handel kunne lade denne gå tilbage, lade sælgeren i handelen indtale sine garantier for derefter at sætte ejendommen til salg på ny? Resultatet i dommen ville, om det fastholdes, i alle tilfælde kunne virke urimeligt bl.a. ved leverandørgarantier, sml. UfR 1982.915 Ø der forudsætter, at en forhandler uden videre kan lade en materialegaranti »følge med« til den sluttelige køber. Dommen fra 1952 stemmer, om dens resultat fastholdes som en undtagelsesfri regel, ikke overens med tanken bag springende regres, at sælgers eventuelle krav mod sin sælger kan være et naturligt tilbehør, der følger ejendommen. Sml. om dommen A. *Vinding Kruse: Ejendomskøb* s. 261 ff.

indtræder i krav, som sælgeren ville have kunnet gøre gældende mod tidligere sælgere eller entreprenører i anledning af manglerne. Kravet mod tidligere sælgere forudsætter, at de almindelige betingelser for at rette direkte krav mod sin sælgers medkontrahenter er opfyldt.¹⁰⁾

AB 92 § 5, stk. 5 giver bygherren ret til at gøre krav vedrørende mangler gældende over for entreprenørens underentreprenører og leverandører, hvis kravet vedrørende disse mangler ikke eller kun med stor vanskelighed kan gennemføres mod entreprenøren. AB 92 pålægger entreprenøren at indhente erklæringer fra sine underentreprenører og leverandører om, at de er indforstået med, at der kan gøres direkte krav gældende mod dem efter reglen i § 5, stk. 5, jfr. § 10, stk. 4.

Ændringsloven nr. 147 af 4. april 1979 til KBL om forbruger køb indeholder om forholdet mellem forbrugerkøberen og sælgerens leverandør kun en regel om reklamation. Køberen kan i forbruger køb reklamere over mangler enten til sælgeren eller til en producent eller anden erhvervsdrivende, der har påtaget sig at afhjælpe eventuelle mangler ved salgsgenstanden, jfr. KBL §§ 84 og 85.¹¹⁾ Om produktansvar er det i Produktansvarlovens § 10 bestemt, at en mellemhandler hæfter for produktansvar umiddelbart over for skadelidte og senere mellemhandlere i omsætningskæden. Skadelidte kan afkræve enhver af de ansvarlige erstatningen. En mellemhandler, der har betalt erstatning til skadelidte, indtræder i skadelidtes krav mod tidligere led i produktions- og omsætningskæden, jfr. Produktansvarslovens § 11, stk. 3. Reglerne i Produktansvarsloven gælder imidlertid ikke om mangelsansvaret og kan ikke anvendes analogt på dette ansvar.

6.2. I de andre nordiske lande er der givet særlige regler om direkte krav mod tidligere salgsled i *løsørekøb*, i Norge Kjøpsloven § 84 der gælder om alt køb af løsøre, og i Sverige 46 § Konsumentköplagen der kun gælder krav fra forbruger mod næringsdrivende. Ved køb af *fast ejendom* kan køberen efter svensk ret rette krav mod sælgerens sælger på grund af retsmangler, såfremt sælgeren ikke selv kan tilbagebetale købesummen og betale erstatning. Den norske Lov om avhending af fast eigedom indeholder i § 4-16 en generel regel,

¹⁰⁾ Sml. FT 1994/95, tillæg A, sp. 3015 og *Hjortnæs'* Kommentar til loven s. 65 f.

¹¹⁾ KBL har ikke taget stilling til, om køberen efter omstændighederne kan gennemføre et direkte krav mod et tidligere salgsled, med bestemmelsen i § 76, stk. 1, nr. 2, hvorefter salgsgenstanden i forbruger køb er mangelfuld, såfremt et tidligere salgsled (producent, importør, grossist) har givet urigtige eller vildledende oplysninger, der kan antages at have haft betydning for køberens bedømmelse af genstanden på varens indpakning, i annoncer eller i andre meddelelser, der er beregnet til at komme til almenhedens eller køberens kundskab, jfr. Forbruger købsbetænkningen nr. 845/1978 s. 49 f.

hvorefter køberen kan gøre krav på grund af mangel gældende mod tidligere sælger eller anden tidligere aftalepart i samme grad som krav på grund af manglen kan gøres gældende af sælgeren.¹²⁾

¹²⁾ De nordiske bestemmelser er omtalt for Norge af *Krüger*: Norsk Kjøpsret s. 354 ff og *Jervell* i TfR 1994.919 ff og for Sverige af *Hellner & Ramberg*: Köprätt s. 289 f og *Ramberg*: Konsumentkyddslagstiftningen s. 26 f.

Anvendelse af selskabsrettens erstatningsregler i koncernforhold

af
Søren Friis Hansen

1. Baggrunden for undersøgelsen

Koncernretten et område inden for selskabsretten, som i de seneste år har tiltrukket sig stor opmærksomhed i dansk retsvidenskab.¹⁾ Også på skandinavisk plan har koncernretten været i fokus. Spørgsmålet om kodifikation af koncernretten var til debat på det 34. nordiske juristmøde i Stockholm i august 1996.²⁾ I Norge er der som et led i reformen af aktieselskabsloven blevet stillet forslag om, at alle transaktioner mellem selskaber inden for samme koncern skal ske på markedsvilkår.³⁾ Den store interesse for koncernretten har hidtil ikke afspejlet sig i retspraksis. Antallet af koncernretlige afgørelser ved de danske domstole har hidtil været sparsomt, men det synes som en ændring er på vej. I det forløbne år har Højesteret afsagt flere afgørelser, der har berørt forskellige aspekter af koncernretten. Den mest kendte er uden tvivl Satair-dommen, som allerede er blevet indgående behandlet flere steder i litteraturen.⁴⁾

En anden er den komplicerede SEAS-dom (Højesterets dom af 21. august 1997), som vedrører omdannelsen af SEAS AS til et andelsselskab. Et af

¹⁾ I denne periode er udkommet 4 bøger, hvis hovedtema er koncernretten: Paul Krüger Andersen; Studier i dansk koncernret (1997), Søren Friis Hansen, Europæisk koncernret (1996), Bernhard Gomard, Samarbejde og ansvar i koncerner og selskaber (1997), samt Erik Werlauff, Koncernretten (1996).

²⁾ Se nærmere Kirsti Rissanen og Jyrki Jauhiainen, Kodifiering av koncernrätten - reglerna om minoritetsdelägares och borgennäres ställning i dotterbolag, Förhandlingarna vid det 34:e Nordiska juristmötet (1996) s. 43 - 72, samt referatet af diskussionen s. 73 - 82.

³⁾ Se Ot prp nr 23 (1996/97), jvf. de to lovforslags § 3-9. Se nærmere om koncerninterne transaktioner eller "transfer Pricing", hos Gomard, Aktieselskaber og anpartsselskaber (3.udg. 1996), s. 77 og Werlauff, Koncernretten, s. 259 ff.

⁴⁾ Se Berning, TfS 1997, s. 848 ff, Gomard, R&R 1997, nr. 3, s. 9 ff og FS Lando (1997), s. 165 ff, Poul G Sørensen, Selskabstømning (1997), samt Werlauff, TfS 1997, s. 114 ff.

sagens mange stridspunkter var, hvorvidt der i forbindelse med en tvangsindløsning af minoritetsaktionærer i henhold til ASL § 20b var sket en krænkelse af minoritetens rettigheder. SEAS A/S havde i 1989 erhvervet egne aktier til kurs 850. SEAS A/S havde i løbet af 1989 eftergivet sit moderselskab (SEAS Holding ApS) et lån på 4,4 millioner kroner. Direktion og bestyrelse i de to selskaber var identiske. I 1991 blev der taget initiativ til en tvangsindløsning af de resterende minoritetsaktionærer i SEAS A/S til en kurs på 430. Den ledende dom vedrørende minoritetsbeskyttelse i dansk selskabsret stammer helt tilbage fra 1931. Dansk retspraksis i de senere år har været tilbageholdende med at statuere krænkelse af en minoritets rettigheder.⁵⁾ Det er derfor ud fra et selskabsretligt synspunkt beklageligt, at Højesteret ikke benyttede denne lejlighed til at tage stilling til spørgsmålet om minoritetsbeskyttelse i forbindelse med tvangsindløsningen. Retten valgte i stedet at lægge afgørende vægt på de hensyn, der ligger bag Elforsyningsloven. Dette ræsonnement medfører, at dommens præjudikatsværdi på selskabsrettens område er begrænset.

Den følgende undersøgelse vil koncentrere sig om afgørelsen UfR 1997.179H. Denne dom vedrører spørgsmålet om en direktørs erstatningsansvar for mangler ved en bygning opført af et datterselskab i en koncern, som vedkommende kontrollerede. I lyset af den store retsvidenskabelige interesse for koncernretten, er det nærliggende at se nærmere på afgørelsen og dens betydning for udviklingen af gældende dansk materiel koncernret. Materiel koncernret⁶⁾ er en betegnelse for de retsregler, der regulerer ledelseskompetence og ledelsesansvar i koncerner samt beskyttelse af koncernfremmede minoritetsselskabsdeltagere og kreditorer. I Tyskland gennemførtes i 1965 verdens første lovregulering af dele af den materielle koncernret. Kun ganske få lande har siden valgt samme løsningsmodel som Tyskland, og et EU-initiativ på området har ikke kunnet samle tilslutning.⁷⁾

Det overvejende flertal af verdens lande anvender fortsat den klassiske koncernret. De selskabsretlige problemer, som koncerndannelser medfører, løses her ved anvendelse af de almindelige selskabsretlige regler, der gælder

⁵⁾ Jvf. eksempelvis UfR 1985.183H, og Gomards kommentarer hertil i *Aktieselskaber og anpartsselskaber* (3.udg 1996), s. 255f.

⁶⁾ Se nærmere om begreberne materiel og klassisk koncernret hos Friis Hansen, *Juristen* 1997, s. 174.

⁷⁾ Det seneste udkast til det niende selskabsretlige direktiv er gengivet hos Prehn og Lau Hansen, *Regelsamling i europæisk selskabsret* (1994), s. 164 ff.

for ikke-koncernforbundne selskaber.⁸⁾ Højesteret afgjorde således netop UfR 1997.179H under anvendelse af de almindelige selskabsretlige erstatningsregler. Det er derfor interessant at undersøge, om det ville have gjort en forskel, såfremt den særlige tyske koncernret havde fundet anvendelse på forholdet.

I retsvidenskaben har et af de centrale koncernretlige spørgsmål været, hvorvidt den materielle koncernret bør lovreguleres.⁹⁾ Den foretagne analyse af Højesterets afgørelse i lyset af tysk koncernret vil afslutningsvis blive benyttet til at kaste nyt lys over dette vanskelige retspolitiske spørgsmål.

2. UfR 1997.179H

Denne dom er udeladt fra Ugeskriftet, hvorfor en præsentation af sagens faktum er nødvendig i denne sammenhæng.

B indgik i 1979 aftale med K ApS, hvis eneanpartshaver var K, om opførelse af en svinestald. I løbet af 1985 omstrukturerede K sin virksomhed. K erhvervede alle aktier i GS A/S, der blev indsat som moderselskab i forhold til K ApS. K var enedirektør i K ApS, og tillige direktør og bestyrelsesmedlem i moderselskabet, medens to familiemedlemmer besatte de to øvrige bestyrelsesposter i dette selskab.

I løbet af 1985 konstateredes alvorlige utætheder i tagkonstruktionen på den af K ApS opførte stald. I 1987 gennemførtes en sagkyndig besigtigelse af bygningen, og der blev konstateret råd i taget, som skyldtes fejl ved den oprindelige konstruktion.

⁸⁾ Jvf. for dansk ret Gomard, Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner, (1997), s. 57 og s. 89, og for svensk ret Rohde, Aktiebolagsrätt (17. uppl. 1995), s. 294f. Se tillige for norsk ret Aarbakke i Aakvaak m.fl, Noen sentrale emner innen norsk konsernrett (1994) s. 64f, der dog anfører, at der kræves nogle retslige tilpasninger for at bygge bro mellem de retlige formaliteter og de økonomiske realiteter. Aarbakke antager at der i retsanvendelsen må ske en: *"viss tillempling av de alminnelige selskabsrettslige regler og grunnsetninger. Mangelen på rettspraksis gjør det noe usikkert hvilke tillemplinger som er holdbara"*.

⁹⁾ For denne løsning Werlauff, Koncernretten (1996), s. 109, Selskabsret (3.udg. 1997, s. 692f, og Friis Hansen, Europæisk koncernret (1996), s. 404f. Imod en lovregulering er Gomard, Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner (1997), s. 82f, og i samme retning Krüger Andersen, Studier i dansk koncernret (1997), s. 713, der argumenterer for en kodifikation af dele af koncernretten, men som samtidigt fastholder, at en sådan kodifikation vil kunne gennemføres uden radikale ændringer af den gældende regulering.

I begyndelsen af 1988 gennemførte K endnu en omstrukturering af koncernen. Man stiftede selskabet KKT ApS som datterselskab af GS A/S. KKT ApS første regnskabsår dækkede perioden 1.3.88 - 31.12.88.

I november 1988 foretog B arrest hos K ApS vedrørende de konstaterede mangler. K ApS blev taget under konkursbehandling i marts 1989, og boet blev sluttet i medfør af Konkurslovens § 143. Under hensyntagen til selskabets økonomiske situation anlagde B i marts 1989 sag imod K personligt med påstand om, at K var ansvarlig for Bs tab efter den dagældende ApSL § 110 eller dansk rets almindelige erstatningsregler.¹⁰⁾

Under sagen kom det frem, at ledelsen for K ApS i selskabets årsberetning vedrørende regnskabsåret 1986/1987 havde konstateret, at der: *"foreligger en tilfredsstillende ordrebeholdning."* Der var blank revisionspåtegning på dette regnskab. Fra den 1.5.1988 var driftsaktiviteterne i K ApS blevet kraftigt reducerede. Eneste aktivitet var efter dette tidspunkt montageydelse, der blev udført for KKT ApS. I oktober kvartal 1988 oversteg lønudgifterne i K ApS selskabets nettoomsætning, og i december 1988 stoppede al aktivitet i selskabet. I årsberetningen for regnskabsåret 1988 konstaterede ledelsen, at: *"I perioden frem til medio 1988 bestod virksomhedens hovedaktivitet i salg og montage af landbrugs- og industrihaller. Herefter har en verserende retssag sat en stopper for yderligere aktiviteter"*.

I balancen for 1988 var selskabets aktivmasse faldet fra 1.200.000 kr. til 37.000 kr. Resultatet for 1988 var et underskud på 550.000 kr., hvilket udgjorde en væsentlig forringelse sammenlignet med et overskud på ca. 31.000 kr i det foregående år. Egenkapitalen udgjorde 360.000 kr. ved begyndelsen af 1988, men var ved årets udgang faldet til - 140.000 kr. I samme periode havde KKT ApS et overskud på 133.000 kr. Balan- ceposterne i KKT ApS' regnskab for 1988 svarede stort set til de tilsvarende poster i K ApS' regnskab for 1987. Koncernen gav som helhed et overskud på ca. 1,2 millioner kroner før skat for regnskabsåret 1988.

Til brug for behandlingen af K ApS' konkursbo ved skifteretten indhentedes en sagkyndig erklæring. Heri konkluderedes det, at: *"det i 1988 realiserede underskud i (K ApS) kan således i væsentlig omfang relateres til selskabets omsætning med (KKT ApS) og (GS A/S), og det kan derfor ikke udelukkes,*

¹⁰⁾ I ApSL 1996 er erstatningsreglerne udgået. Herefter finder dansk rets almindelige erstatningsregler anvendelse, jvf. hertil Gomard, Aktieselskaber og anpartsselskaber (3.udg. 1996), s. 412.

at der i 1988 enten er overført indtægter til (KKT ApS) og (GS A/S), som rettelig burde være indtægtsført i (K ApS), eller der er overført omkostninger (herunder lønudgifter) til (K ApS), som rettelig burde være betalt af (KKT ApS) eller (GS A/S)." På baggrund af en undersøgelse af koncernregnskaberne for 1988 og 1989 hed det bl.a., at: "det efter vor opfattelse er nærliggende at tro, at (K ApS) bevidst er blevet tømt for midler i tiden fra 1. januar 1988 til 1. marts 1989."

K ApS' revisor afviste konklusionerne i den sagkyndige erklæring. Han henviste bl.a. til, at 1988 havde været et dårligt år for branchen som helhed. Han fremførte desuden, at det allerede fra stiftelsen af KKT ApS havde været meningen, at dette selskab "med tiden" skulle overtage K ApS' aktiviteter, men de dårlige afsætningsforhold samt den verserende retssag havde gjort det nødvendigt at gennemføre overtagelsen hurtigere end forventet. Revisor afviste endelig, at der skulle have været tale om en bevidst tømning af K ApS' midler. K ApS havde i løbet af 1988 overdraget en række anlægsaktiver til KKT ApS. Revisor gjorde rede for, at K ApS havde modtaget ydelser fra KKT ApS svarende til de solgte anlægsaktivers værdi.

Ved Landsretten forklarede K, at K ApS var blevet lukket på grund af 3 verserende mangelssager og Bs arrest. Tabet af K ApS' egenkapital forklarede K med, at: *"det tog for lang tid at komme af med de faste omkostninger i selskabet, herunder løn til en ingeniør, en teknisk tegner, ham selv og hans hustru, der førte bogholderiet."* K ApS' revisor forklarede bl.a., at han ikke kunne udelukke, at: *"han har tilrådet, at (K) "skiftede selskaberne ud", for at undgå de risici, der netop findes i byggebranchen".*

B nedlagde påstand om, at K skulle dømmes som personlig erstatningsansvarlig for det opståede tab, jvf. den dagældende ApSL § 110. Som begrundelse for denne påstand gjorde B gældende, at K havde undladt at reagere på et opstået kapitaltab i K ApS, jvf. den dagældende ApSL § 85a,¹¹⁾ og at K som den daglige leder af selskaberne retsstridigt havde overført aktiverne og det meste af omsætningen fra K ApS til koncernens andre selskaber. K påstod frifindelse og henviste bl.a. til, at der ikke foreligger nogen forpligtelse til at fortsætte driften af et underskudsgivende selskab.

Vestre Landsret afsagde dom den 16. maj 1994. Retten anså det for bevist, at der forelå mangler ved det opførte byggeri, og at K ApS var ansvarlig for

¹¹⁾ Jvf. nu ApSL § 52.

disse. Retten konkluderede, at der ikke var grundlag for ansvar på grund af manglende reaktion i henhold til den dagældende ApSL § 85a,¹²⁾ og at det på baggrund af sagsøgtets revisors forklaring ikke fandtes bevist, *"at (K) har benyttet sin bestemmende indflydelse i selskaberne til at overdrage maskiner, materialer, varelager, goodwill eller andre aktiver fra (K ApS) til de andre selskaber uden vederlag eller til uberettiget nedskrevne værdier, ligesom det ikke kan anses for godtgjort at (K ApS) har faktureret entrepriseydelser til underpris, eller retsstridigt undladt at overføre personale fra selskabet til de øvrige selskaber med henblik på at lade selskabet bære omkostningerne for arbejde, der kom andre selskaber til gode."*¹³⁾ Herefter fandt landsretten ikke grundlag for at pålægge K erstatningsansvar.

Sagen blev anket til Højesteret, der traf afgørelse ved dom af 29. november 1996. Parterne gentog deres anbringender. Højesteret konkluderede, at: *"Som sagen foreligger oplyst, finder Højesteret ikke fuldt tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at (K) har benyttet sin bestemmende indflydelse til at tilrettelægge forbindelserne mellem (K ApS) og (KKT ApS) på en sådan måde, at han efter almindelige erstatningsregler kan gøres personlig ansvarlig for det tab, som (B) har lidt som følge af sit mellemværende med (K ApS)."* Dog fandt Højesteret det *"under de foreliggende omstændigheder rigtigst"*, at hver part bar sine egne sagsomkostninger for såvel landsretten som Højesteret.

3. Kommentarer til Højesterets bevisbedømmelse

Det er et grundprincip i dansk ret, at sagsøger bærer bevisbyrden for sine påstande, og dette gælder også ved anvendelsen af de selskabsretlige erstatningsregler.¹⁴⁾ Enhver sag må naturligvis afgøres af domstolene efter en konkret bevisbedømmelse. Det er imidlertid af betydning for den kreditor, der føler sine rettigheder krænket, hvilke generelle mindstekrav der efter retspraksis kan opstilles til sagsøgers bevis, for at denne kan forvente at opnå et gunstigt resultat ved en eventuel kommende retssag. Højesterets afgørelse

¹²⁾ Se hertil Gomard, i Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner (1997), s. 124f, der afviser, at anvende den nugældende ApSL § 52 som selvstændigt ansvarsgrundlag.

¹³⁾ Sammenlign hertil Aarbakke i Aakvaag m.fl., Noen sentrale emner innen norsk konsemrett (1994), s. 74, der stiller krav om, at: *"Utgifter må tilordnes det selskap som har hatt nytten av den ytelsen som utgiften er vederlag for"*.

¹⁴⁾ Jvf. Gomard, Aktieselskaber og anpartsselskaber (3.udg.1996), s. 419.

giver anledning til at overveje, hvilke beviskrav, der efter gældende ret stilles, for at en minoritet eller en kreditor, hvis krav vedrører et datterselskab i en koncern, kan få medhold i en påstand om erstatningsansvar imod ledelsen i det pågældende datterselskab eller koncernens ledelse.

Under domsforhandlingen forklarede sagsøgtes revisor, at nedgangen i K ApS' indtjening bl.a. skyldtes svigtende afsætning for branchen som helhed. Denne forklaring forekommer, når der tages hensyn til de under sagen fremkomne oplysninger, ikke overbevisende. Det må efter de fremlagte regnskabsoplysninger anses for bevist, at såvel det "gamle" ApS, imod hvilket sagsøgtes erstatningskrav var rettet, som det nystiftede ApS drev virksomhed inden for samme branche. De to selskabers samlede omsætning for 1988 svarede nogenlunde til det gamle selskabs omsætning for det foregående år, men ordretilgangen og dermed indtjeningen i det gamle selskab var faldet drastisk i løbet af 1988. Disse oplysninger kan udledes af de offentliggjorte årsregnskaber for koncernens selskaber, der alle var forsynede med blanke revisionspåtegninger.

Ifølge sagsøgtes egen forklaring var det netop de verserende erstatnings-sager, der havde sat en stopper for det gamle selskabs drift. I øvrigt viste koncernens samlede drift overskud. Af sagsøgtes forklaring fremgik det desuden, at hovedårsagen til tabet af det gamle selskabs egenkapital var lønudgifter, herunder bl.a. lønudgifter til sagsøgte selv og dennes ægtefælle.

Højesteret nåede som anført frem til, at der *"således som sagen foreligger oplyst,"* ikke fandtes at være *"fuldt tilstrækkeligt grundlag for at fastslå"*, at sagsøgte havde handlet ansvarspådragende. Set ud fra en samlet vurdering af sagens faktum synes det som om Højesteret opstiller urimeligt høje beviskrav til en minoritet eller en kreditor, hvis krav vedrører datterselskaber i en koncern. Navnlig er det vanskeligt at se, hvilke yderligere beviser, sagsøger skulle kunne have fremlagt for at dokumentere sin påstand.

I koncernforhold medfører hensynet til koncernfremmede minoriteter og kreditorer, at der i stedet for at opstille høje krav til sagsøgers bevisbyrde snarere bør ske en lempelse af en koncernfremmed sagsøgers bevisbyrde i forhold til den bevisbyrde, der gælder i ikke-koncernforbundne selskaber.¹⁵⁾

¹⁵⁾ I samme retning Rissanen og Jauhiainen, Forhandlingerne ved det 34. Nordiske juristmøde, s. 48 med note 5, der - med rette - påpeger, at en generel omvendt bevisbyrde i koncernforhold til gavn for de koncernfremmede interessegrupper vil være for vidtgående. Se for tysk ret Krieger, ZGR 1994, s. 387 ff. Efter fast processuel praksis kan der i tysk ret ske en lempelse af sagsøgers bevisbyrde i tilfælde, hvor sagsøgte sidder inde med væsentlige oplysninger, som ikke er tilgængelige for sagsøger. Dette vil ofte være tilfældet i koncernforhold. I den ledende tyske dom på koncernrettens område, den såkaldte TBB-dom (jvf. BGHZ 122, s. 123), hedder det således, at *"der Kläger müsse Umstände darlegen, die die Annahme eines qualifizierten faktischen Konzerns zumindest*

Dette skyldes bl.a., at interne dokumenter vedrørende beslutningsprocessen i koncerner kun yderst sjældent vil være umiddelbart tilgængelige for koncernfremmede interessegrupper. En forudsætning for, at sagsøger kan nedlægge påstand om, at sagsøgte skal fremlægge dokumenter, jvf. RPL § 298, er, at sagsøger er bekendt med de pågældende dokumenters eksistens, jvf. RPL § 300.¹⁶⁾

Der har hidtil ikke været forelagt mange sager om misbrug af et moderselskabs ledelseskompetence for de danske domstole. Med Højesterets afgørelse UfR 1997.179H må enhver koncernfremmed kreditor eller minoritet rådes til nøje at overveje hvilke beviser, der står til rådighed, forinden der træffes beslutning om at anlægge erstatningssag imod et moderselskab eller koncernens ledende medarbejdere.

4. Afgørelsens betydning for gældende dansk koncernret

Det står enhver erhvervsdrivende frit at organisere sin virksomhed som en koncern med moder- og datterselskaber. Den klassiske koncernret hviler på den forudsætning, at der gælder de samme krav til beskyttelse af minoriteter og kreditorer i koncerner som i ikke koncernforbundne selskaber.¹⁷⁾ Højesterets afgørelse kan læses som en konkret bevisbedømmelse. Der er imidlertid nødvendigt at analysere Højesterets afgørelses betydning for gældende dansk materiel koncernret. Denne undersøgelse falder i to led. For det første vil det blive klarlagt, hvad resultatet af afgørelsen var blevet, såfremt K havde organiseret sin virksomhed inden for de retlige rammer af et enkelt selskab. Herefter vil sagsfaktum blive analyseret under anvendelse af de tyske koncernregler.

Ved afgørelsen af, om der kan rejses et personligt krav imod selskabsdeltagerne i et likvideret anpartsselskab, har der i nyere retspraksis været lagt vægt på, dels hvorvidt anpartshaverne kendte til de rejste erstatningskrav på tidspunktet for likvidationen, jvf. UfR 1992.640V, og dels hvorvidt de rejste krav var konkretiseret på samme tidspunkt, jvf. UfR 1992.674V.¹⁸⁾ I denne sag er begge de nævnte forudsætninger klart opfyldt. Det er således dokumenteret, at K kendte til de rejste krav på tidspunktet for afviklingen af K ApS. Det blev endda dokumenteret, at omstruktureringen af koncernens virksomheder skete

nahelegen".

¹⁶⁾ Se om editionspligten hos Gomard, Civilprocessen, (4.udg.1996) s.462.

¹⁷⁾ Se Gomard, Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner (1997), s. 91.

¹⁸⁾ Se Gomard, Aktieselskaber og anpartsselskaber (3.udg.1996), s. 373. Begge domme vedrørte ikke koncerner, men enkeltstående selskaber.

netop på grund af opståede erstatningskrav. Bs krav var konkretiseret, idet kravets størrelse var opgjort til ca. 210.000 kr. af en uvildig syn- og skønsmand. Set under et var koncernen solvent, og der var en positiv egenkapital. Havde der således været tale om, at K havde organiseret sin virksomhed i et enkelt anpartsselskab, der under de foreliggende omstændigheder var blevet likvideret, er det utvivlsomt, at B ville have fået sit krav på erstatning som følge af mangler ved den opførte bygning dækket af likvidationsprovenuet.

5. UfR 1997.179H afgjort efter tysk koncernret

I afgørelsens centrale præmis konkluderer Højesteret, at K ikke kan gøres personlig ansvarlig for Bs tab efter "*de almindelige erstatningsregler*". Det er herefter nærliggende at undersøge, om udfaldet af en tilsvarende sag ville være blevet et andet under anvendelse af tysk koncernret, hvor de "almindelige" selskabsretlige erstatningsregler bliver suppleret af særlige koncernregler. Hovedhensynet bag de særlige tyske koncernregler er et ønske om, at sikre de koncernfremmede interessegrupper en beskyttelse imod de muligheder for misbrug, som modervirksomheden i en koncern besidder.

Havde K ApS været et tysk Aktiengesellschaft, havde der foreligget en såkaldt "faktisk koncern" med GS som modervirksomhed. En modervirksomhed hæfter ikke for sine datterselskabers gæld efter tysk koncernret, og et sammenbrud af et datterselskab, der skyldes udefrakommende omstændigheder, medfører ikke et ansvar for modervirksomheden. Imidlertid er en modervirksomhed forpligtet til årligt at udligne økonomiske tab hos datterselskaber, der er opstået som følge af modervirksomhedens udøvelse af koncernledelse, jvf. AktG § 311, der er en af de centrale bestemmelser i tysk koncernret.

Det er utvivlsomt, at en beslutning fra koncernens ledelse, hvorefter at al aktivitet i et datterselskab skulle overføres til en anden koncernvirksomhed, ville have medført, at GS A/S var blevet pålagt at yde datterselskabet K en kompensation for den økonomiske skade, som modervirksomhedens beslutning måtte påføre datterselskabet, jvf. AktG § 311. Såfremt GS havde undladt at foretage rettidig skadesudligning, ville dette have udløst et erstatningsansvar for modervirksomheden efter AktG § 317. Efter AktG § 317, stk.3 hæfter direktører i modervirksomheden solidarisk med denne for erstatningskrav i medfør af AktG § 317.

Havde K ApS været et tysk GmbH, ville koncernforholdet have været omfattet af de ulovregulerede regler, der gælder for GmbH-koncerner. I en almindelig faktisk GmbH-koncern er modervirksomheden, ligesom enhver anden selskabsdeltager, underlagt en loyalitetspligt i forhold til datterselskabet

og dets kreditorer. En beslutning, der er i strid med datterselskabets interesse, er ulovlig, og den vil medføre et erstatningsansvar for modervirksomheden og dennes ledelse. Såfremt datterselskabet ikke af egen drift måtte ønske at gøre et erstatningskrav gældende imod modervirksomheden, kan dette rejses af enhver minoritetsanpartshaver eller kreditor i datterselskabet.¹⁹⁾

En modervirksomhed, der overfører al aktivitet i et datterselskab til sig selv eller andre koncernselskaber, gør sig skyldig i en krænkelse af sin loyalitetspligt overfor det pågældende selskab.²⁰⁾ En sådan loyalitetskrænkelse er tillige en af de centrale betingelser for at anse koncernforholdet for at være en såkaldt "kvalificeret faktisk koncern". Modervirksomheden i en kvalificeret faktisk koncern er forpligtet til at erstatte datterselskabets nettotab i det forløbne regnskabsår efter analog anvendelse af reglerne i AktG §§ 303 og 304,²¹⁾ der vedrører de særlige tyske aftalekoncerner. Pligten for modervirksomheden til at yde datterselskabet nettotabsudligning indtræder uanset årsagen til de opståede tab. Bevisbyrden for, at der foreligger en kvalificeret faktisk koncern, påhviler som udgangspunkt sagsøger, men da modervirksomheden må formodes at kende de interne forretningsgange i koncernen bedst, kan sagsøgers bevisbyrde lettes. Der skal dog som minimum føres bevis for, at der fra modervirksomhedens side er truffet en beslutning, som har påført datterselskabet et tab.²²⁾

K var eneaktionær i moderselskabet GS A/S, samt direktør og bestyrelsesmedlem i dette selskab. Han var tillige enedirektør i begge datterselskaber. Der er formelt set intet ulovligt i denne konstruktion. Det er imidlertid ikke for meget sagt, at K har været i stand til at udøve bestemmende indflydelse i de tre selskaber. Netop personsammenfald på ledende poster var i den vigtige "Autokran-dom" fra den tyske Højesteret et afgørende kriterium for at statuere pligt til nettotabsudligning. Sagsøgte havde været majoritetsanpartshaver og direktør i 7 anpartsselskaber, der alle gik konkurs. Han blev dømt til at foretage nettotabsudligning i forhold til alle selskaberne.²³⁾ Personsammenfald i flere selskabers ledelser er et kriterium, der ikke i sig selv

¹⁹⁾ Hertil Friis Hansen, *Europæisk koncernret* (1996), s. 214f.

²⁰⁾ Jvf. Lutter/Hommelhoff, *GmbH-Gesetz* (14.Aufl.1995), ad § 14, note 18. Se tillige om den såkaldte "Geschäftschancenlehre" hos Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, (3.Aufl.1997), s. 601.

²¹⁾ Nærmere om kvalificerede faktiske koncerner Friis Hansen, *Europæisk koncernret* (1996), s. 215 ff, samt Kasten Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (3.Aufl. 1997), s. 1220 ff.

²²⁾ Sammenlign Lutter/Hommelhoff, *GmbH-Gesetz* (14.Aufl.1995), ad § 13, note 27.

²³⁾ Se om Autokrandommen hos Friis Hansen, *Europæisk koncernret* (1996), s. 217f og Werlauff, *Selskabsmasken* (1991), s. 296.

er tilstrækkeligt til at statuere en kvalificeret faktisk koncern, men det er et kriterium, der peger i denne retning.²⁴⁾

Sammenlignet med tysk koncernret er det interessant, at Højesteret beskriver den fysiske person Ks magt over de koncernforbundne selskaber som "*bestemmende indflydelse*". Efter gældende dansk koncernret består koncerner udelukkende af aktie- og anpartsselskaber.²⁵⁾ Såfremt et af de objektive koncernkriterier ikke finder anvendelse,²⁶⁾ må det undersøges om et selskab alligevel besidder en sådan "*bestemmende indflydelse*" over et andet, at der alligevel består en koncern, jvf. ASL § 2, stk. 2, nr. 5. Med denne formulering synes det som om Højesteret betragter K som en slags uægte "koncernmodervirksomhed". Efter tysk ret betragtes en fysisk person, der kontrollerer to eller flere virksomheder som "modervirksomhed" i forhold til aktie- og anpartsselskaber, hvor vedkommende besidder bestemmende indflydelse, jvf. AktG §§ 15 og 17.²⁷⁾

Det kan konkluderes, at sagsfaktum i UfR 1997.179H er et skoleeksempel på de hensyn, der ligger bag den tyske koncernret.²⁸⁾ Udfaldet af en tilsvarende sag efter tysk koncernret ville uden tvivl være blevet det modsatte af udfaldet ved den danske Højesteret, som bygger på den klassiske koncernret. GS A/S ville som modervirksomhed være blevet pålagt at erstatte Bs tab som følge af de opståede mangler ved den af K ApS opførte bygning. Havde GS A/S ikke kunnet dække dette krav, havde K som medlem af dette selskabs ledelse været solidarisk ansvarlig med modervirksomheden.

²⁴⁾ Se hertil Emmerich/Sonnenschein, *Konzernrecht* (5. Aufl. 1995), s. 402f, samt Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (3. Aufl. 1997), s. 968f. Sammenlign for dansk ret. Krüger Andersen, *Studier i dansk koncernret*, (1997), s. 673f.

²⁵⁾ Se kritisk overfor denne begrænsning Krüger Andersen, *Studier i dansk koncernret*, (1997) s. 335f, og Friis Hansen, *Europæisk koncernret*, (1996), s. 378f.

²⁶⁾ Jvf. Aktieselskabslovens § 2, stk. 2 nr. 1) - 4).

²⁷⁾ Se tysk ret hos Emmerich/Sonnenschein, *Konzernrecht* (5. Aufl. 1993), s. 41 ff og s. 61 ff. Den tyske koncernretlige term for bestemmende indflydelse er "Abhängigkeit", jvf. AktG § 17.

²⁸⁾ Se hertil Emmerich/Sonnenschein, *Konzernrecht* (5. Aufl. 1993), s. 20 ff, og navnlig s. 23, hvor det hedder: "*Herrschende Unternehmensaktionäre können abhängige Gesellschaften weiter dadurch schwer schädigen, daß sie sich die in der abhängigen Gesellschaft erarbeiteten Geschäftsgeheimnisse für eigene Zwecke zunutze machen oder die Geschäftschancen der abhängigen Gesellschaft an dieser vorbei systematisch auf sich überleiten. Der Gipfel der Schädigung ist erreicht, wenn das Vermögen der abhängigen Gesellschaft heimlich ausgeplündert wird mit dem Ziel, die Gesellschaft rechtzeitig, bevor die Ausplünderung bekannt wird, wieder abzustoßen*".

6. Behovet for en kodifikation af koncernretten

Resultatet af Højesterets afgørelse UfR 1997.179H samt rettens bemærkninger om, at de "*almindelige erstatningsregler*" ikke udgjorde et tilstrækkeligt ansvarsgrundlag i sagen, giver fornyet anledning til at overveje, hvorvidt der bør gennemføres en reform og en kodifikation af den klassiske koncernret. En sådan reform må ses i et bredt europæisk perspektiv. Et isoleret dansk eller skandinavisk lovinitiativ på området er næppe realistisk eller ønskværdigt. Skal koncernretten kodificeres, bør dette ske på europæisk niveau i form af et selskabsretligt direktiv.²⁹⁾ Dette er en omfattende opgave. Der kan imidlertid være god grund til at begynde ved at undersøge, om de skandinaviske selskabslove udgør en tilstrækkelig beskyttelse af koncernfremmede minoriteter og kreditorer. Dette spørgsmål bliver navnlig aktuelt i lyset af, at der tilsyneladende er en række sager på vej, hvor store danske erhvervsvirksomheder har forsøgt at isolere erstatningskrav ved at gennemføre omstruktureringer af deres koncerner.

Rolf Skog forfægter den opfattelse, at man forinden der tages stilling til spørgsmålet, om koncernretten bør kodificeres, skal gennemføre en empirisk baseret problemanalyse.³⁰⁾ Jeg kan ikke tilslutte mig dette synspunkt. Det er et anliggende for juraen, og dermed for retsvidenskaben, at løse de interessekonflikter, der opstår mellem majoritet og minoritet i et selskab.³¹⁾ Dette gælder også, såfremt der er tale om interessekonflikter, der opstår inden for rammerne af en koncern. En empirisk analyse ville kunne klargøre, om koncerner forekommer så sjældent i erhvervslivets praksis, at en løsning på koncernrettens grundlæggende spørgsmål derved bliver uden praktisk interesse. Alle tilgængelige oplysninger peger i retning af, at dette ikke er tilfældet.

Ved afgørelsen af, om koncernretten bør kodificeres, må der tages stilling til en række underliggende problemstillinger. Først og fremmest må det afgøres, om dannelsen af en koncern medfører særlige muligheder for misbrug fra majoritetens side i forhold til koncernfremmede minoritetsselskabsdeltagere og kreditorer. Der er bred enighed om, at dette spørgsmål skal besvares be-

²⁹⁾ Se hertil Rissanen og Jauhiainen, Forhandlingerne ved det 34. Nordiske juristmøde, 1996, s. 46, der påpeger færene ved, at et enkelt land indfører en regulering, som er strengere end de øvrige.

³⁰⁾ Jvf. SvJT 1997, s. 186 samt Forhandlingerne ved det 34. nordiske juristmøde 1996, s. 74f.

³¹⁾ Se eksempelvis Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht (3. Aufl. 1997), s. 588f, vedrørende en redegørelse for de juridiske aspekter af de loyalitetspligter, der gælder mellem selskabsdeltagere indbyrdes.

kræftende. Det afgørende bliver herefter, hvorvidt de koncernfremmede interessegrupper er tilstrækkeligt hjulpet af de *almindelige* regler, der beskytter imod misbrug i hvert enkelt selskab. Tysk retsvidenskab analyserede sig allerede i tyverne frem til, at dette ikke er tilfældet. Den centrale målsætning med den tyske koncernret er netop at afværge de farer, der opstår ved at en herskende virksomhed, der har egne fra selskabet afvigende interesse, kan sætte sin vilje igennem.³²⁾ Afgørelsen UfR 1997.179H synes at bekræfte behovet for en sådan særlig beskyttelse. Disse spørgsmål, der til dels er af retspolitisk karakter, kan ikke besvares ved empiriske undersøgelser.

Såfremt man er af den opfattelse, at de almindelige selskabsretlige værn imod misbrug ikke slår til i koncernforhold, opstår naturligt spørgsmålet, hvorledes en koncernretlig regulering da konkret bør udformes. Det er åbenbart, at de tyske koncernregler lider af en række mangler,³³⁾ og det kan således ikke anbefales ukritisk at kopiere disse. For mit vedkommende er jeg ikke i stand til at opstille et nøglefærdigt alternativ til hhv. de tyske regler og den klassiske koncernret. Jeg kan dog i denne henseende fuldt ud tilslutte mig Rolf Skog, der stiller krav om, at en eventuel lovregulering af den materielle koncernret ikke må medføre større ulemper for erhvervslivet end fordele.³⁴⁾ Selvom der ikke foreligger nøjagtige tal, der kan belyse omfanget af koncerndannelse i europæisk erhvervsliv, synes det klart, at koncernen som organisationsform har overordentlig stor betydning. Enhver regulering af koncernretten bør derfor overvejes nøje.

7. Sammenfatning

Det er ubestrideligt, at der ikke foreligger en pligt til at fortsætte et underskudsgivende selskab. Det vil tværtimod kunne være ansvarspådragende for ledelsen i et underskudsgivende selskab at fortsætte driften, såfremt det står klart, at selskabet ikke står til at redde. En kreditor må naturligvis acceptere, at det selskab, imod hvilket han har et krav, lider tab som følge af

³²⁾ Se eksempelvis Emmerich/Sonnenschein, *Konzernrecht* (5.Aufl.1993), s. 21f, samt Hüffer, *Aktiengesetz* (2.Aufl.1995) § 15, note 3.

³³⁾ Se hertil Hommelhoff, *Gutachten zum 59. Deutschen Juristentag* (1992), s. G 19 - 22, der konkluderer, at reglerne vedrørende faktiske koncerner i den tyske *Aktiengesetz* vel har været udsat for omfattende kritik, men at de fungerer i praksis. Hommelhoff anbefaler dog, at der forinden tilsvarende regler gennemføres på europæisk plan, iværksættes en omfattende undersøgelse af erfaringerne med de tyske regler. Se tillige Gomard, *Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner* (1997), s. 83, der er særdeles kritisk overfor de tyske koncernregler.

³⁴⁾ Jvf. SvJT 1997, s. 187.

udefrakommende begivenheder. Den begrænsede hæftelse i aktie- og anpartsselskaber medfører, at en koncern lovligt kan placere risikofyldte dele af sin virksomhed i et separat datterselskab. Dette princip er af central selskabsretlig betydning,³⁵⁾ og bør kun fraviges i ganske særlige undtagelsestilfælde, hvor væsentlige hensyn tilsiger andet. Selv i tysk koncernret tilsidesættes den begrænsede hæftelse i koncerner kun i særlige undtagelsestilfælde.³⁶⁾

Såfremt en kreditors tab imidlertid alene skyldes koncernledelsens dispositioner er situationen en anden. Bestyrelsesmedlemmer og direktører har pligt til at lede selskabet forsvarligt under behørig hensyntagen til såvel selskabsdeltagernes som kreditorernes interesser. Gør de ikke det, ifalder de erstatningsansvar.³⁷⁾ Dette gælder fortsat for såvel aktie- som anpartsselskaber, selvom de hidtidige erstatningsregler er udgået fra Anpartsselskabsloven af 1997.³⁸⁾ En anpartshaver, der likviderer sit selskab, vel vidende at der består et udækket erstatningskrav imod selskabet, har pligt til at tilbagebetale et beløb til boet til dækning af dette krav, jvf. modsætningsvis UfR 1992.640V. Det forekommer ikke rimeligt, såfremt et moderselskab, der har konstateret et latent erstatningskrav imod et af sine datterselskaber, frit kan stifte et nyt datterselskab, og derefter lade dette nye selskab overtage al aktivitet i det tidligere selskab, således at visse af koncernens kreditorer isoleres i et under-skudsgivende selskab, medens koncernen som helhed fortsætter sin overskudsgivende drift som hidtil.³⁹⁾ Såfremt denne fremgangsmåde accepteres, bliver selskabsrettens kreditorbeskyttelsesregler illusoriske.

Der er enighed i litteraturen om, at minoriteter og kreditorer i et datterselskab mindst bør nyde samme beskyttelse som i et uafhængigt selskab. Der kan argumenteres for at koncernfremmede kreditorer og

³⁵⁾ Se Gomard, Samarbejde og ansvar i selskaber og koncerner (1997), s. 98f.

³⁶⁾ Se eksempelvis Lutter/Hommelhoff, GmBHG (14.Aufl.1995), s. 178.

³⁷⁾ Se hertil Paul Krüger Andersen, Aktie- og anpartsselskabsret (5.udg 1997), s. 395f, der anfører, at: "*Grundlæggende står to hovedhensyn overfor hinanden. På den ene side er det af afgørende betydning at fastholde hæftelsesbegrænsningen i aktie- og anpartsselskaber. På den anden side er det en udbredt holdning, at der må være en sammenhæng mellem moderselskabets magt og ansvar. En balance mellem disse hensyn kan efter min vurdering nås, såfremt der i domspraksis lægges vægt på de regler i selskabslovene m.v., der angår forpligtelsen til at lede selskabet forsvarligt.*"

³⁸⁾ Hertil, Gomard, Aktieselskaber og Anpartsselskaber (3.udg.1996), s. 411 f.

³⁹⁾ Se samstemmende Gudmund Knudsen, i Aakvaag m.fl., Noen sentrale emner innen norsk konsernrett (1994), s. 113, der vil statuere ansvars-gennembrud i tilfælde, hvor moderselskabet har udnyttet sin bestemmende indflydelse til at favorisere sine egne interesser på bekostning af datterselskabskreditorernes interesser.

minoritetsdeltagere snarere burde være *bedre* beskyttet imod de farer, der følger af, at en koncernledelse, som det er sket i den foreliggende sag, kan placere aktiviteter og overskud i de koncernselskaber, man måtte foretrække.⁴⁰⁾ Det synes ikke helt klart, om Højesteret tager udtrykkelig stilling til netop dette spørgsmål, når man i dommen taler om "*at tilrettelægge forbindelserne mellem*" K ApS og KKT ApS.

Det kriterium, der efter min opfattelse kunne have båret en afgørelse, som pålagde K et erstatningsansvar i den foreliggende situation, er det faktum, at K, der besad samtlige ledelsesposter i koncernen, efter at være blevet bekendt med, at der bestod erstatningskrav imod K ApS, traf beslutning om, at al aktivitet i K ApS skulle overføres til KKT ApS.⁴¹⁾ Denne beslutning, der faktisk blev påberåbt af sagsøger som begrundelse for at statuere erstatningsansvar ved landsretten og Højesteret, må konkluderes at have været til skade for K ApS's interesser, og dermed tillige til skade for selskabets kreditorer, herunder B, men den var til gavn for koncernen som helhed.

I det omfang Højesterets afgørelse er et udtryk for en konkret bevisbedømmelse, bør de bevismæssige krav der stilles til koncernfremmede kreditorer og minoritetsselskabsdeltagere lempes. I det omfang UfR 1997.179H er et udtryk for at den anvendte fremgangsmåde er lovlig efter gældende dansk koncernret, bør en reform af denne overvejes.

⁴⁰⁾ Se hertil Friis Hansen, *Europæisk koncernret* (1996), s. 62 ff samt for tysk ret eksempelvis Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht* (3.Aufl. 1997), s. 493 ff.

⁴¹⁾ Således tillige Werlauff, *Selskabsmasken*, 1991, s. 382f, der antager, at der opstår et erstatningsansvar, såfremt det nye selskab truer det gamles eksistens.

Homo judicans

af
Ole Lando

1. Den fælles kerne

Den, som læser en fremmed dom, vil ofte opdage, at den fremmede domstol når til samme resultat, som hans egne domstole ville komme til i en tilsvarende situation, og det uagtet den fremmede domstol anvender andre regler end dem, der gælder i læserens eget land. Han vil da spørge, om der er nogen lovmæssighed i dette fænomen, eller om det skyldes en ren tilfældighed. Det har fået nogle til at søge efter en fælles kerne i retssystemerne (*a common core of the legal systems*) I 1960'erne ledede *Rudolph B. Schlesinger* det såkaldte *Cornell project*. Det gik ud på at undersøge, om der var en sådan *common core* i reglerne om afslutning af aftaler. Hans forskerhold bestod af jurister fra flere af verdens retsfamilier. Da man havde opdaget de overensstemmede resultater ved læsning af domme, besluttede *Schlesinger* sig til at basere sin undersøgelse på konkrete retstilfælde. Hver af deltagerne skulle redegøre for, hvordan domstolene i hans land ville have dømt. Svarene blev diskuteret og sammenlignet, og resultaterne blev offentliggjort¹⁾. Man fandt, at selv om domstolene i landene havde anvendt forskellige metoder og regler, var de løsninger, som de var nået frem til, ofte ens. I dag er et lignende forskningsprogram i gang ved universitetet i Trento i Italien under ledelse af professor *Ugo Mattei*.

En forklaring på dette fænomen kan være, at dommerne i mange lande har en fælles indstilling og opfører sig ens, når de pådømmer tvistemål. Man kan spørge sig, om dette skyldes, at deres opvækst og miljø frembyder fælles træk, at deres gerning fremkalder ensartede holdninger, og at der med andre ord findes et *dommer-menneske*, (*homo judicans*), der reagerer ens, uanset at de juridiske regler og den juridiske metode er forskellig i de forskellige lande. Det er det, som denne artikel handler om.

¹⁾ *Rudolph B. Schlesinger, Formation of Contracts, A study of the Common Core of the Legal Systems I-II 1968.*

Jeg har ikke foretaget egne sociologiske undersøgelser. Jeg bygger på, hvad jeg har set i praksis og i sager og litteratur, og på samtaler, jeg har haft med kolleger og dommere i ind- og udland.

2. Den fælles indstilling og ideologi

De forskellige lande har haft en meget forskellig historie, både politisk, socialt og idemæssigt. Lovgivere og domstole har brugt forskellige regler og metoder til at nå deres mål. Desuagtet oplever man, at de juridiske værdinormer er ens i alle de lande, der har en retsorden af europæisk oprindelse.

Dette, mener jeg, især skyldes to forhold:

a. Det ene er *dommer-menneskets miljø*. De fleste af vore vogtere af lov og orden er vokset op i borgerlige hjem. Mange skønlitterære forfattere har hånet borgerskabet for dets hykleri og slette moral, og dette har fået mange til at tro, at borgerskabet er råddent. Faktum er dog, at borgerskabet består af forskellige miljøer, og at mange af borgerskabets mænd og kvinder både har opstillet og vogtet om de moralske værdier. Den vordende dommers forældre har som regel været vogtere af den gode moral. I skolen og senere på universitetet var han eller hun en god og forholdsvis artig elev, der følte sig stærkt knyttet til sit hjem²⁾. Han har som regel også været konservativ³⁾ eller er blevet det ret hurtigt, efter at han er blevet voksen.

Dommerens gerning har bekræftet hans konservative livssyn, der, som det skal omtales senere, har fremmet en sund skepsis overfor nymodens fænomener og ideer. Dommerne i de øverste domstole er som regel ældre mænd og kvinder, og ældre mennesker er normalt mere konservative end unge⁴⁾.

Mange dommere har desuden en stærk ansvarsfølelse. De har med parter at gøre, som ofte er i en vanskelig situation, og de ved, at de forventes at øve retfærdighed.

²⁾ Se om det tidligere Vest-Tyskland W. Kaupen, *Die Hüter von Recht und Ordnung. Die soziale Herkunft, Erziehung und Ausbildung der deutschen Juristen*, 2. Aufl 1971 og Ralf Darendorf *The education of an Elite. Law Faculties and German Upper Class, Transactions of the 5th World Congress of Sociology. Louvain 1964*, 259-274.

³⁾ Ordet bruges her i dets oprindelige betydning som betegnelse for den, der vil bevare det bestående. Denne type mennesker finder man langt inde i de såkaldte venstreparties rækker.

⁴⁾ Man ser en vurdering af den føderale amerikanske højesterets dommere i *The Nature and Source of Law*, 1909 p 84, hvor den amerikanske forfatter John Chipman Gray skrev om amerikansk ret: "The law of a great nation means the opinion of half dozen old gentlemen some of them conceivable of very limited intelligence."

Disse træk kan forklare nogle af deres fælles holdninger og vaner, som skal omtales nedenfor, deres fortolkning af lovene, deres holdning overfor tidligere domme og forfatterne og det, som jeg vil kalde deres omgang med sandheden.

b. Det andet forhold er, at i alle de lande, som har en retsorden af europæisk oprindelse, har romerretten, den kristne etik og de store europæiske moralfilosoffer bidraget til at udforme retten. I nyere tid har demokratiet og dets institutioner, markedsøkonomien, industrialiseringen, og i Europa den Europæiske Union sat deres præg på retsreglerne.

Europaretten har taget og tager stadig til i omfang, og den skaber en betydelig retsenhed, som vil påvirke retstænkningen. Også på verdensplan bliver retten mere og mere ens. På formuerettens område har Konventionen om kontrakter om internationale løsøre køb fra 1980 (CISG), der i dag gælder i næsten 50 lande, haft stor betydning for kontraktrettens udvikling. Denne fælles ret øger den fælles kerne.

Det er ikke almindeligt i dag, at de nationale dommere søger inspiration i udenlandske kilder, men flere og flere forfattere gør det. Den europæiske Union og det samarbejde, som i dag finder sted på verdensplan, har skabt et europæisk og et internationalt forum; her er deltagerens horisont ikke deres egen nationale ret, men den nuværende og kommende europaret og verdensret. I dag findes der adskillige tidsskrifter, flere af dem nye, som er viet til komparativ ret og rettens uniformering⁵⁾

Herved påvirker forfatterne hinanden over landegrænserne, og denne påvirkning når gennem forfatterne til domstolene. Lovgiverne har altid taget, hvad de kunne bruge i udlandet, og i dag gør de det i stigende omfang. Massemedierne bidrager også hertil. Når nogle lande begynder at give regler til beskyttelse af forbrugerne, spredes idéen, og snart har mange lande indført en forbrugerbeskyttelseslovgivning.

⁵⁾ Blandt de "gamle" tidsskrifter, fra før EF blev til, kan nævnes, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, (Tyskland), *Revue internationale de droit comparé* (Frankrig), *The international and comparative law quarterly* (England) og *the American Journal of Comparative Law* (USA). Blandt de nye, er der, foruden en række tidsskrifter for europaret, *European Review of Private Law*, og *Maastricht Journal of Comparative Law*, der begge udkommer i Holland, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, (Tyskland) samt *Uniform Law Review*, der udsendes af UNIDROIT i Rom. For de internationale erhvervsjurister findes bl. a. *Recht der Internationalen Wirtschaft (Betriebsberater International)* (Tyskland) og *De Droit des Affaires Internationales / International Business Lawyer* (Frankrig). Blandt bøger om kontraktsret må nævnes Kötz' og Flessner's *Europäisches Vertragsrecht*, hvoraf første bind udkom i 1996, UNIDROIT's *Principles of International Commercial Contracts*, Rom 1994, og Lando & Beale (eds), *Principles of European Contract Law, Part 1*, Dordrecht 1995, om erstatningsret von Bar, *Gemeinsameuropäisches Deliktsrecht, Bd 1*, München 1996.

I den arbejdsgruppe i UNIDROIT, der forfattede *the Principles of International Commercial Contracts* og i *the Commission on European Contract Law*, der udarbejdede *the Principles of European Contract Law* fandt deltagerne ofte en fælles kærne. Deltagerne skulle tit tage stilling til, hvordan domstolene i deres eget land ville afgøre virkelige eller tænkte retssage. De oplevede da ofte, at afgørelsen ville blive den samme i de fleste lande. Overensstemmelsen var større, end man skulle vente sig, når man betænker de store forskelle, der kunne være i de gældende regler og metoder.

Det samme opdagede medlemmerne, når de skulle tages stilling til, hvordan reglerne burde være. Der kunne her ofte være meningsforskelle, men de var som regel ikke udtryk for nationale holdninger, men snarere for de enkelte deltagers personlige opfattelse. Der var således uenighed om, hvorvidt man i kommercielle forhold burde beskytte den svage part mod den anden parts udnyttelse af en stærkere forhandlingsposition. En af de få uoverensstemmelser, jeg bemærkede, og som afspejlede en national opfattelse, handlede om, hvor megen pligt til give oplysninger, som man kan pålægge en kontraktspart. Den blev belyst ved historien om den uvidende sælger af et maleri, der accepterer en beskeden pris fra en køber, som ved, men som ikke fortæller sælgeren, at det er en *Degas*, og som senere videresælger billedet til en kæmpehøj pris. I engelsk ret, som de britiske medlemmer af *the Commission on European Contract Law* billigede *de lege ferenda*, måtte aftalen stå ved magt; køberen havde ikke tilsidesat nogen oplysningspligt. De franske⁶⁾ tyske og nordiske medlemmer havde en anden opfattelse.

Dommere fra de femten europæiske lande i de Europæiske Fællesskabers Domstol har fortalt mig omat de tit er enige i resultatet, men at de begrundelser, de vil anføre for resultatet, ofte er forskellige.

3. Er forskellene i retskildelæren en hindring for retsenhed?

En af grundene til, at vi her retter blikket på dommerne, er, at det er dem, der afgør, hvad der er gældende ret. Den amerikanske dommer og forfatter *Oliver Wendel Holmes* har sagt det således: *The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious are what I mean by the law*⁷⁾

Der kan rettes flere indvendinger mod denne beskrivelse: Der findes andre end dommere, som afgør, hvad der er gældende ret. Beskrivelsen hjælper ikke

⁶⁾ Se om den kendte franske "Affaire du Poussin", Cour de Versaille 7 januar 1987, *Gazette du Palais* 21.-11 januar 1987 og *Ghestin, Traité de dropit civil*, 3.udg. 1993 no 528.

⁷⁾ *The Path of the Law*, 10 Harvard Law Review (1898) 457f

den dommer, der skal afgøre en sag i sidste instans. Den giver ingen vejledning i de tilfælde, hvor der er modstrid mellem flere domme, afsagt af samme retsinstans, heller ikke hvor en doms præmisser er uklare.

Der findes dog næppe nogen bedre kort beskrivelse af, hvad gældende ret er. Den jurist, der skal rådgive sin klient i en konkret sag, vil prøve at forudsige, hvordan dommen vil blive. Ofte er hans forudsigelse ret sikker. undertiden er han i tvivl.

For at kunne forudsige, må man vide, hvilken retskilde reglen stammer fra.

Der er på det europæiske kontinent opstillet et retskilde-hierarki. Der er skrevet meget herom, men dommerne selv har ikke altid fulgt den herskende lære

Den skrevne lov anses som den fornemste retskilde, vigtigere end dommene. Dette gælder i princippet også i *common law* landene, dog med den modifikation, at lovene ikke dækker nær så store retsområder som i *civil law* landene, og at retspraksis dereved ofte bliver den afgørende retskilde. Endvidere underkastes lovene ofte en indskrænkende fortolkning.

Selv om loven angives at være den øverste retskilde, er det dog overalt domstolene, der i sidste instans bestemmer, hvordan lovene skal forstås. Det sker ikke sjældent, at de ændrer lovbestemmelsernes mening og rækkevidde. I mange lande findes der vigtige lovbestemmelser, især blandt de lidt ældre, som med tiden har fået en hel anden betydning end den, de havde, da de blev givet.

Et eksempel kan nævnes fra Frankrig: Erstatningsretten i *code civil* består af fem artikler, 1382-86. Hovedreglen findes i artiklerne 1382 og 1383, som fastslår culpa som ansvargrundlag. En skadevolder er i princippet kun ansvarlig for den skade, der kan tilregnes ham som forsætlig eller uagtsom. I lang tid mente domstolene, at de andre regler måtte forstås på samme måde, selv om de ikke udtrykkelig sagde det. Dette gjaldt således artikel 1384 om erstatning for skader forvoldt af ting og artikel 1386 om skader, der forvoldes af bygninger. Ansvar kunne kun pålægges ejeren i tilfælde af culpa. Men industrialiseringen og bilismen medførte, at arbejdsskader og trafikulykker antog et omfang og en art, man ikke havde regnet med før. Der blev brug for et strengere ansvar, og efterhånden blev bestemmelserne i artiklerne 1384 og 1386 underkastet en ny fortolkning. Domstolene brugte dem nu til at pålægge ejeren et objektivt ansvar⁸⁾.

Der findes mange andre eksempler på, at de økonomiske og sociale forhold har fået domstolene til at ændre deres fortolkning af lovene, og da disse forhold ofte er de samme i mange lande, er udviklingen gået i parallelle baner.

⁸⁾ Dette blev så senere hjemlet ved særlige love, se herom *Malaurie & Aynès, Cour de droit civil, les obligations*, édition 1995/96 no 180ff

Forfattermeninger har stor betydning på kontinentet, selv om retspraksis som regel tillægges en endnu større vægt. Dette er efter min opfattelse velbegrunderet. Når en forfatter gør sig til talsmand for en ny regel, er den en abstraktion, en livløs ting. Selv om han anfører eksempler på reglens anvendelse, vil han sjældent skrive om sager, som han selv har oplevet i praksis. En regel får først liv, når den skal anvendes, og det gør den, når dommeren skal bruge den. Dommeren føler ansvaret for de mennesker, hvis sag han skal afgøre. Han ved, at han vil ramme dem økonomisk og ofte også sjæleligt med sin dom. Sagens sande problematik trænger sig ind på ham med oplevelsens fuld kraft. Retsfølelsen vil da ofte lede ham til den rette afgørelse, selv om han måske ikke altid ved at bringe de mest træffende argumenter.⁹⁾

I *common law* skelner man mellem en doms *holding* eller *ratio decidendi* og *obiter dicta*. Dommens *holding* er den retssætning, som var nødvendig for resultatet; uden den ville dommen være blevet en anden. Et *obiter dictum* er rettens eller den enkelte dommers "slængbemærkning" om, hvordan retsreglerne efter hans mening er på det pågældende område; de er ikke nødvendige for dommens resultat. Både i *common law* landene og på kontinentet tillægger man normalt *holdings* større vægt end *obiter dicta*. Men der findes prominente dommers *dicta*, som har haft større indflydelse på praksis end mange *holdings*.

I forrige århundrede opstillede domstolene i England princippet om præjudikaternes bindende virkning (*stare decisis*). En domstol må ikke tilsidesætte en *holding* i en tidligere dom, der er afsagt af en højere domstol, og *Court of Appeal* er bundet af sine egne tidligere domme¹⁰⁾. Dog, denne doktrin efterleves kun delvist. Det er tit meget svært at afgøre, hvad der er en doms *holding*. Den er altid nøje knyttet til sagens fakta. En engelsk domstol kan, hvis den vil, finde fakta, der adskiller den nuværende sag fra den tidligere og derved hævde, at den ikke er bundet af den tidligere afgørelse.

I *civil law* landene er dommerne ikke bundet af tidligere domme, men de følger dem som regel. Retten må jo være konstant. En vaklende praksis skaber mistillid til domstolene. Endvidere skal der være lighed for loven. Har man i en sag givet A medhold, må man i en ny sag om samme situation også give B medhold. Og har domstolene en gang efter overvejelser nået til et resultat, er

⁹⁾ Se Nussbaum, *Deutsches Internationales Privatrecht*, 1932, forordet.

¹⁰⁾ Det kan derimod *House of Lords* nu gøre, se om Lord Chancellor's erklæring af 1966, Zweigert & Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3 udg 1996 255. Om de engelske domstoles organisation, se Lando, Kort indføring i komparativ ret, 1986 39f.

de utilbøjelige til at overveje det samme problem en gang til. De fleste domstole har travlt og har ikke tid til den luksus.

Flere forfattere har derfor kunnet påvise, at forskellen i holdningen til præjudikater i *civil law* og *common law* landene er lille¹¹⁾

Forfatterne kan som nævnt også overbevise. Det sker tit, at domstolene lader sig påvirke af dem. Her er der måske stadig en forskel på *common law* og *civil law*. Praksis har en større og forfatterne en mindre indflydelse i England end på kontinentet. I England er dommerne i *High Court*, *Court of Appeal* og især i *House of Lords* "the oracles of the law", det som tyskerne kalder "die Rechtshonoratioren". Forfatteren er ydmyg, og når han har en anden opfattelse end dommernes, siger han det med klædelig beskedenhed, næsten selvdudslettende. Opstiller han selv en regel, tilføjer han undertiden, "but there is no authority", og giver derved udtryk for, at domstolene ikke har talt, og at han naturligvis selv ikke er nogen autoritet. Når en fransk eller en tysk professor kritiserer en dom, er han ikke så beskeden. Han kan faktisk være meget provokerende.

Det betyder dog ikke, at den kontinentale professor har større indflydelse end sin engelske kollega. I dag er forskellen m.h.t. forfatternes indflydelse mere en forskel i toneart end en reel forskel. I de sidste årtier har de engelske forfatters indflydelse været stigende. Grunden kan være den, at juristuddannelsen er undergået en ændring. En jurist vil altid være udsat for påvirkning af de lærere, der førte hans første skridt ind i juraens verden. I gamle dage fik de, der senere blev dommere, deres første undervisning af *the barristers*, hvis rådgivning de overværede, og som de gik med i retten, og af rettens dommere, hvis domme de hørte, læste og lærte at bøje sig for. I dag er langt flere dommere begyndt deres juristuddannelse på et universitets *law school*. Deres første lærere var deres *tutors* og professorer.

De forskellige opfattelser af retskilderne og deres vægt er i dag næppe nogen større hindring for retsenheden.

4. Domstolene og sandheden

a. De regler, som i dag findes i lovene, dommene og hos forfatterne, er alle udtryk for tidens sociale, økonomiske, politiske, moralske og filosofiske værdier. Disse værdier påvirker også dommerne, når de skal tage stilling til et problem, som ikke er lovreguleret eller påkendt i praksis, og når de vil ændre reglerne. Mange dommere ved, at det ikke er deres opgave at ændre retten. I et demokratisk land tilkommer dette lovgiveren. Dommerne bør derfor holde sig til de gældende regler, selv om de er fortidslevninger, og mange af dem gør

¹¹⁾ Se *Zweigert & Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3 udg 1996 257.

det. Der skal som regel meget til for at få en dommer til at ændre den bestående retstilstand. De har jo set, at de af deres kolleger, som lod sig rive med af en stemningsbølge, tit har haft grund til at fortryde det bitterligt.

Hvis en dommer efter nøje og moden overvejelse har besluttet sig til at skabe ny ret eller ændre de gældende regler, vil han ofte ikke vedstå, at han har gjort det ¹²⁾. Jeg har hørt dommere i flere lande, mest uden for Norden benægte dette. De gør det sikkert i en god mening. De ønsker, at borgerne skal vide, at der er stabilitet i gældende ret. Dette *dommerbedrag* opfatter de som et led i deres rolle som dommere.

Foreholdt dette vil nogle dommere måske blive vrede og påstå, at de ikke ændrer gældende ret. De bedrager ikke. En kontinental dommer vil hævde, at han efterlever de bestående juridiske grundætninger, som jo allerede har fundet udtryk i loven og de andre retskilder. Disse grundætninger er ikke noget, han opfinder. Han følger blot forholdets natur.

Et andet fælles træk hos mange *homines judicantes* er, at de ikke vil indrømme, at de undertiden tilsidesætter tidligere retsafgørelser. Også det gør de, ikke for at fremhæve domstolenes ufejlbarlighed, men for at give indtryk af rettens uforanderlighed og stabilitet.

Det at skabe ny ret på ikke regulerede områder og at ændre gældende ret er imidlertid en skabende virksomhed, for så vidt som det altid er et nyt valg mellem flere konkurrerende hensyn.

Dommerne har heller ingen grund til at skjule deres kreative virksomhed¹⁴⁾. Forholdet, de skal pådømme, kan være ulovbestemt, og da de ikke kan nægte at dømme, må de anvende regler, de selv opstiller, både når de skaber ret på et nyt område, og når de ændrer gældende ret. Nogle love er uklare og må fortolkes, og nogle er generalklausuler, som overlader det til domstolene at give dem et indhold. Og sker det, at en domstol reelt ændrer loven ved at anlægge en ny fortolkning, vil det kun sjældent provokere lovgiveren til at gribe ind. Lovgiveren ser det og anerkender det.

b. Falske grunde er grunde, som en person giver for en opfattelse eller en handlemåde, der er forskellige fra dem, som har motiveret ham eller hende.

¹²⁾ Der findes dog dommere med en anden holdning, se *Lord Denning i Candler v. Crane, Christmas & Co* [1951] 2 KB 164, 178 (C.A.). Jeg fandt hans lovprisning af common law domstolenes "progressive view" i *3 Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (1997) s 873.

¹³⁾ De nordiske dommere, og formentlig også EU Domstolens dommere, erkender vist i dag åbenlyst, at domstolene er retsskabende, se *Ole Due, Hvad mener de dog? (Om læsning af af EU domstolens afgørelser)* *Festskrift til Ole Lando*, 1997 125, 132, 138.

¹⁴⁾ Se herom *Sigurdur Lindal, Domstolenes legitimasjon til å skape rett i Festskrift for Birger Stuevoll Lassen* 1997, 687.

Han eller hun vover ikke at røbe sit sande motiv. Vi har sikkert alle af og til givet falske grunde. Dommeren gør det også. I Danmark har man talt om de *Falske lodder i fru Justitias vægtskål*¹⁵⁾

Dommere vil ofte give falske grunde, når de læresætninger, som de bekender sig til, er i strid med den politik, som de ønsker at følge, og som ofte, men ikke altid, er dikteret af deres retfærdighedssans.

Mange eksempler kan nævnes. Jeg skal her nævne et, som er fælles for en række lande.

De fleste af den internationale privatrets regler har følgende struktur. På et retsforhold af en given art, f. eks. en kontrakt, anvendes retsreglene i det land, hvortil retsforholdet har en nærmere angiven tilknytning, f. eks. loven i det land, hvor kontrakten er indgået, eller det retssystem, som parterne har valgt eller ville have valgt, hvis de havde truffet aftale herom. Det er altså retsforholdets tilknytning, der bestemmer, hvilket lands lov, der skal anvendes. Disse regler har domstolene i de fleste lande også hævdet, at de fulgte, når de afgjorde tvister vedrørende internationale retsforhold. I virkeligheden har de imidlertid ladet sig lede af deres forkærlighed for den løsning af sagen, som et bestemt lands retsregler har givet, og derfor hævdet, at forholdet havde den krævede tilknytning til dette land. Domstolene har således ofte hævdet, at parterne i den foreliggende kontrakt, hvis de havde aftalt det, ville have valgt domslandets lov. Sagen og parternes adfærd viste imidlertid intet om, hvilken lov parterne ville have valgt. Domstolene har ladet som om de stillede spørgsmålet. Hvilken tilknytning er afgørende? De vidste, at spørgsmålet var falsk. Det var heller ikke afgørende for dommerne; det var resultatet og ikke tilknytningen de gik efter¹⁶⁾.

Den amerikanske forfatter *David F. Cavers*¹⁷⁾ var en af de første, der påpegede denne *covert technique*, som den blev kaldt. Man kan af hans og senere forfatteres forsøg på at finde løsninger på lovvalgets vanskelige problemer, se, at den internationale privateret ikke er en brugbar metode til

¹⁵⁾ Dette er titlen på et foredrag holdt af *Knud Illum* i Juridisk Forening den 28 Januar 1952, se *Juridisk Forenings Årbog* 1957, 24ff.

¹⁶⁾ Se *Lando, Kontraktstatutet* 1962 34 f (Frankrig), 85 (Tyskland), 121 (England), 147 (USA).

¹⁷⁾ *Cavers, A Critique of the Choice-of-Law Problem*, 47 *Harvard Law Review* (1933) 173-208.

afgørelse af internationale formueretstvister¹⁸⁾. I nutiden bør man i stedet søge at opstille fælles materielle retsregler på formuerettens område¹⁹⁾.

Det kan være farligt at give falske grunde, fordi man ikke kan uddrage den sande lære af dommene. Af domme, der lægger vægt på en vilje hos parterne, som i virkeligheden ikke kan påvises, kan man ikke se, under hvilke betingelser, domstolene ville udlede en påviselig vilje af parternes adfærd.

Hvis en iagttager fra en fremmed planet kom ned på denne jord for at studere adfærden hos *homines judicantes*, ville han se, at dommerne rundt om på jorden talte forskellige sprog, sad i forskellige gevanter, iagttog forskellige spilleregler, som de kaldte procesret, og anførte forskellige materielle regler som begrundelse for deres domme. Men hvis han studerede deres holdninger, deres adfærd og indholdet af deres afgørelser, ville han opdage slående ligheder.

¹⁸⁾ Se *European University Institute*, Florence, Series A: Law. *Integration Through Law, Volume 1: Methods, Tools and Institutions, Book 2, Part II, Conflict of Laws as a Technique for Legal Integration* by Hay, Lando, Rotunda 1986 pp 168ff.

¹⁹⁾ Se Lando, *En europæisk lovbog på formuerettens område*, Juridisk Instituts Julebog 1996 s 9, 11.

Nogle hovedtræk af islamisk retshistorie og retslære

af
Bjørn Ryberg

1. Indledning

Det almindelige kendskab til "sharia'en", det vil sige islamisk ret, indskrænker sig stort set til, *at* der er tale om nogle regler, som har forbindelse med religionen islam, *at* en person ved navn Muhammed er af en vis betydning for islam, *at* visse politiske bevægelser har det som deres erklærede mål og primære politiske budskab, *at* de vil arbejde for etablering af en islamisk stat, det vil sige en stat, som er baseret på islamisk ret, når/hvis de kommer til magten, og *at* magthaverne i visse stater hævder, *at* de har indført eller er i færd med *at* indføre islamisk ret. Denne artikel skulle gerne give et mere sofistikeret billede af fænomenet islamisk ret.

I denne artikel gennemgås islamisk retshistorie og udviklingen af islamisk retslære, hvorimod indholdet af retsreglerne ikke gøres til genstand for selvstændig behandling. Da der er tale om et emne af ganske omfattende dimensioner, og det drejer sig om udviklingen i en periode på godt 1300 år, kan det ifølge sagens natur ikke blive til mere end en grov fremhævelse af nogle hovedtræk. Fremstillingen skal følgelig tages med det heraf naturligt flydende forbehold.

Udviklingen af islamisk ret er snævert forbundet med islams historie i almindelighed. Det har derfor været nødvendigt *at* redegøre for dele af islams historie.

Endvidere har jeg valgt *at* omtale enkelte historiske forhold, som ikke er snævert forbundet med islamisk rets udvikling, men som dog har en naturlig plads i fremstillingen, og som må siges *at* være af relevant alment dannende karakter. Det relativt indgående afsnit om splittelsen af det islamiske trossamfund, i sunnier og shiitter er for eksempel ikke i sin helhed af direkte betydning for forståelsen af islamisk ret, men der er tale om en splittelse af religionen, som såvel teologisk som politisk er af mindst lige så væsentlig betydning i dag som splittelsen af den kristne kirke i katolikker og protestanter var for nogle hundrede år siden.

Sidst i artiklen er der en kronologisk oversigt over de af artiklen omhandlede forhold og et kort, som viser dels islams udbredelse i 661 og dels beliggenheden af nogle af de i artiklen nævnte byer.

Artiklen er i sin helhed baseret på kilder af vesteuropæiske forfattere, hvilket naturligvis præger synsvinklen. Med hensyn til de specifikt retlige dele af artiklen, er hovedkilderne Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford University Press; Clarendon Press 1965 genoptrykt i 1984 og Joseph Schacht, *The Origins of Muhammadan Jurisprudence*, Oxford University Press; Clarendon Press 1950 genoptrykt i 1979, hvortil der henvises, for så vidt angår yderligere oplysninger om islamisk rets udvikling.

Årstal er kun angivet efter den muhamedanske kalender, når det udtrykkeligt fremgår af sammenhængen. Ved angivelse af årstal på formen "622/0" er årstallet efter skråstregen årstallet i henhold til den muhamedanske kalender.

2. Profeten Muhammed

Muhammed blev født ca. 570 i Mekka, hvor han voksede op og virkede som handelsmand. Han var allerede tidligt optaget af religiøse spørgsmål og brugte en del tid på meditation og bodsøvelser i ørkenen. Mens han var således beskæftiget i 609 eller 610, kom ærkeenglen Gabriel til ham med den første af den række guddommelige åbenbaringer, som udgør Koranen.

Ved den lejlighed modtog Muhammed kaldet som profet og begyndte at udbrede den lære, der løbende i hele hans liv blev åbenbaret for ham, og som udviklede sig til verdensreligionen islam. Ordet islam betyder på arabisk noget i retning af "total underkastelse".

Ifølge islam er der en og kun en gud jfr. trosbekendelsen "der er ingen gud uden Allah". Guden er i princippet den samme som jødernes og de kristnes gud. Dette slægtskab med de andre åbenbaringsreligioner kommer blandt andet til udtryk derved, at islam anerkender en lang række af disse religioners religiøse skikkelser som Muhammeds forgængere ud i profetgerningen, herunder Moses og Jesus.

Ifølge Muhammed havde disse profetkolleger prædikeret det samme budskab, som han selv forkyndte. Deres forkyndelser var imidlertid ifølge Muhammed blevet misforstået, fordrejet eller ligefrem bevidst forfalsket. Muhammed gjorde krav på at være den sidste profet i rækken af profeter - ham som endegyldigt bragte den ultimative sandhed.

Islam har en del basale forestillinger til fælles med den jødiske og den kristne tro. Muslimerne anser således verden for skabt af Allah, og de har en dommedag - "når solen rulles sammen, når stjernerne styrter ned, og når bjergene sættes i skub, og når drægtige hunkameler lades i stikken" -, hvor folk

vil blive straffet efter fortjeneste - "straffen vælger ind over dem oven fra og under deres fødder". Endvidere indgår forestillinger om genopstandelse, helvedes evige pinsler og et himmelsk liv efter døden i islam.

Muhammed samlede sig en lille menighed i Mekka. Her blev Muhammed og hans trosfæller imidlertid på få år så uglese, at de en dag i 622/0 måtte udvandre til den lidt nordligere beliggende by Medina. Denne udvandring - hidrja - er udgangspunktet for den muhamedanske tidsregning, og dagen er dermed den muhamedanske kalenders første dag i år nul.

Muhammed nøjedes ikke med at udbrede det glade budskab ved fredelige midler. Uden at tage smålige hensyn til hævdvundne gamle arabiske moral- og æresbegreber tilkæmpede han sig magten i Medina og begyndte at underlægge sig byer og beduinstammer i omegnen. I 630/7 indtog han sin fødeby, Mekka, og da han allerede to år senere døde, havde det meste af den arabiske halvø underlagt sig hans svært afviselige lederskab og dermed konverteret til islam.

Ved sin død efterlod profeten sig et betydeligt antal enker, et stort og ekspanderende imperium uden organiseret statsmagt eller retssystem, en ny religion uden præsteskab og en hellig bog, Koranen.

3. Koranen

Koranen, muslimernes hellige bog, er en åbenbaring af Umm al-Kitab, der som Allah er evig og uskabt. Umm al-Kitab og dermed også Koranen er fuldkommen og omfatter alt, hvad der er sket, sker og vil ske i universet.

Før Muhammeds tid var Umm al-Kitab forsøgt åbenbaret for de jødiske og kristne profeter, hvilket imidlertid ikke havde ført til tilfredsstillende resultater. Koranen er således ifølge islam den endelige, definitive og eneste sande åbenbaring, der i form af Allahs ord på arabisk blev sendt ned fra den syvende himmel til Muhammed med ærkeenglen Gabriel som sendebud, hvorefter Muhammed ord for ord videregav åbenbaringerne til sin menighed.

Åbenbaringen af Koranen fandt løbende sted i de ca. 22 år, der gik fra Muhammeds kaldelse til profet til hans død i 632/9. Koranen blev ikke forevigt systematisk i profetens levetid. Den blev bevaret for eftertiden gennem spredte nedskrivninger på palmeblade eller andet for hånden værende materiale og ved mundtlig overlevering.

I årene efter Muhammeds død begyndte der at cirkulere skriftlige udgaver af den samlede Koran. De afveg i nogen grad fra hinanden, hvilket foranledigede den tredje af Muhammeds efterfølgere som leder af det islamiske samfund, kaliffen Uthman, til at nedsætte en kommission, der udarbejdede en officielt autoriseret udgave af Koranen. Herefter lod han samtlige andre versioner brænde for derved at stoppe de verserende og for den religiøse og statslige enhed farlige diskussioner om Koranens rette indhold.

Denne autoriserede udgave var imidlertid skrevet uden brug af vokaler og diakritiske tegn - et diakritisk tegn er for eksempel bollen, som gør "a" til "å". Dette gav naturligvis mulighed for forskellige læsemåder. Siden er der blevet tilføjet vokaler og diakritiske tegn, hvorved der igen opstod forskellige versioner, som følge af de forskellige måder, hvorpå man kunne tilføje vokaler og diakritiske tegn til den autoriserede udgave. Variationerne er dog små, og muslimerne anerkender de forskellige versioner som værende fuldt ud lige gyldige.

Koranen er inddelt i 114 surra'er, der igen er inddelt i vers. Når man ser bort fra den første surra, er surra'erne ordnet efter aftagende længde. Betydningen af ordet surra er uvis, og en surra kan meget vel indeholde brudstykker af flere åbenbaringer eller endog af åbenbaringer fra helt forskellige perioder af profetens virke.

Det siger næsten sig selv, at islamisk retslære anerkender Koranen som en betydningsfuld kilde til islamisk ret.

4. Hadith

Det var ikke alene profetens åbenbaringer, der blev bevaret for eftertiden. Mens Muhammed endnu levede, begyndte der - ganske naturligt i betragtning af hans gode forbindelser med de højere magter og den deraf følgende ophøjede status - at cirkulere mundtligt overleverede beretninger om, hvad profeten havde gjort eller sagt, og disse beretninger blev med tiden nedskrevet.

I modsætning til Koranen, der på grund af dens hurtige nedskrivning og samling i en autoriseret udgave cirka 20 år efter Muhammeds død, er en rimeligt pålidelig gengivelse af profetens åbenbaringer, anser vesteuropæiske forfattere hovedparten af de kendte overleveringer om profeten for at være ren opdigtning.

Den fremtrædende danske islamekspert, Franz Buhl, har for eksempel skrevet følgende om en af de mest kreative og produktive iværksættere af overleveringer, Abdallah ibn Abbas, som var profetens fætter og derudover stamfader til kalifdynastiet, Abbasiderne:

"Det drejer sig hos ham ikke om små forvanskninger men om opdigten engros, som man tilsidst er nær ved at føle en vis respekt for."

Overleveringerne om profeten inddeles efter deres anvendelse i tre kategorier, der dog i et vist omfang overlapper hinanden. De tre kategorier er 1) overleveringer om profetens felttog, som har dannet grundlag for en selvstændig litterær genre, den såkaldte Magazilitteratur, 2) de biografiske

overleveringer om Muhammeds liv og levned i almindelighed, som indgår i Muhammedbiografiene, og 3) de overleveringer, hvorfra der kan udledes et normativt indhold af moralsk eller retlig karakter, og som derfor er samlet i særskilte værker til brug for afgørelsen af moralske og retlige spørgsmål. Som det fremgår af det følgende, udgør den sidstnævnte kategori af overleveringer i dag under "de klassiske retsskoler", den vigtigste kilde til islamisk ret.

Ordet "hadith" betød oprindeligt blot fortælling eller beretning og blev derfor brugt som betegnelse for overleveringer i almindelighed. Med tiden er ordets betydning imidlertid skredet, således at udtrykket nu er en teknisk betegnelse for dels de enkelte normative overleveringer og dels den samlede mængde af sådanne overleveringer.

En overlevering består af selve beretningen og af en "isnad", det vil sige en transmissionskæde. Ifølge den herskende islamiske retskildelære bør isnad'en for at dokumentere overleveringens autenticitet udgøre en ubrudt kæde af troværdige personer, som mundtligt har overleveret beretningen fra et øjenvidne til den person, der første gang nedskrev beretningen.

I forbindelse med at de islamiske retslærde på et tidspunkt startede med at interessere sig for hadith som kilde til islamisk ret, begyndte en systematisk indsamling af hadith'er.

I erkendelse af at der var en del mindre troværdige hadith'er i omløb, opstillede de retslærde regler for vurdering og kategorisering af hadith'ernes autenticitet.

Disse regler beskæftiger sig under den i dag herskende retslære - den klassiske, jfr. afsnit 13 - ikke med beretningernes materielle indhold men derimod alene med det rent formelle bevis for autenticitet, som isnad'en udgør.

En hadith kan for eksempel anfægtes, hvis en person i transmissionskæden var en kendt patologisk løgner, eller hvis to på hinanden følgende led i kæden umuligt kunne have truffet hinanden, herunder hvis den ene allerede var død, da den anden blev født.

Anfægtelse af en hadith under henvisning til, at den fører til urimelige resultater eller resultater, som ikke er konsistente med almindelige islamiske grundsætninger, eller lignende er derimod bandlyst som kætteri.

Af de hadith-samlinger, som hadith-kritikerne producerede, har seks, der stammer fra islams tredje århundrede, opnået en særlig autoritativ status. De udgør den klassiske samling af hadith'er i sunnimuslimernes islamiske ret.

Det antages af vesteuropæiske forskere, at hadith-kritikernes indsats næppe har båret den tilsigtede frugt. Tværtimod har de formentlig afvist flertallet af de få autentiske hadith'er, som var i omløb, mens de overvejende har anerkendt falske hadith'er sat i omløb i tiden efter, at man for alvor var begyndt at

tillægge isna'den afgørende betydning som bevis for autenticiteten og dermed for den deri udtrykte regels gyldighed.

5. Islams første år

Islamisk ret blev ikke, som det måske ville være nærliggende at tro, udviklet i profetens levetid. Hans hovedinteresse var nemlig ikke at opstille et system af retsregler men at udbrede læren om den evige frelse og om, hvordan man skal leve for at få del i den. Hertil kommer, at hans religiøse overbevisning ikke gav ham synderlig anledning til at ændre den allerede eksisterende arabiske sædvaneret.

Koranen er fuld af forskrifter, men det er i overensstemmelse med karakteren af profetens kald for det meste rent moralske bud, hvis overtrædelse alene vil blive sanktioneret på den yderste dag. Det er de færreste forskrifter, der har karakter af egentlige retsregler, hvor en retsvirkning såsom ugyldighed, erstatning, straf og lignende knyttes til retsstiftende kendsgerninger, det vil sige nærmere angivne omstændigheder, der udløser den i reglen angivne retsfølge.

Under Muhammed blev den præislamiske sædvane med frivillig voldgift og gengældelse, herunder blodhævn, som eneste retsinstitutioner videreført i stort set uændret form. Det samme var tilfældet under de fire medinesiske kaliffer, der i tiden 632/9 - 661/40 var Muhammeds fire første efterfølgere som ledere af det islamiske samfund. Betegnelsen "de medinesiske kaliffer" refererer til, at de havde Medina som hovedstad. Den fjerde kalif, Ali, flyttede hovedstaden til Kufa i Irak kort tid efter sin tiltrædelse som islams overhoved, men da han oprindeligt havde Medina som hovedstad, henregnes han desuagtet til de medinesiske kaliffer.

Den første kalif, Abu Bakr (632-34), var kun kalif i to år. Den næste, Umar (634-44), var feltherre i bund og grund. Han knuste det mægtige perserrige og udbredte derudover den islamiske stat til Afghanistan, Mesopotamien, Egypten og hele den nordafrikanske kyst. For ham var staten en militær organisation med araberne som en fra det øvrige samfundsliv løsrevet elite af krigere. Den tredje kalif, Uthman (644-56), var en svag mand, der lå under for sin magtfulde mekkanske familie, Umayyaderne, som nærmest behandlede staten og dens midler som en del af familieformuen. Uthman blev myrdet. Hans efterfølger var profetens svigersøn, Ali (656-61), hvis tid som kalif var en lang borgerkrig, hvor han kæmpede om magten mod blandt andre sin myrdede forgængers slægtninge, Umayyaderne, og en af Muhammeds mange enker, yndlingshustruen Aisha.

Det synes indlysende, at der under disse fire medinesiske kaliffer ikke blev udviklet en gennemorganiseret statsmagt med fastere retsinstitutioner og et

detaljeret system af retsregler. End ikke Koranens få udtrykkelige forskrifter blev håndhævet. Tyveri blev for eksempel straffet med piskning og ikke som foreskrevet i Koranen med håndsafhugning.

De medinesiske kaliffers styre fik desuagtet en vis faktisk betydning for den islamiske ret, som den senere skulle udvikle sig, idet en del af islamisk ret er inspireret af senere magthaveres videreførsel af de medinesiske kaliffers administration. Stening som straf for visse former for utroskab stammer for eksempel fra den tid.

6. Umayyade-Kalifatets grundlæggende og splittelsen i Sunnimuslinere og shiitter

Kort efter mordet på Uthman i 35/656 blev profetens fætter og svigersøn, Ali, af borgerne i Mekka og Medina udråbt til kalif. Der var imidlertid ikke almindelig opbakning bag den nye kalif i alle dele af det islamiske imperium.

Et medlem af Umayyadeslægten, Muawija, som var guvernør i den syriske provins, hævdede således, at Ali var ansvarlig for mordet på hans slægtning, den just afdøde kalif, Uthman. Han krævede i overensstemmelse med god gammel arabisk skik blodhævn og nægtede at anerkende Ali som legitim kalif.

Det udviklede sig hurtigt til borgerkrig med Ali og Muawija som hovedmodstandere. I 657 ramlede deres styrker sammen i et afgørende slag ved Siffin i nærheden af floden Eufrat og byen Aleppo. Efter 3 dages kamp, hvor Ali trods talmæssig underlegenhed havde fået overtaget, sendte Muawija ifølge legenderne sine tropper frem med blade af Koranen på spyd- og lancespidser under kampråbet: "Lad Allahs ord afgøre striden."

Dette gjorde så stærkt indtryk på Ali, at han uagtet sin militære medgang indstillede kampene og gik ind på at lade striden om mordet på Uthman og kalifværdigheden afgøre ved voldgift.

Voldgiftsretten blev nedsat med voldgiftsdommere udpeget af hver af de stridende parter. Voldgiftssagen førte imidlertid ikke til en direkte løsning af konflikten. Alligevel fik den afgørende og blivende betydning for borgerkrigen og verdenshistorien.

Mange af Alis tilhængere forlod ham i forargelse over den verdslige fremgangsmåde i det vigtige muslimske anliggende, som valget af religionens gejstlige og verdslige leder udgjorde, hvorefter de dannede deres egen muslimske sekt, kharidjitterne. Navnet betyder på arabisk "de som brød ud".

Sekten, der kompromisløst krævede en militær løsning som udtryk for Allahs afgørelse af tvisten, nægtede at anerkende deres tidligere kalifkandidat, Ali, som retmæssig kalif. De anså ham for at være forræder og satte sig i stedet det ophøjede mål at myrde ham.

Efter den mislykkede voldgift blev kampene ikke genoptaget med fuld styrke, hvilket dog langt fra betød, at stridighederne var ophørt. Herefter kontrollerede Ali, der havde flyttet sin hovedstad fra Medina til Kufa i Irak, størstedelen af Den Arabiske halvø, Persien og Irak. Muawija herskede samtidig over Syrien og Egypten med Damaskus i Syrien som hovedstad. I 660 lod Muawija sig hylde som kalif, hvorefter islam for første gang havde mere end en kalif på samme tid.

Kharidjitterne myrdede i 661 Ali. Efter hans død fik Muawija ved hjælp af list og voldelig tvang Alis to sønner - profetens dattersønner -, Hassan og Husein, til at give afkald på enhver tronfølgerret. Herefter regerede Muawija som eneste kalif til sin død i 680, hvor hans søn overtog kalifværdigheden.

Ved Muawijas død så Husein, hvis bror i mellemtiden var død, en mulighed for at gøre oprør og drog fra Mekka med en hær mod Kufa, hans fars gamle hovedstad, for derfra at starte et større felttog mod den nye kalif. Han nåede imidlertid aldrig længere end til Kerbala, hvor hans hær - ham selv inklusive - blev knust.

Dermed var oppositionen mod Umayyadedynastiet dog langt fra knækket. Bevægelsen for Alis ret til kalifværdigheden havde oprindeligt sit udspring i arabiske kredse. Men først da store dele af de undertrykte persere sluttede sig til den oppositionelle bevægelse for Ali, fik den for alvor opbakning af blivende betydning. De kombinerede tronfølgerspørgsmålet med blandt andet gamle persiske forestillinger om, at guddommen til enhver tid vil udstråle sin guddommelighed i form af en menneskelig skikkelse - emanationslæren - og en række kristne forestillinger. Hermed var de shiitiske sekter grundlagt - "shiat ali" betyder på arabisk "Alis parti".

Personifikationen af den guddommelige udstråling betegnes "imamen". Shiitterne hævder, at Muhammed var den første imam, og at hans svigersøn, Ali, arvede imamværdigheden direkte fra ham. Shiitternes tredie og fjerde imam er Alis sønner, Hassan og Husein. Shiitterne anerkender således hverken sunnimuslimernes tre første kaliffer eller Umayyadedynastiet, der af sunnimuslimerne regnes for retmæssige kaliffer efter Alis død.

Der findes flere shiitiske sekter. De venter alle på genkomsten af en eller anden imam, som på mystisk vis forsvandt for mere end tusind år siden. Han er mahdi'en, der henimod den yderste dag skal vende tilbage, bekæmpe antikrist og med Jesus' hjælp indstifte det tusindårige rige.

Den mest betydende shiitiske sekt i dag er imamitterne, som venter på deres tolvte imams genkomst. Han, Muhammed ibn Hassan al Mahdi, menes efter sin mystiske forsvinden i 873 at have levet videre i "den lille skjulthed" indtil 940, hvorefter han har levet videre i "den store skjulthed". Imamismen har siden har siden 1502 været statsreligion i Iran - det tidligere Persien.

I middelalderen var den dominerende shiitiske sekt ismaelitterne, som venter på deres af imammerne ikke anerkendte syvende imam, Ismaels, genkomst.

Selv om shiismen teologisk afviger stærkt fra den sunnitiske islam, er shiitternes islamiske ret forbløffende lidt forskellig fra sunniernes islamiske ret. I overensstemmelse med, at den religiøse strid udsprang af en arvefølgestrid, findes de mest markante forskelle inden for arveretten.

I det følgende er emnet for denne artikel alene sunniernes islamiske ret.

7. Kadien - den islamiske dommer

Efterhånden som det islamiske imperium ekspanderede og underlagde sig gamle kultursamfund, voksede det fra de retsinstitutioner, som det havde overtaget fra det præislamiske arabianske små bysamfund og omvandrende beduinastammer. En reform på området var nødvendig.

Følgelig blev de første egentlige dommerembeder i islams historie oprettet under det kalifdynasti, der afløste de medinesiske kaliffer, Umayyade-kalifatet. Ifølge nogle overleveringer var det allerede den anden medinesiske kalif, Umar, der udnævnte de første af det islamiske samfunds dommere, kadierne. Disse overleveringer er imidlertid næppe autentiske.

Under Umayyade-kalifatet blev kadierne udnævnt af guvernørerne for de provinser, som imperiet var opdelt i. Guvernøren kunne frit afsætte kadien og havde ubegrænset mulighed for at blande sig i eller helt overtage kadiens sager. Den dømmende og den udøvede magt var med andre ord langt fra adskilte.

Som embedsmand måtte kadien naturligvis tage de af kaliffen og guvernøren udstedte forskrifter i betragtning, når han skulle dømme.

Da der var tale om en purung statsdannelse, der ved militære erobringer på meget kort tid havde udviklet sig til et udstrakt imperium, havde lovgiverne koncentreret deres indsats om spørgsmål vedrørende krig og krigsbytte samt finans- og skatteforhold, herunder i særlig grad om beskatning af befolkningen i de erobrede områder.

I de mange ikke-lovregulerede spørgsmål var kadien henvist til at basere sine afgørelser på sit eget personlige skøn inspireret af sædvaner, moralske og religiøse normer samt Koranens ord. Koranen gav imidlertid næsten ingen vejledning, og den sparsomme vejledning, Koranen trods alt gav, lå næsten udelukkende på det person-, familie- og arveretlige område.

Den vigtigste retskilde, som lå til grund for kadiens afgørelser, var derfor forholdets natur eller med andre ord kadiens personlige skøn.

8. Mufti'er og fatwa'er

Da de første kadier blev udnævnt, fandtes der ingen juridisk uddannelse og dermed ingen egentlig juriststand. De eneste muslimer, der i større omfang beskæftigede sig med normativ regulering af den menneskelige adfærd, var en uorganiseret mængde af religiøst lærde, der som mere eller mindre professionelle rådgivere vejledte deres trosfæller om, hvordan de skulle forholde sig for at være Allah til behag og dermed få del i paradiset lyksaligheder. Sådanne rådgivere i religiøse spørgsmål bar titlen "mufti". Mufti'ens udtalelse om et spørgsmål kaldes en "fatwa".

På grund af deres ophøjede beskæftigelse med erkendelsen og udbredelsen af islams evige sandheder nød muftierne selvsagt stor anseelse blandt deres trosfæller.

Da retsplejen ved udnævnelsen af de første kadier blev institutionaliseret, begyndte en del af muftierne, der hidtil kun havde anskuet livet rent etisk, at interessere sig for den retlige regulering af de rettroendes mange gøremål.

De bedømte kadiernes afgørelser i lyset af islam, og ret hurtigt begyndte de også at afgive fatwa'er om juridiske problemer, hvorved der blev knyttet jordiske retsvirkninger såsom ugyldighed, erstatning og straf til de handlinger, undladelser og hændelser, de tidligere kun havde sat i relation til opgøret på den yderste dag. Hermed var kimen til islamisk ret lagt, og islam havde fået sine første retslærde.

Begrebet islamisk ret, er hverken knyttet til det retssystem, der håndhævedes af kadien, eller de rent etiske normer, som de religiøse rådgivere, muftierne, opstillede som leveregler for dem, der ønskede at få del i den evige frelse.

Islamisk ret er de retlige normer, som ifølge de islamiske retslærde afspejler Umm al-Kitab, den evige sandhed, og som må være idealet for det islamiske samfunds egentlige retshåndhævelse - eller med Alf Ross' ord: for udøvelsen af det statslige voldsmonopol.

Fatwa'erne blev samlet i særlige værker nogenlunde svarende til vore domssamlinger. Disse fatwasamlinger har haft meget betydelig indflydelse på udviklingen af islamisk ret. Den materielle del af nutidens islamiske ret er således i vidt omfang en videreførsel af de resultater, som de retslærde kom frem til under Umayyade-kalifatet.

Der havde endnu ikke udviklet sig en tradition for, hvordan man afgjorde, hvad der var islamisk ret på et område. De retslærde var endvidere ikke som kadi'erne bundet af magthavernes bud og realiteternes snærende bånd, som manifesterede sig derved, at kadi'ernes afgørelser skulle fuldbyrdes og dermed føres ud i livet.

Derfor stod de retslærde endnu friere end kadi'erne, når de skulle afgøre et juridisk spørgsmål. De retslærde var imidlertid ligesom kadierne børn af deres

tid og den dengang herskende kulturtradition, hvilket naturligvis måtte komme til udtryk i deres fatwa'er.

Da islamisk rets fundament som nævnt blev lagt under Umayyade-kalifatet, afspejler islamisk ret følgelig i vidt omfang samfundsforholdene på den tid.

Fra de første årtier af det ottende århundrede blev det almindeligt, at udnævne kadi'erne blandt de islamiske retslærde. Flere ting kan have motiveret denne praksis.

For det første har de islamiske retslærde formentlig været de bedst kvalificerede. For det andet kan magthaverne have haft for øje, at de kunne styrke embedets autoritet ved at udnævne personer, der som de retslærde i forvejen nød stor almen anseelse og respekt blandt de rettroende. For det tredje kan det have været udslag af de udpegende myndigheders egen oprigtige respekt for muftierne.

9. De ældste retsskoler

Nogenlunde samtidig med, at rekrutteringen af kadi'er blandt de islamisk retslærde begyndte, udviklede de retslærde sig til en samfundsklasse med en særlig status og særlige funktioner - en slags uorganiseret laug, hvor man udvekslede synspunkter og påvirkede hinanden. Det var en klasse af private enkeltpersoner, der udskilte sig fra det øvrige samfund ved a) deres fælles ophøjede beskæftigelse med etiske og juridiske problemer, b) deres indbyrdes anerkendelse af at tilhøre en åndelig elite og c) omverdenens respekt og underdanighed.

Det åndelige fællesskab var dog ikke mere udpræget end, at der på forskelligt grundlag udvikledes konkurrerende grupperinger af retslærde. Grupperingerne på dette tidlige stadie af islamisk rets udvikling kaldes "de ældste retsskoler". På trods af betegnelsen var der hverken tale om a) noget institutionaliseret, b) organiseret undervisning, c) en fast og bestemt opfattelse af juraen, eller d) noget med en officiel status.

Selv om der ikke var en bestemt opfattelse af de retlige normer inden for hver skole, havde den enkelte skole en gennemsnitsdoktrin med sine egne primært geografisk betingede særpræg.

Skolerne var dog på ingen måde lokale fænomener, som var uden betydning uden for snævert afgrænsede højborge. I et givet område var én skole som regel dominerende, men det var ikke til hinder for, at der endog i den dominerende skoles højborg var tilhængere af andre skoler. Endvidere kunne en skole være dominerende i fjertliggende og indbyrdes isolerede egne af det enorme imperium, som på den tid strakte sig fra Indusfloden i øst til Lisabon i vest.

Skolerne betegnes ved de geografiske tilhørsforhold for skolernes intellektuelle kraftcentre, der vist nok oftest samtidig er deres oprindelsessteder. For eksempel kom den medinesiske skole fra Medina.

I islamisk rets første tid tillagde man det islamiske moment forbavsende lille betydning ved udformningen af doktrinen. På dette punkt indtraf der en ændring under de ældste retsskoler på grund af den i hvert fald i hovedtrækkene fælles retslære, som er kendetegnende for de ældste retsskoler.

Ifølge denne retslære, hvis kerne var fællesnævneren for de ældste retsskoler, var de normer, der kunne udledes af Koranen, bindende. Derudover byggede de ældste retsskolars retslære på to indbyrdes sammenhængende ideer om erkendelsen af den islamiske ret.

Den ene ide var ideen om "sunnā", et begreb, der på dette tidlige trin af den islamiske retslæres udvikling, stod for, den i de rettroendes samfund levende, ældgamle og fra tidernes morgen uforanderlige skik og brug, hvorfra der flyder retlige normer af det helt ideelle indhold, som udgør islamisk ret.

Den anden ide vedrørte erkendelsen af sunnā. Om noget var sunnā afhæng af "ijma" - ordet betyder direkte oversat enighed, men i praksis var det et spørgsmål om flertal - iblandt de ledende og anerkendte retslærere. En samtidig retslærer fra Basra udtrykte sin opfattelse af ijma på følgende måde:

"Når jeg konfronteres med en generation af retslærere i en skole, og de har samme opfattelse, kalder jeg det ijma uanset, om deres forgængere havde en anden opfattelse, idet flertallet ikke ville kunne enes om noget i uvidenhed om deres forgængeres standpunkt, og idet de kun ville afvise den forladte opfattelse på grund af ophævelse, eller fordi de har fundet et bedre argument end de tidligere fremførte. Og dette gælder, selv om den yngre generation intet har sagt derom."

Den retslærers henvisning til "ophævelse" vedrører læren om, at et koranstykke kan træde i stedet for et ældre koranstykke. Med henvisningen menes således, at den yngre generation af retslærere må formodes eventuelt at have fundet et i den hidtidige diskussion overset koranstykke. Læren bygger på to sura'er fra Koranen, der lyder som følger:

*"Når vi sætter et vers i stedet for et andet - Allah ved dog bedst, hvad han åbenbarer - så siger de vantro: "Du lyver jo."
og
"Når vi udsletter et vers eller lader det gå i glemme, bringer vi et andet, der er bedre eller lige så godt."*

Svarende til de retslærdes ijma opereredes med ijma blandt alle muslimer, der ligeledes kunne afgøre, om noget måtte anses for sunna. Da der var tale om en meget vag og uhåndterlig test, hvis anvendelse indebar indlysende praktiske problemer, valgte man dog at begrænse betydningen af denne form for ijma til mere basale spørgsmål.

Til at begynde med anskuede de retslærde hvert konkret problem som et isoleret problem, hvorfor doktrinen havde en stærkt kasuistisk karakter. Efter etableringen af de ældste retsskoler begyndte de retslærde i stigende grad at tilstræbe konsistens i den kasuistisk opbyggede doktrin. Dette skete blandt andet ved introduktionen af en rå og primitiv form for analogislutning i den juridiske metode.

Det dominerende element i den juridiske metode var dog stadig de retslærdes personlige skøn, mens Koranen spillede en mere tilbagetrukket rolle. Dette skyldtes blandt andet, at Koranen som tidligere nævnt indeholder meget få egentlige retsregler. Ud fra et islamisk synspunkt var der imidlertid tale om et klart fremskridt, idet de tidligste retslærde ikke havde afledt ret meget fra den hellige bog. De havde endog på nogle punkter ladet sig inspirere af myndighedernes faktiske retshåndhævelse på områder, hvor den stred mod Koranens ånd og/eller ord.

De retslærde var klar over, at de i realiteten udøvede en ret skønsmæssig virksomhed. For formelt at legitimere, at erkendelsen af islamisk rets evige sandheder i vidt omfang beroede på den retslærdes skønsmæssige stillingtagen, udviklede de et begrebsapparat omfattende forskellige former for skøn og et sæt regler for deres udøvelse.

"Ra'j" betegner i islamisk ret enhver form for argument, hvori indgår et element af menneskeligt skøn. Inden for dette overbegreb sonderer man blandt andet mellem "qijas" - analogi -, "istihsan" - hensynet til det smukke gode og rigtige -, "istihbab" - det af den retslærde som den bedste løsning foretrakne og "istislah" - hensynet til samfundets almene interesser.

Når man ser bort fra qijas (analogi), er realitetsforskellen mellem udøvelsen af de forskellige former for skøn særdeles tvivlsom. Dette forhindrede imidlertid ikke de enkelte retslærde i at have deres personlige favoritter, som de overvejende brugte i argumentationen for deres synspunkter.

Terminologiske konstruktioner af denne art synes i øvrigt at være en af jurister universelt anvendt metode til fordunkling af, at deres stillingtagen ofte hviler på deres personlige præferencer og ikke er strengt nødvendige følger af kilder/principper med særlige "retlige kvaliteter".

I hele den periode, hvor islamisk ret udviklede sig til det, den er i dag, fik det religiøse element stadig større betydning.

I de ældste retsskoler kom det til udtryk derved, at man efterhånden begyndte at tage Koranens ord og ånd alvorligt, og at islamisk etik i stigende

grad blev inddraget i argumentationen for og imod forskellige løsninger på de juridiske spørgsmål.

Senere resulterede den stedse skærpede religiøse bevidsthed i fremkomsten af en stærk opposition mod de yngre retsskoler, hvis retslære i mellemtiden havde afløst de ældste retsskolars teorier, men hvis doktriner i realiteten var loyale videreudviklinger af de ældste retsskolars doktriner.

Denne opposition førte til, at de yngre retsskolars retslære i slutningen af det niende århundrede transformeredes til den såkaldte klassiske retslære, som er fundamentet for de klassiske retsskoler, der lige siden har været indbegrebet af islamisk jura.

Indtil da blev den ret frie udøvelse af menneskeligt skøn i stadig stigende grad begrænset af en række faktorer, herunder navnlig:

- a) opdyrkelsen af på regionalt plan alment anerkendte doktriner inden for de enkelte retsskoler.
- b) opstillingen af mere strikse og forfinede regler for udøvelsen af de forskellige former for ra'j.
- c) transformationen af de ældste retsskoler til de yngre retsskoler, der havde en mere formalistisk retslære, og derefter transformationen til de klassiske retsskolars endnu mere formalistiske retslære.

Fremkomsten af de yngre retsskoler og den fortløbende begrænsning af det menneskelige skøn vil blive nærmere omtalt senere i artiklen.

10. Abbaside-kalifatet og islamiseringen af retssystemet

10.1. Magtovertagelsen

I 750/132 blev Umayyaderne styrtet under blodige uroligheder. Hele dynastiet blev massakreret på nær én, der nåede at flygte til imperiets spanske provins.

Efter at han havde taget magten i denne provins, blev den løsrevet fra det øvrige islamiske imperium og herefter styret som en selvstændig stat med Cordoba som hovedstad. Det islamiske styre i Spanien, der - i hvert fald i en lang periode - var det mest oplyste i Europa, ophørte i 1492, hvor de kristne erobrede Granada.

Ni år senere blev maurerne - det berbisk-arabiske blandingsfolk, som i det syvende århundrede havde erobret Spanien - fordrivet fra Spanien, der derefter var rent kristent, idet jøderne allerede nogle år før var gjort til genstand for en tilsvarende etnisk udrensning.

De nye magthavere i den øvrige del af det islamiske imperium, Abbasiderne, havde i deres revolutionære propaganda mod Umayyaderne slået på, at

Umayyaderne var moralsk fordærvede og ikke tog behørigt hensyn til islam, hvorimod de selv ville indføre Allahs rige her på jord.

De hævdede, at de ældste retsskolelæres doktriner var de eneste legitime retlige normsystemer, og at de derfor ville sørge for, at kadien kom til at dømme i overensstemmelse hermed.

10.2. Kadien under Abbasiderne

Da Abbasiderne kom til magten, blev kadiens embede i overensstemmelse med Abbasidernes programmerklæringer islamiseret. Kadien skulle herefter obligatorisk udpeges blandt de islamiske retslærere, og han skulle dømme i overensstemmelse med islamisk ret uden de verdslige myndigheders indblanding. Endvidere skulle han ikke længere udnævnes af de stedlige guvernører men af kaliffen, der som profetens efterfølger var den islamiske stats verdslige og gejstlige overhoved.

Den uafhængighed, som kadien ifølge Abbasidernes programmerklæringer skulle nyde i udøvelsen af sit hverv, blev imidlertid aldrig til andet end et politisk og teologisk ideal.

Kadiens almindelige og uindskrænkede kompetence til at afgøre retssager blev for eksempel hurtigt modificeret væsentligt. Konkurrerende dømmende myndigheder fortrængte nemlig i løbet af kort tid den islamiske dommer fra væsentlige sagsområder.

10.3. Politimyndigheden shurta

Det viste sig, at islamisk rets processuelle regler gjorde det meget vanskeligt eller endog praktisk umuligt at efterforske og behandle en del strafferetlige sager. Følgelig blev størstedelen af den strafferetlige jurisdiktion frataget kadien og lagt i hænderne på den halvmilitære politimyndighed, "shurta".

Ifølge Jes Asmussen, "Islam", side 178 skyldtes kompetenceoverførslen til shurta primært, at Koranen kun indeholder faste regler om seks former for kriminalitet, nemlig: a) ulovlig kønslig forbindelse, b) falsk anklage for ukyskhed, c) tyveri, d) vindriking, e) væbnet røveri og f) frafald fra den rette tro, islam. Forklaringen er imidlertid af tvivlsom rigtighed, allerede fordi de retslærere i almindelighed ikke har haft problemer med at supplere Koranens sparsomme retsregler.

10.4. Markedsinspektøren, muhtasib'en

Fra det byzantinske riges administrative system havde den islamiske stat overtaget embedsmanden, markedsinspektøren, der stod for det offentliges regulering af trafik, byggeri og sanitet og derudover overvågede handel og håndværk.

Under abbasiderne blev ikke alene kadien men også markedsinspektøren islamiseret. Det skete ved, *at* han fik den islamiske titel, "muhtasib", *at* han fik den yderligere opgave at opmuntre til god islamisk levevis, og *at* han blev pålagt at udføre sit hverv i overensstemmelse med islamisk ret.

Der har dog aldrig været tvivl om, at muhtasib'ens sagsbehandling ikke kunne leve op til islamisk rets meget rigoristiske krav, herunder navnlig de processuelle krav med hensyn til behandlingen af straffesager.

Muhtasib'ens kompetence overlappede i vidt omfang kadi'ens. Muhtasib'en kunne for eksempel dømme fordrukne og utro til piskning, ligesom han kunne dømme tyve taget på fersk gerning til håndsafhugning.

Muhtasib'ens opgave med at overvåge handel og håndværk kan nok nærmest sammenlignes med de opgaver forbrugerombudsmanden, Konkurrence-ådet og Kommissionens konkurrencerets-direktorat løser i dagens Danmark og EU.

Han skulle blandt andet modvirke salg af forfalskede varer og lignende samt gribe ind over for de magtfulde laug, der organiserede og kontrollerede udøvere af enhver form for erhverv. Sådanne indgreb kunne for eksempel komme på tale, når laugene forsøgte at drive priserne kunstigt i vejret eller på anden måde forsøgte at påvirke konkurrencen utilbørligt.

Som eksempel på de anvendte sanktioner kan nævnes, at muhtasib'en i Marokko straffede vareforfalskning ved, at bedrageren understøttet af piskende betjente skulle bære de falske varer rundt i gaderne og med høj røst forkynde sin forbrydelse.

Da muhtasib'ens myndighedsudøvelse ikke levede op til islamisk ret, indebar hans retshåndhævende virksomhed endnu en betydningsfuld afvigelse fra abbasidernes programerklæring om den hellige lovs håndhævelse i det virkelige liv.

Markedsinspektøren har i øvrigt som institution overlevet i mere end 1100 år. I 1960'erne fungerede institutionen således stadig i flere lande, og den lever formentlig endnu i bedste velgående under eller anden form i visse dele af den muslimske verden.

10.5. Klageretten

På det civilretlige område kunne kadiens håndhævelse af de guddommelige retsregler heller ikke leve op til samfundets krav om et velfungerende retssystem. Formueretlige sager vandrede derfor langsomt men sikkert væk fra kadiens bord og over til den såkaldte klageret.

Oprindelig blev klagerettens myndighed udøvet som en del af den absolutte verdslige og gejstlige herskers selvfølgelige ret til personligt at blande sig i hvad som helst. Men efterhånden som sagsmængden voksede, blev der oprettet egentlige specialdomstole, som blev bemyndiget til på vegne af kaliffen at behandle sagerne.

Denne udvikling har i øvrigt en parallel i udviklingen af engelsk kontraktsret, der på grund af dens fuldstændige parallelitet er ganske pudsigt.

Efter at Common Law systemet i det 14. århundrede var stivnet og ikke fungerede tilfredsstillende blev der i England udnævnt en særlig kongelig embedsmand, Lord Chancellor, som havde bemyndigelse til at henvise sager fra de almindelige Common Law domstole til afgørelse i kongens råd. Dette udviklede sig med tiden til, at der sideløbende med Common Law og Common Law domstolene eksisterede et alternativt regelsæt og en alternativ domstol, nemlig Equity og Court of Chancery.

10.6. Islamiseringens betydning

Uagtet at Allahs rige her på jord i form af kadiens uanfægtede og uindskrænkede håndhævelse af islamisk ret aldrig nåede at få mere end en enkelt tå til jorden under Abbaside-kalifatet, fik Abbasidernes islamiseringsprogram blivende og meget væsentlig politisk betydning.

Kadi'ens embede er lige siden blevet identificeret med den hellige lov, og i dag er ideen om sharia'ens håndhævelse i virkelighedens verden det ideologiske fundament for flere stater og en mængde politiske partier, organisationer og bevægelser.

11. De yngre retsskoler

De yngre retsskoler er en videreudvikling af de ældste retsskoler. Sondringen mellem de ældste og de yngre retsskoler beror på forskelligheder i skolernes retslære og ikke på forskellige opfattelser af, hvilke retsregler der udgør islamisk ret.

Der er ikke tale om nogen skarp sontring, idet udviklingen fra de ældste til de yngre retsskolars retslære var langsom og glidende.

Som tiden gik følte de retslærde behov for et formelt mere tilfredsstillende bevis for, at doktrinen skulle være udtryk for den helt ideelle ældgamle og uforandrede sunna, end blot den blinde tillid til ijma, det vil sige flertallets ufejlbarlighed, jfr. ovenfor under punkt 9.

Dette behov tilfredsstillede de retslærde ved at postulere, at doktrinen's rigtighed ikke (længere) beroede på deres egen indbyrdes enighed men derimod på, at den var i overensstemmelse med noget en ældre autoritet ifølge overleveringer havde sagt eller gjort engang i tidernes morgen.

I de ældste retsskoler beroede doktrinen's korrekthed som nævnt på ijma. Når der på et område forelå en ældre overlevering, som pegede på én løsning, var det imidlertid vanskeligt for de "ældste retslærde" at retfærdiggøre, at en anden løsning skulle være udtryk for den ældgamle og uforandrede sunna alene, fordi der blandt de retslærde var flertal for den anden løsning.

Det er formentlig dette forhold, der satte gang i, hvad der siden skulle vise sig at være en lavine, som vendte op og ned på islamiske retslære. I hvert fald er det en realitet, at de retslærde på et tidspunkt i stadig stigende grad begyndte at påberåbe sig overleveringer til støtte for deres standpunkter, og at de efterhånden påberåbte sig stadig ældre autoriteter.

Herved opstod de yngre retsskoler, som bortset fra retslæren, herunder navnlig læren om den juridiske metode, var loyale videreførsler af de ældste retsskoler, hvis doktriner de blot havde transformeret, således at de kom til at fremstå som afledt af diverse overleveringer.

Selv om de retslærde i de yngre retsskoler primært argumenterede ud fra overleveringer, havde ijma ikke fuldstændigt udspillet sin rolle i retslæren.

Man kan endog med lidt god vilje sige, at det stadig i sidste instans afhang af ijma, om noget skulle anses som udtryk for islamisk ret. Det var nemlig ijma, der afgjorde, om en overlevering kunne anses for pålidelig, således at den kunne lægges til grund for argumentationen for eller imod løsningen af et omdiskuteret spørgsmål.

Efter omstændighederne kunne ijma endvidere ved udøvelsen af ra'j, det vil sige det menneskelige skøn, selv uden støtte i Koranen eller overleveringer afgøre, om noget var at anse for sunna og dermed islamisk ret. Dette forudsatte dog, at der ikke på området fandtes andet pålideligt materiale, som kunne påberåbes til støtte for en løsning af problemet.

Denne tiltagende formalisme, som påberåbelsen af overleveringer var udtryk for, gav de yngre retsskoler et problem, som de ældste retsskoler havde været forskånet for. Den enkelte retsskoles majoritet havde nemlig ikke monopol på at sætte overleveringer i omløb.

De øvrige retsskoler, oppositionelle elementer inden for de forskellige retsskoler og personer uden direkte tilknytning til retsskolerne blandede sig

med overleveringer, der var egnede til at sætte spørgsmålstejn ved autenticiteten af retsskolernes doktriner.

Problemet bestod i, at den seriøst arbejdende retslærde ikke kunne nøjes med at anføre de overleveringer, som talte for hans resultat. Han måtte også desavouere de overleveringer, som pegede på andre resultater.

De retslærde måtte med andre ord udvise stor opfindsomhed med hensyn til at finde argumenter mod generende overleveringer, og de fejede dem af bordet under henvisning til såvel deres formelle utroværdighed - anfægtelse af isnad'en, det vil sige af kæden af overleverende personer - som til den materielle upålidelighed - selve beretningen og det deraf afledte normative indhold.

På trods af denne tiltagende formalisme og en vis teoretisk opstramning af reglerne om brugen af ra'j bar de retslærdes virksomhed stadig præget af en udbredt vilkårlighed. Endvidere var deres argumenter langt fra altid konsistente.

Begge dele mere end antydes i følgende citat, der stammer fra den samtidige retslærde Shafii:

"I afviger fra, hvad I selv overleverer om Ibn Umar, og fra, hvad andre overleverer om profeten, uden at bruge overleveringer om andre, som mig bekendt kunne være påberåbt til støtte for Jeres resultater.

Jeg ved ikke, hvorfor I påberåber jer overleveringer.

Hvis I gør det for at vise, at I kender dem og bevidst afviger fra dem, så har I nået jeres mål og vist, at I afviger fra jeres forfædres doktrin.

Hvis I anfører dem for at følge dem, så begår I en fejl, når I ignorerer dem, og I ignorerer mange af de få overleveringer, som I anfører.

Hvis I mener, at beviset for doktrinen ikke ligger i overleveringerne, hvorfor gør I Jer så besværet med over hovedet at anføre dem, når I alligevel blot bruger de dele af overleveringerne, hvormed I er enige, som argument mod de overleveringer, der strider mod jeres personlige synspunkter?"

Ret sent under de yngre retsskoler begyndte der at cirkulere overleveringer om profeten med et specifikt retligt indhold - hadith'er. De havde ikke nogen

særlig status i de yngre retsskolars retslære, hvor de blev behandlet fuldstændig på linie med andre overleveringer om profetens ledsagere og andre ældre autoriteter.

Denne demokratiske holdning til behandlingen af overleveringer om forskellige personer kunne imidlertid ikke opretholdes i det lange løb, og med tiden førte fremkomsten af de retlige hadith'er til endnu en omvæltning af islamisk retslære.

12. Oppositionen mod de yngre retsskoler

I forbindelse med fremkomsten af retlige hadith'er begyndte man fra forskellig side at anfægte grundlaget for de yngre retsskolars virke. I det følgende vil jeg alene omtale to angreb, som fik blivende betydning.

12.1. Hadithbevægelsen

I stærkt religiøse kredse uden for de etablerede retsskoler afviste man, at sunna i form af den i de rettroendes samfund levende ældgamle og uforanderlige skik skulle være nøglen til islamisk rets evige sandheder.

De ville skifte denne upersonificerede sunna ud med Koranen og profetens sunna, det vil sige den "sædvane", som kommer til udtryk i profetens handlinger, og som efter deres opfattelse kun kunne udledes af hadith, det vil sige af overleverede beretninger om profeten, jf. ovenfor under punkt 4.

De ville med andre ord have, at Koranen og hadith skulle være de eneste retskilder, hvorimod intet som helst skulle kunne udledes af overleveringer om profetens ledsagere eller andre.

Inden for den noget uensartet sammensatte hadithbevægelse mødte man endog det eksotiske synspunkt, at hadith skulle have fortrin frem for Koranen i tilfælde af uoverensstemmelse mellem de to retskilder.

Det siger sig selv, at hadithbevægelsen afskyede ra'j. Selv analogislutningen i dens mest restriktive former blev stemplet som kætteri og Satans værk.

Da enhver retsregel således skulle støttes på den umiddelbare og ubearbejdede ordlyd af enten en hadith eller Koranen, havde hadithbevægelsen problemer med at opstille doktriner, der blot nødtørftigt dækkede de retlige problemer, som virkeligheden ubønhørligt skaber.

Dette var naturligvis særlig udtalt i starten, hvor antallet af hadith'er i omløb var relativt begrænset. Men selv da mængden af hadith'er senere steg enormt, udvikledes hadithbevægelsens doktrin sig ikke til meget mere end markeringen af et oppositionelt standpunkt.

12.2. Shafii

Shafii (767/151 - 820/204) trådte sine juridiske barnesko i den medinesiske retsskole og vedblev hele livet med at anse sig for knyttet til den.

Grunden til, at han insisterede på at tilhøre en af de yngre retsskoler, som han ellers brød markant med, kan meget vel antages at være, at han ville sikre sig mod at blive identificeret med hadithbevægelsen, som blandt de etablerede retslærde havde et blakket ry.

Han anså de yngre retsskolars juridiske metode for at være rodet, inkonsekvent, ulogisk og alt for præget af vilkårlighed, hvilket altsammen fremgår af hans ovenfor i afsnit 11 citerede kritik af nogle repræsentanter for de yngre retsskoler.

Han kunne tiltræde hadithbevægelsens hovedteser om profetens sunna, om hadith's fremtrædende stilling som retskilde og om afvisningen af overleveringer om andre end profeten som retskilde.

For så vidt angår forholdet mellem hadith og Koranen mente han, at det var absurd at antage, at de skulle kunne stride mod hinanden. Der kunne højst være tale om tilsyneladende uoverensstemmelse, som måtte fjernes ved tillempende fortolkning.

Han indrømmede dog hadith et vist primat over Koranen, idet Koranen skulle læses i lyset af hadith og ikke omvendt.

Det er der imidlertid ikke noget overraskende i, da store dele af Koranen ikke er forståelig, medmindre man har et indgående kendskab til Muhammeds liv, herunder navnlig de omstændigheder, hvorunder han modtog og videregav de åbenbaringer, som Koranen består af. For de generationerne, der ikke som den første menighed havde profeten i deres midte, var den eneste kilde til sådan viden overleveringerne om profeten, og det var derfor logisk, at Koranen måtte læses i lyset af disse overleveringer.

I de yngre retsskoler var en stor del af de løsninger, som Shafii anså for blot at være udslag af menneskelig vilkårlighed, udelukkende baseret på ijma blandt de retslærde.

Shafii tog imidlertid kravet om ijma - enighed - bogstaveligt og krævede fuldstændig enighed i form af enstemmighed og ikke blot flertal.

Da han med baggrund i den medinesiske retsskole havde erfaring for, at retslærde ofte har lettere ved at diskutere i det uendelige end at nå til fuldstændig enighed, måtte han bestride den blotte eksistens af de retslærdes ijma. Shafii afviste derfor i realiteten fuldstændig de retslærdes ijma som retskilde.

Tesen om alle muslimers ijma om de mest basale spørgsmål kunne Shafii derimod tilslutte sig. Han mente nemlig, **at** sådan en ijma måtte antages at eksistere, når det drejede sig om mere fundamentale emner, og **at** det her var

sandsynligt, at det muslimske samfund som helhed havde videreført profetens sunna.

Ifølge Shafii kunne ijma blandt samtlige muslimer ikke stride mod hadith og Koranen. Imidlertid var der tale om en meget vag og uhåndterlig retskilde. Den principielle accept af denne form for ijma var derfor uden den store praktiske betydning.

Vers 36 i Koranens surra 75 siger, at ingen står uden vejledning. Blandt andet på grundlag heraf gik Shafii ud fra, at hadith eller Koranen altid ville kunne give et fingerpeg om, hvorledes et givet juridisk problem skulle løses. Følgelig afviste han enhver form for juridisk argumentation, der ikke tog udgangspunkt i hadith eller Koranen.

Analogislutninger anerkendte han dog som fuldt ud legitime, når blot det drejede sig om slutninger til (ellers) retstomme rum. Han mente ligefrem, at det kunne udledes af vers 36 i surra 75, at det var en hellig pligt at bruge analogislutninger.

Shafiis begejstring for analogier gik ikke så langt, at han ville anse dem for en selvstændig retskilde som hadith og Koranen, der begge var af guddommelig oprindelse. Analogislutninger var efter hans mening (blot) en metode, som var underordnet de egentlige retskilder.

I dansk ret, som i vidt omfang er baseret på abstrakt formulerede bestemmelser, spiller analogislutninger en relativt begrænset rolle. I modsætning hertil må analogislutninger nødvendigvis have enorm betydning i retssystemer, der som det islamiske er baseret på et kasuistisk opbygget fundament, nemlig hadith. Analogislutningen åbner nemlig mulighed for formulering af mere eller mindre almindelige regler, der kan dække tilfælde, som ikke udtrykkeligt er dækket af overleveringernes ordlyd.

Derfor kan den på analogislutningen beroende forskel mellem Shafii og hadithbevægelsen, hvis hovedteser Shafii havde tilsluttet sig, næppe overbetones.

Når det kom til stykket havde Shafii i det hele taget ikke særlig meget til fælles med hadithbevægelsen, hvis retslære stort set ikke udvikledes ud over formulering af bevægelsens hovedteser.

Shafii udviklede en helt ny, meget kompleks, logisk og konsistent retslære, der tog højde for en meget stor del af den juridiske teoris mere eller mindre universelle problemer, herunder for eksempel spørgsmålet om hvorvidt man kan slutte analogt fra en undtagelse til en hovedregel. Endvidere opstillede han med rimelig konsekvent hensyntagen til sine teoretiske synspunkter en omfattende doktrin.

Hans indsats systematiske karakter og høje intellektuelle niveau gør, at vesteuropæiske forskere anser ham for at være både grundlæggeren af den selvstændige islamiske videnskab, der beskæftiger sig med islamisk rets

"rødder" - "usul al-fikh" -, og den største retslærde i islamisk rets historie nogensinde.

13. De yngre retsskolars reaktion

Samfundet var dybt konservativt. Tingene udviklede sig ganske langsomt, og enhver åbenlys fornyelse blev stempet som kætteri.

Retsskolernes retslære havde godt nok gennemgået en udvikling, men denne gradvise udvikling på det metodemæssige plan havde ikke i sig selv nødvendiggjort væsentlige ændringer af retsreglerne. Doktrinen var således et relativt uforandret produkt, der igennem mange generationer var blevet afpudset og forfinet af de retslærde, og som de med nidkærhed hægede om.

Endvidere var der endnu ikke tilstrækkeligt med hadith'er i omløb til, at de yngre retsskoler umiddelbart kunne transformere deres doktriner, så de kunne leve op til de nye tiders krav om, at en retsregel hverken måtte støttes på overleveringer om andre end profeten eller på de retslærdes ijma.

De yngre retsskoler kunne følgelig ikke uden videre tilslutte sig de nye ideer. medmindre de var indstillede på at svigte deres fra de ældste retsskoler videreførte doktriner. Det lå dem imidlertid meget fjernt.

Profetens sunna var dog et begreb, som ret forståeligt havde stor magt over muslimernes sind. For eksempel havde abbasiderne, da de gjorde en voldsom og blodig ende på umayyade-kalifatets regime, i deres propaganda mod umayyaderne hævdet, at umayyaderne havde afvejet fra profetens og de fire første kaliffers sunna.

De yngre retsskoler var derfor efterhånden nødsaget til at erkende, at den islamiske ret snarere var at finde i profetens sunna end i den ide om en fra tidernes morgen uforandret og i samfundet levende sunna, som de ældste retsskoler i sin tid havde adopteret fra arabernes præislamske sædvaner.

På trods af denne betydningsfulde indrømmelse ville de yngre retsskoler ikke umiddelbart ændre deres opfattelse af overleveringer om andre end profeten som fuldt ud gyldig retskilde. De forsvarede sig på dette punkt blandt andet med, at profetens ledsagere udemærket kendte hans ideer, og at de selvfølgelig ikke kunne have drømt om at gøre eller sige noget, der ville stride mod dem og dermed mod profetens sunna.

14. Den klassiske retslære

På trods af hårdnakket modstand kunne de yngre retsskoler ikke i længden holde stand mod de nye retsteoretiske strømninger. I slutningen af det niende århundrede begyndte en ny retslære, den klassiske, for alvor at manifestere sig i retsskolerne.

Den havde træk fra både de yngre retsskoler, hadithbevægelsens og Shafiis teorier. Den vandt i løbet af relativt kort tid almindelig anerkendelse og opslugte de strømninger, som den udsprang fra. Siden har den været den dominerende retslære hos sunnimuslimerne.

De klassiske retsskoler afviger i deres teoretiske fundament en smule fra hinanden, men de små variationer gør det på ingen måde urimeligt at betragte deres forskellige opfattelser som eksponenter for en fælles teori, den klassiske retslære.

Ifølge den klassiske retslære har islamisk ret fire rødder, nemlig 1) Koranen, 2) profetens sunna, der udledes af hadith - at der er tale om profetens sunna anses oftest for sådan en selvfølge, at man blot anvender ordet "sunna" - 3) analogi og 4) ijma.

I modsætning til Shafii anerkender den klassiske retslære således de retslæres ijma som autoritativ. Den afgør, hvornår en hadith er troværdig. Men tilsidesættelse af en hadith kan kun ske under henvisning til mangler ved dens isnad - transmissionskæden - og ikke som under de yngre retsskoler ved anfægtelse af den i hadith'en indeholdte regels kvaliteter.

Det vil sige, at hadith-kritikken var blevet en rent formel disciplin, som alene beskæftigede sig med, om det måtte anses for sandsynligt, at to på hinanden følgende meddelere i transmissionskæden kunne have mødt hinanden, og lignende spørgsmål, som ikke vedrørte hadith'ens normative indhold.

Ifølge den klassiske retslære afgør de retslæres ijma endvidere, hvordan hadith og Koranen skal fortolkes, ligesom den løser spørgsmål om yngre hadith'ers og koranstykkers eventuelle ophævelse af ældre hadith'er og koranstykker.

15. Personificeringen af retsskolerne

Tidligt under de ældste retsskoler var der tale om, at de retslærde som enkeltindivider kom og gik i et nogenlunde fast miljø af retslærde, hvor man udvekslede synspunkter, påvirkede hinanden og udviklede sig i stort set samme retning, hvorved de ældste retsskoler efterhånden opstod.

Med tiden høstede enkelte retslærde anerkendelse som særligt fremragende udlæggere af den hellige lov, og omkring disse orakler samlede sig videbegærlige og mindre fremtrædende retslærde sig som en form for disciple.

Inden for en kreds af disciple kunne der være fraktioner, ligesom kredsens enkelte medlemmer selv kunne besidde sådan en autoritet, at de var samlingspunkt for mindre kredse af disciple. I skolen i Kufa var den anerkendte retslærde Abu Hanifa for eksempel midtpunkt for en stor kreds, der blandt sine medlemmer talte den ligeledes meget betydningsfulde Abu Yusuf, som havde sine personlige disciple.

På et tidspunkt under de yngre retsskoler begyndte de retslære, der hidtil blot havde sat deres egen personlige autoritet bag deres synspunkter, at henvise til, at deres synspunkter var en videreførsel af en af den pågældende retsskoles mest fremtrædende skikkelsers lære. Herved blev retsskolerne efterhånden identificeret med deres mest respekterede retslære fra den periode i stedet for som tidligere med deres geografiske tilhørsforhold.

På denne måde blev for eksempel skolen fra Kufa, hvor Abu Hanafi havde været den store autoritet, transformeret til Manafiskolen, mens den medinesiske skole fra Medina, hvor Malik havde været dominerende, blev transformeret til Malikskolen.

Shafii var ikke eksponent for nogen i forvejen eksisterende skole, selv om han gav udtryk for at tilhøre den medinesiske skole. Følgelig var den skole, der udviklede sig med udgangspunkt i hans lære, fra starten af personfikseret. Da han først kom til på et tidspunkt, hvor personificeringen var i fuld gang i de yngre retsskoler, kan det imidlertid ses som et led i den almindelige udvikling på området.

16. De i dag eksisterende fire klassiske retsskoler

Da den klassiske retslære havde manifesteret sig, anerkendtes i hvert fald syv retsskoler som fuldt ud lige gyldige udtryk for den hellige lov. Men tidernes ugunst, herunder formentlig i særdeleshed de til enhver tid toneangivende magthaveres præferencer, førte til, at der omkring 1300/700 kun var fire tilbage.

De tre retsskoler, der i mellemtiden er gået bag af dansen, har mistet enhver form for legitimitet på trods af deres tidligere fuldstændige anerkendelse på linie med de fire overlevende retsskoler.

Af de fire tilbageblevne retsskoler er de tre tidligere omtalt. Det drejer sig om Hanafiskolen, Malikskolen og Shafiiskolen. Dertil kommer Hanbaliskolen, som er opkaldt efter Ibn Hanbal, en sen eksponent for hadithbevægelsen.

17. Doktrinen stivner fuldstændig

I begyndelsen af det niende/fjerde århundrede næsten 100 år efter, at Ibn Hanbal som den sidste af de fire klassiske retsskolars stamfader var afgået ved døden, begyndte doktrinen i islamisk ret for alvor at stivne. Denne proces kaldes "den gradvise lukning af ijihad's port".

Indtil da havde det principielt stået enhver frit for at argumentere for en løsning på et juridisk problem ved hjælp af den juridiske metode, som anerkendtes af den på det pågældende tidspunkt herskende retslære.

Efter lukningen af ijthad's port var det imidlertid stort set slut. På dette stadie af islamisk rets udvikling var betydningen af begrebet ijthad indsnævret til alene at omfatte analogi og strengt systematiske juridiske argumenter, hvor begrebet før hen tillige havde omfattet alle andre former for anvendelse af menneskeligt skøn.

Man mente, at de juridiske problemstillinger efterhånden var så gennemdiskuterede af de højst tænkelige autoriteter, at doktrinen måtte have antaget en så perfektioneret form, at den ikke kunne anfægtes af nogen, uanset hvilke argumenter de kunne finde på at fremføre.

Følgelig måtte al fremtidig aktivitet vedrørende spørgsmål, som allerede var blevet tilstrækkeligt debatteret, indskrænke sig til udlægning, anvendelse og eventuelt fortolkning af doktrinen, som den var fastlagt en gang for alle.

Herefter var enhver selvstændig stillingtagen til kendte juridiske problemer selv under iagttagelse af anerkendt juridisk metode med andre ord bandlyst.

De værker, der i dag danner udgangspunkt for de islamiske retslæres virke, er skrevet sidst i middelalderen. Men end ikke forfatterne til disse værker var berettigede til at udøve ijthad, for så vidt angår problemer, som var løst før deres tid.

I det omfang, der opstår nye problemer, må de retslærde naturligvis stadig tage selvstændig stilling til disse problems rette løsning, men efter nogen tid vil også det nye problem være tilstrækkeligt gennemdiskuteret til, at det også bliver omfattet af forbudet mod ijthad.

Eksempler på nye problemer, som er blevet gamle, er kaffedrikningen, som i begyndelsen af det 16. århundrede kom til Arabien fra Kaffa - i dag en del af Ethiopien - og nydelse af tobak, der ligeledes i det 16. århundrede kom fra Sydamerika til Spanien, hvorfra lasten hurtigt bredte sig til blandt andet muslimske egne.

De fire klassiske retsskoler er alle nået frem til det resultat, at såvel kaffedrikning som rygning er i god overensstemmelse med islamisk ret. Ud fra et kulturelt synspunkt er denne løsning af stor betydning, idet indtagelse af kaffe og tobaksrøg synes at udgøre to af den mandlige arabiske befolknings foretrukne beskæftigelser. Det indtryk får man i hvert fald, når man passerer en arabisk fortovs-café.

At tilladeligheden af kaffedrikning og tobaksrygning ikke er en selvfølgelig fremgår af, at begge dele var forbudt inden for den puritanske Wahabisekt, som i 1700-tallet blev grundlagt af Muhammed ibn Abdul-Wahab. Forbudet var, for så vidt angår tobaksrygningen fremkommet ved en analogi fra forbudet mod at drikke vin. På arabisk betegnes det at ryge tobak nemlig ved udtrykket "*at drikke røg*".

18. Den fejlagtige opfattelse af islamisk ret som barbari; modernisering af islamisk ret

Det er i vor kristne kultur et udbredt dogme, at islamisk ret i bund og grund er et primitivt og afstumpet fænomen. Selv i de af vore aviser, der gerne vil have ry for at tilhøre den mest seriøse del af pressen kan man for eksempel læse artikler med overskrifter som "Islamisk lov er islamisk barbari".

Det er ikke vanskeligt at finde eksempler på islamisk ret, der med en nulevende skandinavs øjne kan forekomme barokke eller måske lige frem barbariske. Det er imidlertid en fundamental misforståelse at betragte islamisk ret som et i almindelighed primitivt eller barbarisk fænomen.

Følgende citat af Shafii, der levede flere hundrede år, før historisk tids begyndelse i Norden, det vil sige ca. 900 år før Danske Lov, skulle gerne illustrere en i vores kulturkreds mindre påagtet side af islamisk ret:

"Hvis en mand køber en slavepige, der lider af en mangel, som sælgeren har skjult for køberen, så er retsstillingen den samme uanset, om han gjorde det bevidst eller ubevidst, men sælgeren har begået en synd, hvis han gjorde det bevidst.

Hvis slavepigen i køberens besiddelse pådrager sig endnu en mangel, og køberen opdager den mangel, der oprindeligt var blevet skjult for ham, er han ikke længere berettiget til at returnere hende (under påberåbelse af den første mangel) selv om den nye mangel er den mindst mulige mangel ved en slave.

Den mindst mulige defekt, der er opstået før et salg og er holdt skjult for køberen giver køberen ret til at returnere en slavepige, for sådan en mangel gør, at aftalen kun er bindende, hvis køberen vil det.

Tilsvarende har køberen den samme forpligtelse til at returnere hende til sælgeren efter, at hun i hans besiddelse har pådraget sig en mangel, hvortil svarer, at sælgeren ikke er berettiget til at fastholde en købsaftale om et objekt, der havde en fejl allerede mens den var i sælgerens besiddelse.

Dette er indholdet af Profetens sunna (der er kommet til udtryk i en hadith) gående ud på, at han besluttede, at en slave skulle returneres på grund af en mangel.

Hvis en mangel udvikler sig, mens hun er i køberens besiddelse har han krav på det beløb, hvormed hendes værdi er formindsket grundet den skjulte fejl. Denne ret til forholdsmæssigt afslag fungerer som følger:

Værdien af slavepigen uden mangler vurderes og sættes til for eksempel 90. Vurderingen skal ske ud fra værdien på det tidspunkt, hvor leveringen fandt sted, idet købet da afsluttedes. Køberen har så krav mod sælgeren på en tiendedel af hendes pris uanset om den var høj eller lav. Hvis han købte hende for 200 har han krav på 20, og hvis han købte hende for 50, har han krav på 5.

Undtaget fra alt dette er det tilfælde, hvor sælgeren er rede til uden yderligere krav at tage hende tilbage efter, at hun hos køberen har pådraget sig en mangel. Her har køberen valget mellem enten at aflevere hende tilbage eller at beholde hende uden at gøre krav på forholdsmæssigt afslag."

Det, der med vor kulturkreds' øjne må opfattes som islamisk rets største problem, nemlig dens videreførelse af retsregler, der for hovedpartens vedkommende stammer tilbage fra 600- og 700-tallet, skyldes ikke, at der ikke har været islamiske retslærde, som kan måle sig med de personer, som vi betragter som vores største og mest betydningsfulde jurister - for Danmarks vedkommende utvivlsomt: A. S. Ørsted.

Problemet er heller ikke alene, at der er tale om en i princippet absolut og eviggyldig retsorden. I islamisk rets første århundreder, hvor retsordenen i princippet også var absolut og eviggyldig, var der nemlig trods alt en vis udvikling ikke alene af retslæren men også af doktrinen.

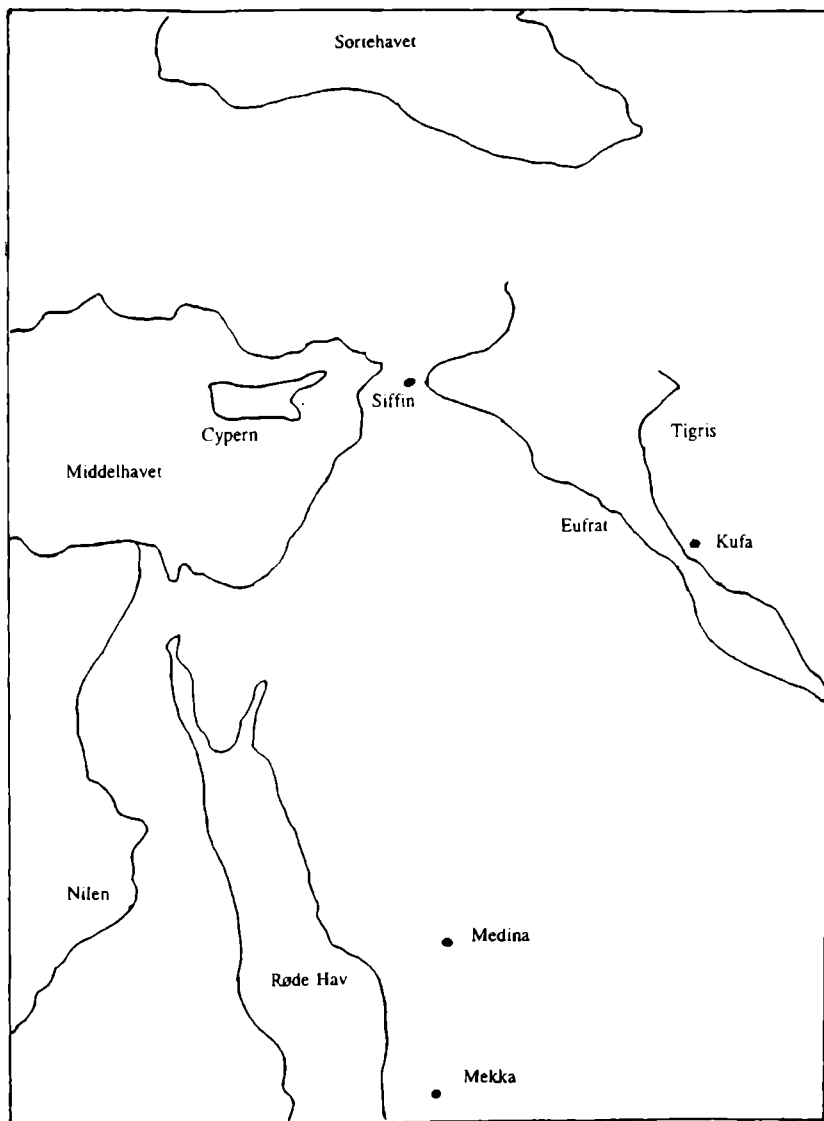
Den mest betydningsfulde årsag til, at islamisk ret ikke i større omfang er blevet tilpasset de ændrede forhold, må derimod primært søges i den omstændighed, at islamisk retslære navnlig på grund af "lukningen af ijtihad's port" nærmest har udviklet sig til en gordisk knude, som i princippet umuliggør selv maskerede forsøg på fornyelse og modernisering. En fornyelse eller modernisering af islamisk ret forudsætter med andre ord en betydelig justering af islamisk retslære. Man kan således roligt sige, at retslæren i islamisk ret spiller en langt mere fremtrædende rolle, end det er tilfældet i dansk ret.

19. Kronologisk oversigt

570	Muhammed født i Mekka.
609	Muhammed bliver profet.
622	Urmenighedens udvandring fra Mekka til Medina og starten på den muhamedanske tidsregning.
630	Muhammed indtager Mekka.
632	Muhammed dør.
632-34	Abu Bakr kalif.
634-44	Umar kalif.
644-56	Uthman kalif - en af kaliffen nedsat kommission udarbejder en autoriseret udgave af koranen.
656-61	Ali kalif.
657	Slaget ved Siffin mellem Alis og Muawijas styrker og splittelsen af de rettroende i sunnier og shiitter.
661-750	Umayyadekalifatet - de første kadier udnævnes under kalifatets første år, og muftierne begynder at beskæftige sig med den retlige regulering af de rettroendes gøremål, hvorved islamisk ret grundlægges.
omkr. 710	De ældste retsskoler etableres, og det bliver almindeligt at udpege kadier blandt de retslærde.
omkr. 740	Transformeringen af de ældste retsskoler til de yngre retsskoler begynder.
750-1258	Abbasidekalifatet.
767	Shafii født.

omkr. 800	Personificeringen af retsskolerne begynder.
820	Shafii dør.
850-900	Den klassiske retslære bliver dominerende.
omkr. 923	Den gradvise lukning af ijtihads port.
omkr. 1300	Antallet af anerkendte retsskoler er reduceret til de 4, som anerkendes i dag.
omkr. 15. årh.	De værker, der i dag danner udgangspunkt for de islamiske retslæres virksomhed, skrives.
1683	Danske Lov.

**20. KORT OVER ISLAMIS UDBREDELSE I 661 MED ANGIVELSE
AF NOGLE AF DE I ARTIKLEN NÆVNT BYERS PLACERING**



Mærkevarer i enedistribution set i lyset af fri bevægelighed i EU

af
Elisabeth Thuesen

1. Indledning

Inden for distribution kan det aftales mellem leverandør og forhandler, at der tildeles forhandleren (distributøren) en nærmere bestemt eneret til videresalg af de produkter, der omfattes af aftalen. Eneretten er hyppigt ledsaget af forpligtelser, der begrænser forhandlerens frihed til at handle med andre produkter eller begrænser vilkårene for videresalg.

Det bestemmes i Traktat om Det Europæiske Fællesskab (TEF)¹⁾, at der ikke må lægges hindringer i vejen for den fri bevægelighed for varer, der er bragt på markedet i EU, jfr. TEF art. 30 med forbehold af art. 36. Handelen i EU skal foregå på lige vilkår og i overensstemmelse med konkurrencereglerne i TEF art. 85 - 86. Det er et spørgsmål, i hvilket omfang enedistributøren kan befri sig fra kontraktmæssige restriktioner for sin frihed til at handle med produkterne i sin virksomhed ved at påberåbe sig disse regler, der afstikker rammerne for den fri handel i EU.

Produkterne, der er genstand for eneforhandlingsretten, vil ofte være mærkevarer. Det er normalt kvalitetsvarer, som udskiller sig på markedet ved hjælp af et varemærke. Leverandøren er ofte tillige producent af varen.

Konkurrencebegrænsende restriktioner kan bidrage til at sikre, at mærkevaren kan få gennemslagskraft på markedet, at den behandles korrekt i alle salgsled, og at der kan tilbydes kunderne en efter-service på højt niveau. Samtidig er der risiko for, at adgangen til at skaffe sig varen bliver indskrænket, konkurrencen på pris og service kan blive sat helt eller delvis ud af kraft, og produktudviklingen kan stagnere.

¹⁾ Den gældende Traktat om Det Europæiske Fællesskab er fastlagt i art. G i Traktat om etablering af Den Europæiske Union (EU), der blev undertegnet i Maastricht d. 7.2.1992 og trådte i kraft d. 1.11.1993. Der blev ved konferencen i Amsterdam d. 16. - 17. juni 1997 opnået enighed mellem EU-landene om en traktat, der ændrer Maastricht-traktaten. Undertegnelsen af denne Amsterdam-traktat skal finde sted i oktober 1997 i Amsterdam. Dens ikrafttræden er afhængig af, at den godkendes i alle EU-landene.

I det følgende tages udgangspunkt i de muligheder og begrænsninger, der sættes for, at enedistributøren frit kan drive handel med de aftalte mærkevarer og konkurrerende varer. Det forsøges at fastlægge karakteristika for udvalgte grupper af salgssystemer i relation til de mærkevarer, der afsættes, med henblik på at afklare mærkevarens position i de enkelte kategorier af salgssystemer.

2. Retsgrundlaget for fremstillingen

TEF art. 85 tillader på visse betingelser undtagelser fra bestemmelserne om den fri konkurrence. For visse almindeligt forekommende salgssystemer er der opstillet undtagelsesregler i de såkaldte fritagelsesforordninger. En udvalgt del af disse retsakter vil blive lagt til grund for fremstillingen. Dansk ret er i overensstemmelse med EU-reguleringen, da den gældende danske konkurrencelov har implementeret de relevante EU-regler. Konkurrencelov nr. 384 af 10.6.1997 har indført et principskifte i form af forbudsprincippet i stedet for kontrolprincippet og følger dermed de retningslinier, der er gældende inden for EU's regulering af konkurrencen. Det er samtidig fastslået, at loven skal fortolkes og administreres efter princippet om EU konformitet, dvs. i overensstemmelse med EU konkurrencereglerne²⁾.

Lovbekendtgørelse af varemærkeloven nr. 162 af 21.2.1997 er tilpasset EU lovharmoniseringen inden for området, idet loven har implementeret Rådets første Direktiv om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (89/104)³⁾.

3. Begrebet enedistribution i de udvalgte salgssystemer

En forhandler (distributør) indkøber og videresælger varer i eget navn og for egen regning. Subjektet for fremstillingen er forhandleren, der af leverandøren har fået tildelt en eneret med henblik på videresalg af aftalevarerne inden for et område i EU. En sådan ret er konkurrencebegrænsende, men tilladt i EU i medfør af de forordninger, der fastlægger, på hvilke vilkår der tillades begrænsninger for visse grupper af forhandlere (gruppefritagelser).

Udgangspunkt tages i forordningen om eneforhandling, der er karakteriseret ved rækkevidden af den eneret, der er tillagt forhandleren. Derefter inddrages de kategorier, hvor enesalgsretten er en bestanddel af distributørens ret, men ikke forordningens hovedformål.

²⁾ Mogens Koktvedgaard: Lærebog i konkurrenceret, København 1997 (forkortet "Koktvedgaard"), s. 121 og s. 130 - 131.

³⁾ Mogens Koktvedgaard: Lærebog i immaterialret, 4. udg., København 1996 (forkortet: Koktvedgaard IMR) s. 287.

3.1. Eneforhandling

Kommissionens forordning (EØF) nr. 1983/83 af 22.6.1983⁴⁾ om anvendelse af traktatens art. 85, stk. 3, på kategorier af eneforhandlingsaftaler fastlægger anvendelsesområdet i art. 1, der omhandler aftaler, hvori kun to virksomheder deltager, hvorved leverandøren forpligter sig til udelukkende at levere bestemte varer til eneforhandleren med henblik på videresalg i hele EU eller en begrænset del deraf. Forhandleren får således ret til at være den eneste, som inden for et bestemt område kan købe de varer, der omfattes af aftalen, hos leverandøren med det formål at sælge dem videre i området. Dette område kan være geografisk bestemt til et land, en region eller lignende, eller kan omfatte bestemte kategorier af kunder, f. eks. varehuse. Kriterierne kan kombineres. Leverandøren bestemmer omfanget af den eneret, han afstår til forhandleren. Han er berettiget til at forbeholde sig dele af territoriet, bestemte kunde grupper eller lignende, som således holdes uden for eneforhandlingsretten. Eneforhandlingsretten sikrer ikke imod, at forhandlere, som har skaffet sig de pågældende varer ad anden vej end gennem eneforhandlerens leverandør, sælger aftalevarerne i området i konkurrence med eneforhandleren, evt. til en lavere pris og serviceniveau end det, som eneforhandleren tilbyder kunderne. Parallelimport kan således ikke forhindres.

3.2. Franchiseaftaler

Kommissionens forordning (EØF) nr. 4087 af 30.11.1988 om anvendelse af Traktatens art. 85, stk. 3, på kategorier af franchiseaftaler⁵⁾ definerer i art. 1, stk. 3, litra a begrebet "franchise". Herved forstås: "En helhed af industrielle eller intellektuelle ejendomsrettigheder til varemærker, varenavne, butiksskilte, brugsmønstre, mønstre, ophavsret, knowhow eller patenter, som benyttes ved salg af varer eller levering af tjenesteydelser til den endelige bruger". Franchise er således et forretningskoncept sammensat af de angivne elementer, der ved aftale helt eller delvis overlades af franchisegiveren til franchisetageren. I denne fremstilling medtages alene franchising, der vedrører distribution af varer i detailleret, evt. suppleret med tjenesteydelser i form af service, den såkaldte distributionsfranchising⁶⁾. Art. 2 litra a bestemmer, at franchisegi-

⁴⁾ EFT L 30.6.83 nr. 173/1. Perioden for gyldigheden af forordning 1983/83 er ved Kommissionens forordning (EF) nr. 1582/97 af 30.7.1997 art. 1 forlænget til og med d. 31. december 1999, se EFT L 214/27 d. 6.8.1997.

⁵⁾ EFT L 28.12.88 nr. 359/46.

⁶⁾ Se Mogens Kockvedgaard: Lærebog i konkurrenceret, 3. udg., København 1997 (forkortet Kockvedgaard), s. 210.

ver kan forpligte sig til på et nærmere angivet område af fællesmarkedet ikke at give tredjeparter ret til helt eller delvis at udnytte franchisen og ikke selv udnytte franchisen eller levere sine varer til tredjeparter. Franchisetageren kan således få tildelt eneret med henblik på salg af aftalevarerne i et bestemt område. Normalt forpligter han sig til, at salget udelukkende skal foregå fra et bestemt forretningssted, jfr. art. 2 litra c. Parallelimport kan ikke forhindres, men parallelimportøren kan ikke få støtte af forretningskonceptet eller anden bistand fra franchisegiveren i franchisetagerens område.

3.3. Salgs- og serviceaftaler vedr. visse kategorier af motorkøretøjer

Kommissionens forordning (EF) nr. 1475/95 af 28.6.95 om anvendelse af traktatens art. 85, stk. 3, på kategorier af salgs- og serviceaftaler vedrørende motorkøretøjer⁷⁾ regulerer forhandling af en speciel produktgruppe, tre- eller flerhjulede motorkøretøjer. Det angives i forordningens betragtning nr. 4, at "motorkøretøjer er forbrugsgoder med en længere levetid, hvortil der regelmæssigt samt på uforudsigelige tidspunkter og ikke altid på samme sted behøves vedligeholdelse og specialreparationer". Der er således behov for en service, som skal være tilpasset produktet og være tilgængelig overalt i EU, ligesom et samarbejde mellem fagkyndige forhandlere både om nye automobiler og om reservedele kan være påkrævet. Fabrikanten eller leverandøren kan forpligte sig til inden for en bestemt del af fællesmarkedet udelukkende at levere tre- eller flerhjulede motorkøretøjer samt reservedele til forhandleren i området eller at levere til denne og et bestemt antal andre virksomheder i salgsnettet med henblik på videresalg, jfr. art. 1. I denne fremstilling vil fabrikanten eller leverandøren fortrinsvis blive omtalt som "fabrikanten". Fabrikanten kan endvidere forpligte sig til ikke at sælge aftalevarer til endelige forbrugere eller yde dem service inden for aftaleområdet, jfr. art. 2. Forhandleren i området er ikke beskyttet mod parallelimport af importører, der uden om forhandlerens leverandør skaffer sig varer, som videresælges i forhandlerens område.

3.4. Afgrænsning fra distributionsaftaler uden eneforhandlingret

Kommissionens forordning om eksklusive købsaftaler (1984/83) af 22.6.1983 vedrører forhandlere, der har pligt til at købe aftalevarerne udelukkende hos leverandøren. Den pågældende leverandør kan forpligte sig til ikke selv at sælge i forhandlerens område. Men leverandøren kan ikke lægge hindringer i vejen for, at andre aftagere, der har forpligtet sig til udelukkende at købe

⁷⁾ EFT L 29.6.95 nr. 145/25.

varerne hos leverandøren, etablerer sig i samme område og dér foretager aktivt salg. Forordningen er ikke omfattet af denne fremstilling, da den ikke åbner adgang til en enesalgsret for forhandleren.

Mærkevarer forhandles i vidt omfang gennem selektive distributionssystemer⁸⁾, som alene er reguleret ved EF Domstolens retspraksis. Disse systemer stiller kvalitetskrav til forhandlerne og de varer, der forhandles, men der er ingen enerettigheder tilknyttet. Alle, der opfylder kravene, har adgang til systemerne. Selektiv distribution udelades her.

4. Mærkevarer

Produkterne er forsynet med et varemærke, der er et ydre tegn, som er egnet til at udskille varen fra andre varer på markedet og tilsigter at yde beskyttelse mod efterligninger. Normalt vil varemærket faktisk indebære, at varen materielt har en bestemt kvalitet og funktionsduelighed, således at køberen med rette forventer en kvalitetsvare, der kan udføre de funktioner, som den er beregnet til. Mærkevaren kan være forbundet med tjenesteydelser, såsom installation, reparation og vedligeholdelse. Ikke blot varen selv, men også emballagen, som normalt er forsynet med varemærket, har betydning for varens fremtræden og må således opfattes som en del af produktet.

Varemærket indikerer, at varen hidrører fra producenten af den originale vare eller er fremstillet på gyldig licens.

Varemærkeretten skal lige som anden immateriel ret respekteres, når mærkevaren cirkulerer inden for EU. Men rettighederne kan ikke anvendes til at holde mærkevaren inden for bestemte områder. Den fri bevægelighed overalt i EU er sikret ved reglerne om konsumtion. Herved forstås i varemærkeretten, at når først en vare, der er forsynet med et varemærke, af indehaveren selv eller med dennes samtykke er bragt på markedet, kan brugen af varemærket for den pågældende vare ikke forbydes. Mærkevaren skal kunne bevæge sig frit inden for alle områder af EU. Dette princip er fastlagt i varemærkedirektivet, der der gennemført i dansk lovgivning ved den danske varemærkelov § 6 stk. 1⁹⁾.

Reglerne om konsumtion giver således adgang til frit salg af selve varen forsynet med varemærke. Men retten omfatter ikke adgang for uautoriseret

⁸⁾ Se Bent Iversen: Formidlingsaftaler og EF-Konkurrenceretten, København 1996, s. 220 ff.

⁹⁾ Varemærkeloven nr. 341 af 6.6.1991 § 6, som har gennemført R.dir. af 21.12.1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (89/104) m. ændr. v. R.besl. af 19.12.1991 (92/10) art. 7. Se M. Koktvedgaard: Lærebog i immaterialret, København 1996, s. 317.

mellemmand eller parallelimportør til at anvende varemærket som sit forretningskendetegn og kun i begrænset omfang ved reklame for varen. Dansk retspraksis har taget stilling til spørgsmålet i en sag refereret i Ugeskrift for Retsvæsen (UfR) 1983.923 HD. Her har Højesteret fastslået, at en uautoriseret importør uden om producentens distributionsnet var berettiget til at annoncere for varerne, der var originale Leyland bilreservedele, uden at anvende Leylands varemærke som forretningskendetegn. Men importøren måtte ikke anvende betegnelsen "Leyland-specialist", da det kunne vildlede forbrugerne til at tro, at der forelå autorisation¹⁰⁾.

Det er et spørgsmål, om retten til varemærket går så vidt, at indehaveren deraf kan forhindre, at uoriginale varer, typisk reservedele og komponenter, bliver indsat i den originale mærkevare. Spørgsmålet vil normalt opstå i forbindelse med reparation, vedligeholdelse eller supplering. Hvis en uoriginal reservedel erstatter en defekt original del af varen, vil varen stadig fremtræde som original; men den indeholder uoriginale elementer, som således inddrages under hele produktets varemærke. Hvis anvendelse af uoriginale dele forbydes, vil en immaterialret kunne gøre et indhug i den fri konkurrence og indskrænke forhandlerens dispositionsfrihed ved valg af reservedele. Hvis lovgivningen tillader at anvende uoriginale dele uden samtykke fra indehaveren af rettigheden, bryder en vare, der måske ikke er en mærkevare, af hensyn til den fri konkurrence ind i genstanden for den varemærkeretlige beskyttelse. Spørgsmål vedrørende reservedele behandles nedenfor under pkt. 7.

5. Leverandørens og enedistributørens almindelige kontraktlige forpligtelser

Der findes ingen særlig kontraktlovgivning for eneforhandling i EU-medlemslandene bortset fra Belgien, hvor lovgivningen sikrer eneforhandlerne en vis beskyttelse især ved kontraktens ophør¹¹⁾. Visse steder i Europa er franchising lovreguleret¹²⁾. I Tyskland er retningslinier fastlagt gennem retspraksis.

¹⁰⁾ Idem s. 318.

¹¹⁾ Lov af 27.7.1961 som ændr. v. lov af 13.4.1971.

¹²⁾ I Frankrig gælder lov nr. 89-1008 af 31.12.1989 (Loi Doubin) og dekret 91-337 og i Spanien lov af 6.2.1996. I Storbritannien anvendes bestemmelserne i Misrepresentation Act (1967) som supplement til Common Law og equity-reglerne. Se Juristen nr. 6, 1997, s. 264 - 287; Morten Wegener: Ophør af franchiseaftaler, s. 273 - 274.

Almindelige kontraktretlige regler anvendes på enedistribution i det omfang, der ikke findes særlige regler. Der gælder overalt en forpligtelse til gensidig loyalitet¹³⁾.

Produkternes kvalitet kan være reguleret ved produktstandarder, fastsat til ved offentligretlige forskrifter, der i vidt omfang er fastlagt af EU. Hertil kommer de kvalitetskrav, som kan være aftalt mellem parterne. I franchising kan franchisegiveren fastsætte objektive minimumskrav for kvaliteten af de varer, der sælges eller benyttes inden for franchisekæden¹⁴⁾. Inden for automobilforhandling har EU-lovgivningen opstillet betingelser for typegodkendelser¹⁵⁾.

6. Enedistributørens pligter og rettigheder vedr. mærkevarer til regulering af konkurrence

I det følgende behandles enedistributørens muligheder og begrænsninger for fri handel inden for de udvalgte typer af salgssystemer i relation til leverandøren, konkurrerende virksomheder og kunder i og udenfor det tildelte område.

6.1. Enedistributørens forsyningspligt og konkurrenceforbud i relation til leverandøren

Der er ikke kontraheringspligt hverken i eneforhandler- eller franchiseforhold eller ved aftale om salg af salg af motorkøretøjer. Medmindre andet er aftalt eller forudsat, har leverandøren, franchisegiveren eller fabrikanten ikke pligt til at stille varer til rådighed for distributørerne, som på deres side kan sælge konkurrerende varer.

Der kan pålægges *eneforhandleren* pligt til udelukkende at købe aftalevarerne hos leverandøren og pligt til at aftage en mindstemængde af varer, jfr. eneforhandlerforordningen art. 2, stk. 2, litra b og stk. 3 litra a. Samtidigt kan det forbydes ham at sælge konkurrerende varer, jfr. art. 2, stk. 2, litra a. Det må afgøres konkret, om sådanne pligter medfører krav på, at leverandøren yder de leverancer, der er nødvendige for, at eneforhandleren kan overholde sine forpligtelser. Leverandøren skal som ovenfor anført udvise loyal adfærd og yde eneforhandleren fornøden bistand.

¹³⁾ Ole Lando: Udenrigshandelens kontrakter, 4. udgave, København 1991, s. 203.

¹⁴⁾ Kommissionens forordning om franchiseaftaler nr. 4087/88 af 30.11.1988 art. 3, stk. 1, litra a.

¹⁵⁾ Se Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/24/EF af 17.6.1997 om dele af og kendetegn ved to- og trehjulede motordrevne køretøjer.

I *franchiseforhold* er det afgørende, at forhandlernetkets særpræg og kvalitet fastholdes. Dette formål kan på visse betingelser opnås, selv om der finder konkurrence sted mellem aktørerne. På dette grundlag kan det pålægges franchisetageren ikke at sælge eller benytte konkurrerende varer, jfr. franchiseforordningen art. 2 litra e, og at opnå en mindsteomsætning og overholde lignende minimumsforpligtelser, jfr. art. 3 stk. 1 litra f. Men inden for disse rammer har franchisetageren valgfrihed vedrørende anskaffelsen af varer af fornøden kvalitet. Franchisetageren må uanset art. 2 litra e ikke forhindres i at foretage indkøb hos andre franchisetagere eller autoriserede forhandlere inden for et andet net, art. 4 litra a. Endvidere skal indkøb kunne foretages hos leverandører, der leverer varer, som opfylder objektive kvalitetskrav, fastsat af franchisegiveren, jfr. art. 3 stk. 1, litra a og art. 5 litra b. Franchisegiveren kan ikke nægte at godkende leverandøren, medmindre objektive kvalitetskrav ikke kan fastsættes, art. 3 stk. 1 litra b og art. 5 litra c.

Ved *forhandling af motorkøretøjer* kan det ikke pålægges automobilforhandleren udelukkende at forsyne sig med aftalevarerne hos fabrikanten eller hos leverandører i salgsnettet.

Iflg. forordning 1475/95 om salgs- og serviceaftaler vedrørende motorkøretøjer kan forhandleren ikke forhindres i at forhandle motorkøretøjer af konkurrerende mærker og at have et fælles værksted til service og reparation af alle de forhandlede automobiler. Dog kan det pålægges forhandleren kun at udbyde andre fabrikanters nye automobiler i særskilte lokaler med egen administration, således at enhver sammenblanding af mærker er udelukket, art. 3 nr. 3. Endvidere må konkurrenter ikke uberettiget drage nytte af fabrikantens investeringer i forhandlerens værksted, art. 3 nr. 4. Der kan pålægges forhandleren mindstekrav med hensyn til minimumssalg og lagerbeholdning og kvalitative krav til forretningslokaler, uddannelse, service, reklame og lignende, se art. 4. Forhandlerens adgang til at anskaffe og anvende reservedele behandles nedenfor under pkt. 7.3.

6.2. Regulering af enedistributørens adgang til videresalg i området

Eneforhandleren udgør et selvstændigt distributionsled med fri adgang til at fastlægge egen salgspolitik. Der må ikke pålægges eneforhandleren restriktioner vedrørende bindende videresalgspriser og salgsvilkår. Eneforhandlerens position i det tildelte område kan styrkes ved at pålægge leverandøren pligt til ikke at levere aftalevarerne til forbrugerne, art. 2. Men leverandøren kan begrænse eneforhandlerens salg i området og i et vist omfang styre sammensætningen af kundekredsen allerede ved indgåelsen af eneforhandlerkontrakten ved at forbeholde visse delområder eller kundekategorier for sig selv, for eksempel lavprisvarerhuse eller institutioner.

Til sikring af købernes adgang til forsyning bestemmer art. 6, at fordelingen ved gruppefritagelsen kan bortfalde, hvis eneforhandleren i området uden saglig grund undlader at levere til kategorier af købere, som ikke har mulighed for på rimelige vilkår at skaffe sig aftalevarerne andetsteds, eller anvender diskriminerende priser eller salgsbetingelser over for dem.

For *franchise* gælder iflg. art. 3, stk. 1, litra e, at det kan pålægges franchisetageren kun at sælge franchisevarerne til endelige brugere, til andre franchisetagere og til videreforhandlere i afsætningskanaler stillet til rådighed af varefabrikanten eller med hans samtykke. Franchisegiveren kan således stille kvalitetskrav til erhvervsdrivende aftagere, for eksempel hindre, at franchisekædens kvalitetsvarer videresælges via lavprisvarehuse. Endvidere kan det pålægges franchisetageren kun at udnytte franchisen på sit forretningssted. Der kan ikke pålægges bindende videresalgspriser.

I *automobilforhandling* kan fabrikanten forpligte sig til ikke at handle med eller yde service til forbrugerne i området. Fabrikanten kan påtage sig at levere udelukkende til en bestemt forhandler i området, der kun kan omfatte en del af, men ikke hele EU. Men herudover tillader forordningen fabrikanten at aftale levering til et bestemt antal andre virksomheder i salgsnettet inden for det aftalte område. Forhandleren har således ikke på forhånd krav på at få tildelt eneret i sit område, men kan indgå som en del af et selektivt salgsnet, jfr. art. 1, nr. 2. Endvidere kan fabrikantens samtykke kræves til, at forhandleren indgår salgs- og serviceaftaler om aftalevarerne med andre virksomheder, der arbejder inden for området. Samtidig er det i forordningens betragtning nr. 4 påpeget, at et samarbejde mellem udpegede forhandlere og værksteder kan være hensigtsmæssigt for at opnå det bedste salgs- og serviceresultat. Det kan pålægges forhandleren, at han kun må sælge til videreforhandlere, der indgår i salgsnettet, og kun sælge reservedele til disse, når reservedelene anvendes til reparation eller vedligeholdelse af et motorkøretøj, se art. 3 nr. 10.

6.3. Adgang for enedistributøren til at forsyne kunder uden for området

Det kan forbydes både *eneforhandleren* og *franchisetageren* at foretage opsegende salg uden for området, jfr. eneforhandlerforordningen art. 2, stk. 2, litra c og franchiseforordningen art. 2 litra c. Men forbrugerne har valgfrihed til at foretage indkøb, hvor de foretrækker det.

Det kan forbydes *automobilforhandleren* at foretage aktivt salg ved hjælp af filialer eller udleveringslagre uden for det aftalte område, art. 3 nr. 8. Reklameforbud kan dog kun begrænses til personligt stilet reklamemateriale, art. 3. Reglen i art. 3 nr. 10, hvorefter det kan pålægges forhandleren kun at handle med videreforhandlere, der er led i salgsnettet (se ovfr. pkt. 6.2.2.),

gælder også uden for området. Automobilforhandleren kan frit handle med forbrugerne i området og annoncere generelt uden for området.

Hvis automobilforhandleren lovligt har solgt et køretøj til en kunde uden for sit område, har han krav på at få leveret en model med den indretning, der kræves i kundens område for at få det indregistreret, forudsat at køretøjet er bragt på markedet af fabrikanten eller med dennes samtykke i det pågældende område.

6.4. Parallelimport

Eneforhandleren kan ved en klausul om eneforsyningspligt hos leverandøren forhindres i varekøb hos en parallelimportør. Men det kan ikke forhindres, at parallelimportøren foretager aktivt, opsøgende salg i eneforhandlerens område, såfremt han har kunnet skaffe aftalevarerne hos andre end leverandøren og uden dennes medvirken. Parallelimportøren kan således konkurrere på pris og servicekvalitet i eneforhandlerens område, hvis han har mulighed for det.

Franchisetageren kan ikke forhindres i at foretage indkøb hos en parallelimportør, medmindre objektive grunde ud fra kvalitetsnormer har berettiget franchisegiveren til at nægte at godkende parallelimportøren, for eksempel på grund af utilstrækkelige lager- eller servicefaciliteter eller utilfredsstillende varepræsentation. Parallelimportøren kan således optræde som leverandør til franchisekæden, når han opfylder kvalitetskravene, smh. franchiseforordningen betragtning nr. 12. Men han har ikke adgang til den viden, som franchisetagerne besidder i kraft af deres kendskab til forretningskonceptet, og han er afskåret fra at anvende franchisekædens kendetegn i sin markedsføring¹⁶⁾.

For *automobilforhandling* bestemmes i forordningen om salgs- og serviceaftaler art. 6 stk. 1 nr. 3, at der ikke kan aftales konkurrencebegrænsninger, som ikke udtrykkeligt er fritaget ved forordningen. Forhandleren kan således frit indkøbe aftalevarer hos en parallelimportør i eller uden for området, ligesom parallelimportøren kan foretage salg i konkurrence med forhandleren. Denne kan til gengæld udnytte fordelene ved at være led i fabrikantens salgsnet, således at han kan tilbyde specialiseret service af høj kvalitet.

¹⁶⁾ I dansk ret anvendes markedsføringsloven, lov nr. 428 af 1.6.1994, § 5. Se iøvrigt Ugeskrift for Retsvæsen 1983.923, omtalt under pkt 6.3.2. Inden for EU kan franchisekæden påberåbe sig direktiv om harmonisering af reglerne om vildledende reklame (84/450/EØF) af 10.9.1984.

6.5. Konkurrenceklausuler

Der er ikke hjemmel til at pålægge hverken *eneforhandleren* eller *automobilforhandleren* en klausul, som forhindrer konkurrerende salg i området eller til bestemte kundekategorier efter kontraktens ophør.

I *franchiseforhold* gælder, jfr. franchiseforordningen art. 3, stk. 1, litra c, at det kan pålægges franchisetageren ikke direkte eller indirekte at begynde en tilsvarende virksomhed på det område, hvor dette ville påføre et medlem af franchisenettet eller franchisegiveren konkurrence. Forbudet kan gælde i højst et år efter udløb af franchiseaftalen. Bestemmelsen er nødvendig for at sikre, at franchisegiveren kan yde bistand og føre tilsyn med, at varesalget foregår efter de fastlagte retningslinier inden for franchisekæden.

6.6. Sammenfatning af enedistributørens handlefrihed i relation til leverandøren

Eneforhandling er det forhold, hvor der kan pålægges det mest vidtrækkende forbud mod, at forhandleren forsyner sig og handler med konkurrerende varer. Samtidig ydes der forhandleren størst mulig beskyttelse med henblik på uhindret salg af de aftalte varer til videresælgere og forbrugere i området: men fordelene begrænses af, at køberne skal kunne vælge frit overalt og sikres de mest gunstige priser og serviceydelser. Derfor må eneforhandleren ikke blot forvente konkurrence fra andre fabrikanters produkter, men også være indstillet på, at varer hidrørende fra hans egen leverandør skaber konkurrence i området via parallelimportører.

I *franchising* lægges vægten på bevarelse af forretningskonceptet, hvori mærkevarens kvalitet indgår som et væsentligt element. Franchisegiveren kan ikke forhindre, at franchisetageren forsyner sig af og sælger konkurrerende varer, når de kvalitetskrav, som franchisegiveren har fastlagt, er overholdt. I modsætning til eneforhandling har franchisegiveren bevaret en vis indflydelse på valget af franchisetagerens kunder for at sikre kvalitet frem til den endelige bruger. Han kan forlange, at franchisetageren koncentrerer sig om detailsalget. Desuden kan han holde sine egne varer fri af visse kategorier for videresalg såsom discountsalg ved at stille kvalitetskrav til franchisetagerens aftagere. Endvidere kan franchisetageren i et år efter kontraktens ophør holdes ude fra sit hidtidige område ved en konkurrenceklausul, hvorved beskyttelsen af de aktuelle franchisetagere er forøget.

Reguleringen af *automobilforhandling* er styret af varens art. Motorkøretøjer er komplekse produkter med relativ lang levetid og behov for løbende overvågning. Der stilles særlige krav til sikkerhed og kvalitet både hos nye varer og ved reparation og vedligeholdelse samtidig med, at ressourcerne inden

for branchen skal udnyttes bedst muligt, og forbrugerne skal have et reelt frit forbrugsvalg overalt. Det er udtrykkeligt tilladt forhandleren at sælge og vedligeholde konkurrerende varer. Forhandlerens adgang til samarbejde kan begrænses til andre virksomheder i salgsnettet. Forhandleren har fri adgang til aktivt salg til forbrugerne i området, men parallelimport må påregnes. Uden for området har automobilforhandleren større muligheder end eneforhandleren og franchisetageren for at påvirke forbrugerne ved generel annoncering og derved tiltrække kunder fra andre områder.

7. Særligt om Reservedele

Reservedele er originale produkter, når de er fremstillet af fabrikanten selv. Uoriginale reservedele er produkter, der er fremstillet uden for fabrikantens kontrol¹⁷⁾. I tilslutning til et hovedprodukt kan der endvidere forekomme fremmed tilbehør, dvs. produkter, der "passer til" andres hovedprodukter¹⁸⁾. Denne fremstilling vil hovedsageligt behandle de egentlige reservedele.

Reservedele til mærkevarer vil normalt også være mærkevarer. Det er ikke blot forbudt at påsætte en original reservedels varemærke på en uoriginal reservedel; varemærket må heller ikke sættes på en original reservedel uden fabrikantens samtykke.

I det følgende undersøges handelen med reservedele først i eneforhandling og franchiseforhold og derefter i automobilforhandling, hvor reservedele har særlig betydning.

7.1. Originale reservedele

I *eneforhandlerforhold* kan det pålægges eneforhandleren kun at forsyne sig med varer hos leverandøren. Herefter kan han kun indkøbe og anvende reservedele, som han har anskaffet hos leverandøren. Hvis en sådan pligt ikke er pålagt, er det et spørgsmål, om eneforhandleren overtræder sin loyalitetspligt ved at anskaffe og anvende parallelimporterede reservedele. Dette vil normalt ikke kunne forbydes eneforhandleren, da reservedelene stammer fra fabrikanten selv. Dog må det kræves, at produkterne under forløbet i afsætningskæden er blevet behandlet fuldt forsvarligt og har bevaret deres oprindelige kvalitet.

Parallelimportøren kan indkøbe og videresælge originale reservedele som mærkevarer i EU og anvende dem ved reparation og som tilbehør. Det er

¹⁷⁾ Jens Schovsbo: Grænsefladespørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten, København 1996 (forkortet "Schovsbo"), s. 165 - 166.

¹⁸⁾ Koktvedgaard s. 331.

antaget¹⁹⁾, at han desuden i reklamer kan afbilde varerne med varemærket påsat. Men det skal klart fremgå, at han er parallelimportør. Han kan ikke anvende varemærket som forretningskendetegn²⁰⁾.

Franchisetageren er berettiget til at købe originale reservedele hos andre franchisetagere og godkendte leverandører. Kun hvis parallelimportøren er godkendt, eller franchisetageren uden restriktioner kan indkøbe varer, kan franchisetageren forsyne sig hos fremmede leverandører.

7.2. Uoriginale reservedele

Det følger af adgangen til fri bevægelighed for varer inden for EU, at indkøb og anvendelse af uoriginale reservedele ikke generelt kan forbydes. Det ville skabe en uberettiget monopolstilling for producenten af reservedele og skabe unødige bindinger for købere og brugere af hovedproduktet, som ville blive afhængige af producenten i hele produktets levetid. Men producenten af hovedproduktet kan kræve, at reservedelene klart fremtræder som uoriginale, og at de har mindst samme kvalitet som de originale²¹⁾. Til fastlæggelse af kvalitet kan der tages udgangspunkt i betragtningerne inden for mønsterretten. Schovsbo²²⁾ anfører under sin fremstilling af arbejdet i EU med at fastlægge fælles regulering i mønsterretten kravet om, at reservedele "must fit" og "must match". "Must fit" betegner, at udformningen er betinget af produktets tekniske funktion, medens "must match" vedrører den æstetiske virkning, når reservedelen indføres i det hovedprodukt, som den er afhængig af. Til illustration kan nævnes en sag²³⁾ forelagt for en dansk domstol. Her fastslog retten, at kassetter med clips, der passede til hæfteinstrumenter til medicinsk brug, hvor en høj grad af tilpasning og sikkerhed var påkrævet, kunne forhandles uden krænkelse af god markedsføringsskik; produktet var ikke særlig originalt i sig selv, og det var fremhævet i brochurer mv., at produktet ikke var originalt tilbehør. Hvis reservedelen skal kunne indgå som loyalt konkurrerende produkt over for den originale reservedel, må det kræves, at den fuldtud opfylder de tekniske funktioner og kan indpasses nøjagtigt i hovedpro-

¹⁹⁾ Schovsbo s. 111.

²⁰⁾ Se Ugeskrift for Retsvæsen 1983.923 HD British Leyland, hvor en tidligere forhandler reklamerede for originale Leyland bilreservedele og betegnede sig som "Leyland-specialist". Dette ansås for vildledende, da han fejlagtigt kunne antages for at være autoriseret forhandler for Leyland. Se om dommen Schovsbo s. 110 og s. 269.

²¹⁾ Kocktvedgaard s. 330 ff.

²²⁾ Schovsbo s. 235.

²³⁾ Ugeskrift for Retsvæsen 1984.567 SHD.

duktet, samt at den indgår i en æstetisk helhed med hovedproduktet. Den fri bevægelighed for varer skal gennemføres med respekt af immaterielle rettigheder, jfr. EF-Traktaten art. 36. Det kan være nødvendigt at udforme den uoriginale reservedel således, at efterligningen ligger meget tæt på den originale del. Hvis efterligningen bliver for nærgående, krænktes en eventuel eneret til mønsteret²⁴⁾, hvorefter produktet kan holdes ude fra markedet.

I tilfælde, hvor *eneforhandleren* ikke har pligt til eneforsyning hos leverandøren, overtræder han antageligt ikke sin loyalitetspligt ved at at indsætte uoriginale reservedele af fornøden kvalitet i leverandørens vare, når varen fremtræden og funktioner ikke derved forandres, og anvendelsen af reservedelen sker åbenlyst. Ubetydelige ændringer af varen kan antageligt accepteres.

Franchisetageren kan antageligt købe uoriginale reservedele af fornøden kvalitet hos godkendte leverandører og kan anvende dem, hvis det er uden betydning for franchisekædens renommé. Uoriginale reservedele kan besidde så fordelagtige egenskaber, at de har en højere kvalitet end de originale og således kan tilføre både hovedproduktet og franchisekæden en forbedret standard. En sådan udvikling bør der ikke lægges hindringer i vejen for.

7.3. Reservedele inden for automobilforhandling

Ved reguleringen af automobilsalg i EU lægges der vægt på, at forhandlerne frit skal kunne købe og anvende både originale reservedele udbudt af fremmede leverandører og uoriginale dele af samme eller bedre kvalitet, idet der tages hensyn til på den ene side sikkerhed og på den anden side opretholdelse af effektiv konkurrence: uafhængige fabrikanter og leverandører må ikke hindres i at få adgang til markedet²⁵⁾. Ved reservedele forstås dele, der monteres i eller på et motorkøretøj for at erstatte komponenter i køretøjet, jfr. art. 10 nr. 4, der iøvrigt henviser til branchens kutymer for, hvorledes reservedele afgrænses fra andre dele og tilbehør. Endvidere sikres det fri valg for forhandlere og forbrugere ved, at der er pålagt automobilfabrikanterne pligt til at videregive de tekniske oplysninger, der er nødvendige for reparation og

²⁴⁾ Schovsbo s. 194 påpeger, at uanset, om der kun stilles små krav til særpræg og betingelsen om nyhed, således at ret nærgående efterligninger accepteres, vil der ofte inden for produktionen af reservedele være behov for, at produkterne er identiske for at have nogen nytteværdi. Skal den fri konkurrence sikres, kan det blive nødvendigt enten at udelukke reservedele fra mønsterbeskyttelse eller at give vid adgang til tvangslicens.

²⁵⁾ Kommissionens Forordning om salgs- og serviceaftaler vedr. motorkøretøjer (1475/95) af 28.6.1995 betragtning 8 og 27 samt art. 3 nr. 5, art. 4 nr. 1 litra d og e og nr. 6 - 9 og art. 6 stk. 1 nr. 9.

vedligeholdelse af deres bilmærker, til virksomheder uden for salgsnettet. Dette skal ske med respekt af forretningshemmeligheder og immaterielle rettigheder, men der skal kunne indrømmes licenser til tredjemand²⁶⁾. Fabrikanten kan kræve betaling for de afgivne oplysninger.

Der kan således pålægges forhandleren pligt til at overholde både kvalitetskrav og mindstekrav til reservedele i forbindelse med salg og service, art. 3 nr. 5 og art. 4 stk. 1, nr. 1. Endvidere kan han forpligtes til at gøre forbrugeren opmærksom på anvendelsen af uoriginale reservedele og oplyse dem om deres retsstilling i denne forbindelse, hvis der gøres brug af garanti eller gratis service, eller der sker tilbagekaldelse af produkterne, art. 4 nr. 7 - 9. Forordningen art. 6 stk. 1 nr. 9 forbyder fabrikanten at begrænse forhandlerens frihed til enten direkte eller indirekte at indkøbe uoriginale reservedele af fornøden kvalitet. Art. 6 stk. 1 nr. 11 sikrer yderligere den fri handel og anvendelse ved at forbyde fabrikanten at begrænse reservedelproducenternes frihed til at anbringe deres varemærke eller logo på deres produkter.

7.4. Sammenfatning af enedistributørens handel med og anvendelse af reservedele

Der kan pålægges både *eneforhandleren* og *franchisetageren* en forsyningspligt, som begrænser til forsyning henholdsvis hos leverandøren, der er aftalepart, og hos godkendte leverandører. Kun eneforhandleren kan forhindres i at beskæftige sig med uoriginale reservedele. Franchisegiveren kan alene sætte grænser, der følger af krav til kvaliteten, for så vidt objektive krav kan fastlægges. Uoriginale dele kan inden for disse rammer indsættes i originale produkter, når det sker åbenlyst og på en loyal måde.

Inden for *automobilforhandling* lægges vægten på adgangen til konkurrence, som skal være fri, når kravene til reservedelernes kvalitet og sikkerhed er opfyldt. Der er tale om et produkt, som i vidt omfang er bestemt af komplicerede tekniske forhold, og som er afhængigt af hovedproduktets funktioner og udformning. Det kan være vanskeligt at fastlægge, i hvilket omfang reservedelene kan beskyttes ved immaterielle rettigheder, herunder mønsterret og ophavsret. Distributøren har inden for dette område en udstrakt valgfrihed til forsyning og kombineret af originale og uoriginale produkter.

8. Garanti

Garanti er en del af produktkonceptet. Varemærket eller det kendetegn, der er knyttet til mærkevaren, kan i sig selv skabe en forestilling hos køberen om, at

²⁶⁾ Forordningens betragtning 28 og art. 6, stk. 1, nr. 12.

varen opfylder bestemte forventninger, og kan efter omstændighederne bidrage til at fastlægge visse kontraktforudsætninger mellem parterne. Men det er ikke tilstrækkeligt til at binde producent og sælger til præcise garantiforpligtelser over for køber.

En egentlig garantiforpligtelse kræver, at sælgeren klart har tilkendegivet rækkevidden af sin forpligtelse over for køberen. Når varen markedsføres og sælges gennem salgssystemer eller anden form for distribution, som giver udtryk for, at mellemhandleren er knyttet til producentens koncept og image udover indkøb og videresalg, må køberne forvente en ensartet behandling overalt, hvor varen handles. For at sikre fri bevægelighed og frit forbrugsvalg må den garanti, der normalt følger varen, kunne gøres gældende overalt i EU. Det indebærer dog ikke, at selve garantiydelsen skal være ganske den samme, uanset hvor varen er købt. I det følgende fremstilles de regler, der er fastlagt for de forskellige kategorier af enedistribution.

8.1. Eneforhandling

Forordningen om eneforhandling indeholder ingen regler om garanti. Iflg. retspraksis skal køberen kunne få opfyldt den garanti og service, som almindeligvis ydes af producenten og eneforhandlerne i salgsnettet, uanset om varen er købt hos en af disse eller hos en parallelimportør. Derimod kan køberen normalt ikke påregne en bedre garanti og service, som en lokal eneforhandler måtte yde til sine kunder²⁷⁾. Dette er kommet til udtryk i Hasselblad-sagen²⁸⁾, der vedrørte salg af fotoudstyr med 1 års garanti via eneforhandlere i en række EU-lande. Eneforhandleren i England tilbød og praktiserede en garantiperiode på 2 år og en hurtig 24-timers service, men ordningen gjaldt kun for kunder, der købte varerne gennem ham. For parallelimporteret fotoudstyr kunne alene påregnes 1 års garanti, og der kunne blive ventetid på reparationer. EF-Domstolen udtalte, at der blev ydet normal garanti til parallelimporterede varer, og Domstolen kunne ikke afgøre, om ventetiderne faktisk var længere for andre end eneforhandlerens egne kunder. På dette grundlag ansås den pågældende ordning ikke for at hindre parallelimport.

²⁷⁾ O. Due, L. Mikaelson, K Hagel-Sørensen: EU-Karnov 1996, Bd. 1, s. 669 - 670 (v. Bo Vesterdorf).

²⁸⁾ EF-Domstolens Samling 1984 s. 883, se præmisser nr. 32 - 35.

8.2. Franchiseforhold

For franchiseforhold der det foreskrevet, at i tilfælde, hvor franchisegiveren pålægger franchisetageren at yde garanti for dennes varer, gælder garantien også for varer, der leveres af andre medlemmer af franchisenettet og andre forhandlere, der yder en tilsvarende garanti; denne ordning omfatter varer inden for fællesmarkedet, jfr. franchiseforordningen art. 4 litra b. Køberen kan således overalt påregne at få den garantiydelse, som er fastlagt inden for salgsnettet.

8.3. Automobilforhandling

For forhandling af automobiler er der opstillet en række regler i forordningen om salgs- og serviceaftaler vedr. motorkøretøjer. Det udtales i forordningen (betragtning 12), at den garanti, som ydes af virksomhederne i salgsnettet, skal gælde uafhængigt af, hvor varerne er blevet solgt inden for Fællesskabet. Der må ikke lægges hindringer i vejen for forbrugernes frihed til at foretage indkøb overalt i EU, og motorkøretøjets sikkerhed og pålidelige drift skal opretholdes efter samme retningslinier for alle motorkøretøjer, uanset hvem der har solgt dem. Iflg. art. 4, stk. 1, nr. 6 tillades det at pålægge forhandleren vedr. aftalevarer at yde garanti, gratis service og service i forbindelse med tilbagekaldelsesaktioner. I forbindelse med sådanne garanti- og serviceydelser kan det pålægges ham kun at anvende de reservedele, der er omfattet af parternes aftale, eller tilsvarende dele. Art. 5, stk. 1, nr. 1 bestemmer, at i tilfælde, hvor motorkøretøjer, som er omfattet af aftalen eller svarer dertil, er blevet solgt inden for fællesmarkedet af en anden virksomhed inden for salgsnettet, skal en forhandler yde den samme garanti og service som den, han har forpligtet sig til over for fabrikanten iflg. aftalen. Endvidere skal han forpligte de virksomheder, hvormed han har indgået salgs- og serviceaftaler, til også at yde garanti og service i samme omfang som det, han selv er forpligtet til.

8.4. Sammenfatning af enedistributørens garantiydelser

Garantien sikrer et vist niveau for produktets holdbarhed og kvalitet i en vis periode. Uanset distributionsformen kan en identisk garanti ikke forventes. Kun i eneforhandling kan det på grundlag af aftaleklausuler sikres, at service og reparation udføres med originale dele og tilbehør. Men overalt kan leverandøren fastlægge krav til enedistributørens garantiydelser, hvorved det sikres, at produktet i det væsentlige bevares intakt både i udformning og funktionsdygtighed.

9. Samspillet mellem de udvalgte salgssystemer og mærkevaren

De salgssystemer, der her er blevet behandlet, har som fælles formål at benytte sig af en privilegeret stilling på markedet til at udbrede mærkevaren og længst muligt opretholde dens særpræg, kvalitet og funktionsdygtighed i afsætningskæden. Inden for de enkelte salgssystemer har produktet på forskellig måde betydning for systemets udformning.

I *eneforhandling* er vægten lagt på at give den aftalte mærkevare en position, der er så gunstig som mulig over for konkurrerende varer. Der er adgang til at styrke den originale vares stilling i eneforhandlerens område ved krav om pligt til forsyning af originale hovedprodukter, tilbehør og reservedele udelukkende hos leverandøren. Konkurrerende salg, som tillades, skal ske under hensyn til loyalitet. Derimod kan varen ikke styres under videresalget. I *franchiseforhold* udgør mærkevaren en væsentlig bestanddel af forretningskonceptet. Rækkevidden af de kvalitetskrav, der kan opstilles, er et af de afgørende elementer for franchisetagerens handlefrihed. Franchisegiveren kan sætte rammer omkring videresalget ud fra kriterier for bevarelse af kvaliteten frem til den endelige køber af varen.

I *automobilforhandling* er varens art bestemmende for graden af forhandlerens frihed, idet hensynet til det fri forbrugsvalg af motorkøretøjer er tungtvejende. Eneforhandleren kan ikke afskæres fra handel med konkurrerende varer; men der lægges vægt på, at en høj grad af sikkerhed og funktionsdygtighed bliver opretholdt.

I EU lægges vægten på at sikre den fri bevægelighed af varer, og stadig flere produktgrupper underlægges fælles produktkrav ved hjælp af standardisering. Men for at sikre et varieret udbud af kvalitetsvarer vil der fortsat være behov for differentierede salgssystemer, hvor interessen i at beskytte varen mod konkurrence og værne om dens identitet er tilpasset kravene til handlefrihed hos distributørerne og valgmuligheder hos konkurrenter og forbrugere.

Fondsretten i 1990'erne

af
Lennart Lyngé Andersen

»Det vil vi aldrig nogensinde gå på akkord med, det er ikke engang noget, vi tænker over.«

(Flemming Lindeløv oktober 1997)

I. Artiklens sigte

Fondsretten er gammel, men den hører alligevel til blandt de mere okkulte juridiske emner. Den har indtil midten af 1980'erne været "gemt" i arveretten og selskabsretten, og selv inden for juristernes kreds møder man stadig mange, der har en forestilling om, at en fond er en støvet indretning, hvis typiske formål er at understøtte jomfruer på Frederiksberg, der har kendt bedre dage. Måske har *Bryggeren* ændret lidt på dette billede.¹⁾

En fond dannes ved, at en formue henlægges under en selvstændig bestyrelse for at varetage nærmere bestemte formål, der er bestemt af fondens stifter i fondens vedtægter (tidligere typisk kaldet fundats).²⁾ En fond er en selvejende institution, således at alene fonden selv har (og kan have) ejendomsretten til aktiverne. En fonds formue falder ikke i arv, og der sker ved opløsning ikke udbetaling til en ejerkreds eller til fondsstifterens arvinger. Ved opløsning kan nettoformuen kun uddeles til de formål, der er fastsat i vedtægterne.

Et andet væsentligt træk er, at fonde i deres karakter og struktur er evigtvarende. Dette rejser nogle spørgsmål i henseende til kapitalgrundlaget

¹⁾ Også højdepunktet i dansk filmkunst *Morten Korch: De røde heste* (1943) indeholder væsentlige fondsretlige problemstillinger, men den rejste ingen fondsretlig debat.

²⁾ Se nærmere *Lennart Lyngé Andersen: Fonde og Foreninger I* (4. udg. 1996) s. 37 ff.

for en fond, kapitalplaceringen - herunder sikringen af aktiverne - fondens ledelse og ændring af fondens vedtægter.

Vi fik fondslovgivning herhjemme i 1984, og det gik ikke stille af i den politiske proces før lovene. Til overflod fik vi to love, *lov om fonde og visse foreninger* og *lov om erhvervsdrivende fonde*, og i 1986 kom - noget tilfældigt som led i skattereformen - *fondsbeskatningsloven*. Det er min bestemte opfattelse, at alle tre love har haft (en vis?) gennemslagskraft - d.v.s. dels har bragt nogen orden på fondsområdet og dels afdækket nogle forhold, der så har kunnet håndteres - men det må nok erkendes, at det var fondsbeskatningsloven, der gav fondsbestyrelserne motivation og incitament til at virke fondsretligt. Dette har haft den positive effekt, at der kommer langt større midler ud til de formål, fondene støtter, frem for at der kun foretages passiv akkumulation, og det er vel egentlig det, der i hvert fald historisk har været meningen med en fondsdannelse.

Mit sigte med denne artikel er at belyse og drøfte nogle af de hovedproblemer, fondsretten har i disse år. Til min overraskelse har der ikke været nogen større debat om fondenes fremtid - navnlig de erhvervsdrivende moderfonde - men jeg tror, at det må komme. Nogle forelæsninger³⁾ i Dansk Forening for Selskabsret i april 1997 viste, at der var stor interesse for emnet, men at man samtidig - i en hvad jeg opfattede som meget repræsentativ kreds - så med nogen bekymring på, i hvilket omfang det offentlige skal sidde med ved bordet, når der træffes væsentlige beslutninger i erhvervsdrivende fonde. Også spørgsmålet om administrativ praksis vedrørende vedtægtsændringer (navnlig i erhvervsdrivende fonde) blev drøftet på grundlag af et indlæg fra min side, hvor jeg rejste spørgsmålet, om vi herhjemme skal "opgive stifterviljen". Jeg går lidt videre med dette emne nedenfor.

Ved fondsbeskatningslovens gennemførelse stod det klart, at der ikke var tilstrækkelig sammenhæng mellem de materielle fondslove og den nye lov. En landsretsdom fra 1996 - *U 1996.1248 Ø* - har illustreret, at forskellene måske er endnu større end antaget.

Foreningerne falder uden for artiklens emne. Det har forvirret mange siden 1984, at den almindelige fondslov i et vist (dog meget begrænset) omfang også regulerer visse foreninger, d.v.s. arbejdsgiverforeninger, fagforeninger og brancheorganisationer.⁴⁾ Inddragelsen af disse fremmedelementer skyldtes den daværende justitsminister. Jeg har dokumenteret den politiske bragesnak i Lærebog i Fondsret (1995) s. 91 ff.

³⁾ Ved kontorchef *Jytte Heje Mikkelsen*, Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, og kontorchef *Finn Morten Andersen*, Civilretsdirektoratet.

⁴⁾ Reglerne er kommenteret i *Fonde og Foreninger I* (4. udg. 1996) s. 68 ff.

Interessen for fondsretlige spørgsmål er stigende i Norge og - tildels - Sverige. I Norge, der gennemførte en stiftelseslov i 1980, har regeringen i 1996 nedsat et udvalg, der skal overveje en række principielle, fondsretlige spørgsmål. Formand for udvalget er professor *Geir Woxholth*, der endvidere i *Ånd og rett. Festskrift til Birger Stuevold Lassen* (1997) s. 1089 ff har skrevet om "Selvstendighetskriteriet i stiftelsesretten". Sverige gennemførte lovgivning i 1994 efter adskillige års - navnlig politisk funderede - overvejelser. *Katarina Olsson* har i disputatsen *Näringsdrivande stiftelser* (1996) dels foretaget en meget grundig og veldokumenteret analyse af svensk stiftelsesret dels påpeget en række svagheder ved den nye lov. Se for svensk rets vedkommende endvidere *Carl Hemström: Stiftelsernes rättsliga ställning* (1996) og *Henning Isoz: Stiftelseslagen* (1997).

2. Er der et skisma mellem fondslovene og det virkelige liv?

Det er mit postulat, at udviklingen siden 1984, hvor de to fondslove som nævnt blev gennemført, på en række punkter har illustreret, at der består et skisma mellem lovgivningen og det virkelige liv. Inden jeg dokumenterer dette med eksempler, kan der være grund til at se på, hvorledes forholdene var i begyndelsen af 1980'erne, hvor Fondsudvalget færdiggjorde og afleverede Betænkning nr. 970/1982 om fonde.

Uden at jeg ønsker at gå ind i en personhøjt, er det nødvendigt at accentuere et vigtigt punkt: Fondsudvalget blev ikke forsynet med alle oplysninger om, hvad der foregik. Jeg er ikke fuldt ud i stand til at forklare hvorfor, men det har i en årrække stået klart, at dette var tilfældet. Der sad i udvalget stor ekspertise med hensyn til de stadfæstede/konfirmerede fonde, der sad skatteretlig og erhvervsmæssig ekspertise, og der sad flere personer, der snarere var lobbyister end egentlig sagkyndige. En af de sidstnævnte er afgået ved døden, medens en anden for tiden er finansminister. En person blev senere Forbrugerombudsmand. Af dem, jeg har nævnt, var det langt overvejende de offentliges repræsentanter, der fik reel indflydelse på udformningen af lovgivningen. De fortalte, hvad de vidste om fonde, og det er netop den viden, man genfinder i fondslovene. Begge love - mest markant lov om fonde og visse foreninger - bygger på den legatpraksis, der er blevet opbygget gennem århundreder, og ser man specielt på et punkt, jeg vender tilbage til, nemlig ændring af vedtægten - permutation - er det tankevækkende, at praksis reelt hviler på de synspunkter, der blev gjort gældende i *A. S. Ørsteds* foredrag: Om Regeringens Ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd har oprettet.⁵⁾

⁵⁾ Foredraget blev holdt i 1801 i Selskabet for Sandhed, og det blev trykt i *Eunomia* i 1815.

Man kan derfor spørge: Hvor var "fondslivet", hvor var erhvervslivet, da det gjaldt? Hvorfor fortalte de eksempelvis ikke gennem deres udvalgsmedlemmer, eventuelt gennem Industriministeriets sekretær, Fondsudvalget

- hvorledes det egentlige fondsliv efter deres mening udspandt sig,
- hvad der stod i de vedtægter, der ikke var offentlig stadfæstede,
- hvorledes fondslovene, der for mere end 95 %'s vedkommende bygger på betænkningens arbejde og forslag, ville tage sig ud, hvis de blev gennemført?

Der kan være flere forklaringer. Det er efter min bedømmelse nærliggende at antage, at de, der repræsenterede fondene i Fondsudvalget, ikke ønskede lovgivning, og derfor fortalte de det øvrige udvalg så lidt som muligt. Der blev altså ført en form for strudsepolitik, og pludselig var det for sent. Løbet var kørt.

3. Nogle eksempler

Jeg udbygger det forrige med nogle eksempler, idet jeg samtidig udvider temaet lidt.

3.1. Fondslovene - og der er grund til at accentuere begge fondslove - bygger på et princip om, at der skal ske regelmæssig uddeling af en fonds overskud til fondens formål. Det er ikke lovenes sigte, at der skal ske formueakkumulation i den store stil, og det både siges og er forudsat, at størstedelen af en fonds indtægter skal gå til det eller de formål, som stifteren nu engang har fundet så værdifulde, at de bør begunstiges.

Det ligger fast - navnlig efter fondsbeskatningsloven af 1986 - at fondes uddeling er steget betydeligt, men det er fondenes indtægter også. Det må antages, at mange fondskroner, der burde være gået til formålet, enten forbliver i fonden eller anvendes til *administrationsomkostninger*. Det er navnlig de erhvervsdrivende fonde, der uddeler for lidt i forhold til lovgivningens krav, og det er ikke mit indtryk, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har dette spørgsmål som prioritet.

Alle - herunder Civilretsdirektoratet - erkender, at det er et problem, hvorledes man håndterer administrationsomkostningerne i fonde. Man skal være praktiker for at kende problemet. Uden for advokaternes og revisorernes kreds tror folk, at fondene i almindelighed uddeler hele overskuddet til gode formål, men det er jo ikke sandheden. Der anvendes betydelige dele af fondsmidler til administrationen.

Den manglende/sparsomme uddeling næres af fondsbeskatningsloven. Ved en umiddelbar læsning af loven er denne tilsyneladende daværende skatteminister *Isi Foighels* gulerod til fondene: uddel til formålet eller betal til staten. Realiteten er en anden. Via henlæggelses- og hensættelsesregler, der i dag er slækket ved, at man har opgivet kravet om specifikation⁶⁾, er det flere revisorers slagord, at det burde være strafbart for fondene at betale skat, men at de iøvrigt har midlerne til at undgå det. De eneste, de ikke kan hjælpe effektivt, er familiefondene.

3.2. De to love indeholder i al væsentlighed enslydende ledelsesregler. For begge fondstyper gælder bl.a., at et bestyrelsesmedlem under visse kvalificerende omstændigheder skal udtræde af fondsbestyrelsen, og at fondsmyndigheden kan afsætte vedkommende, hvis det ikke sker. Disse regler synes ikke at have givet anledning til problemer. Derimod er der sager, der rejser spørgsmål, om et beslægtet problem har fundet sin rette løsning. Fondslovene er meget rigoristiske med hensyn til muligheden for at slippe af med et bestyrelsesmedlem i en situation, hvor de øvrige medlemmer finder, at den pågældende ikke vil samarbejde for den fælles sag, nemlig den konkrete fonds ve og vel (selvsagt ikke formuleret som: en person, man ikke bryder sig om).

Således som fondslovene er blevet affattet, har man administrativt fastslået, at voldgiftsklausuler (hvorefter det overlades til en voldgift, om et bestyrelsesmedlem skal fratræde) og vedtægtsbestemmelser, hvorefter et bestyrelsesmedlem skal udtræde, hvis de øvrige medlemmer ønsker det, strider mod lovenes ledelsesregler.⁷⁾

De sager, jeg har set, giver ikke et entydigt svar på, om der bør ændres toneart. Min pointe i denne sammenhæng er imidlertid en anden. Jeg er tilbøjelig til at tro, at hvis man fra fondslivet i sin tid havde lukket mere op for posen - fortalt, at en række (ikke-stadfæstede) fundatser indeholdt sådanne bestemmelser - kunne dette have indgået i vurderingen.

3.3. Et flertal i Fondsudvalget foreslog, at der skulle gælde en aldersgrænse på 75 år, dog med dispensationsmulighed for fondsmyndigheden. Flertallet henviste til, at der altid var aldersbestemmelser i vedtægterne for de

⁶⁾ Fra fondsbeskatningslovens ikrafttræden i 1987 har fonde kunnet foretage hensættelser til almenvelgørende/almennyttige formål, se iøvrigt herom nedenfor under 5, men det var et krav, at formålet var konkretiseret. Dette krav - der måtte anses for rimeligt - betød, at fondsbestyrelserne måtte træffe beslutninger og ikke kun lade sig forføre af revisorernes snak om skattefaren. Ved lov nr. 180 af 23. marts 1995 blev konkretiseringskravet ophævet bl. a. under henvisning til administrative forenklinger.

⁷⁾ Smh. *Lennart Lynge Andersen*: Fonde og Foreninger I (4. udg. 1996) s. 125.

stadfæstede fonde, at en fast regel ville afskære diskussion om et medlems fortsatte egnethed, og man henviste iøvrigt til, at selvsuppleringsystemet øgede behovet for en aldersgrænse, smh. *Betænkning nr. 970/1982 om fonde* s. 61. Et medlem var imod, dels under henvisning til, at der ikke fandtes aldersgrænser i selskabslovgivningen iøvrigt, dels da » det i mange tilfælde vil være ganske urimeligt, om adgangen til at være medlem af en fondsbestyrelse skulle være afhængig af en offentlig tilladelse.«

Forslaget blev ikke vedtaget. Siden 1984 har der såvel været administrative sager som offentlig debat om det betimelige i, at kun højere magter kan afsætte meget gamle medlemmer af en fondsbestyrelse, medmindre vedtægten indeholder en aldersgrænse. Emnets delikate karakter gør, at det må overlades til pressen at foretage eksemplifikationen, men det er efter min opfattelse åbenbart, at regeringen i 1984 begik en fejl ved ikke at følge udvalgets forslag. En fond er i forvejen belastet af at være en meget lidt demokratisk og dynamisk indretning, og navnlig i en erhvervsdrivende fond kan det have meget kedelige konsekvenser, hvis en fondsbestyrelse udgøres af nissernes vagtparade.

4. Permutation (vedtægtsændringer)

Vi er nu nået til *Flemming Lindeløvs* udtalelse i begyndelsen af artiklen.

Det har i de sidst to hundrede år været diskuteret, hvor grænserne for statens ret til at permutere, d.v.s. foretage ændring eller fravigelse i et testamente, gavebrev eller i en fundats, går. I det forrige århundrede blev spørgsmålet handlet af *A. S. Ørsted* i *Eunomia* (1815) I. bind s. 1 ff og af *Oppermann* i *Stiftelser* (1860). *Olivarius'* synspunkter i *Stiftelser* (1910) er på linie hermed. Disse forfattere fandt det utvivlsomt, at det offentlige ud fra samfundsmæssige hensyn kunne foretage permutation, selv om regeringen måtte vise den yderste varsomhed ved anvendelsen af denne kompetence. I vort århundrede blev spørgsmålet første gang for alvor behandlet af *Frederik Vinding Kruse*, der i *Ejendomsretten* II (1929) s. 501 ff foretog en sondring mellem ændringer i en fonds formål og ændringer af bestemmelser om forvaltningsmåden. Med hensyn til permutation af fondens formål krævede *Vinding Kruse*, at formålet efter de forandrede tidsforhold har vist sig umuligt at gennemføre eller var samfundsmæssigt urimeligt. Han tilføjer s. 512 følgende kloge ord:

»Men i det hele taget må Staten, navnlig hvor et Legat eller en Stiftelse har virket efter sit Formaål i Århundreder - hvorved der jo er givet Arveladers Ønsker vidtrækkende Opfyldelse - være beføjet til at ændre Formålet, når dette er kommet i den

grad ud af Kontakt med Tiden, at dets stadige Opfyldelse må anses urimelig eller uforsvarlig.«

I den arveretlige teori mellem *Ørsteds* afhandling og *Frederik Vinding Kruses* formueretlige fremstilling berøres permutationsspørgsmål kun fragmentarisk. Dette må antages at skyldes, at arveforordningen af 1845 betød et afgørende brud inden for testationsretten: Før 1845 kunne man i princippet kun testere til kirker, fattige og skoler. Testation til andre formål krævede kongelig konfirmation. Efter 1845 kunne alle, der opfyldte arveforordningens habilitetskrav, lave testamente "således som den finder for godt." Dette ændrede udgangspunkt medførte meget snævre regler for testamentsfortolkning.

I en afhandling i TfR 1939, specielt s. 140-143, gjorde *Borum* opmærksom på, at man i administrativ praksis var nået meget længere, og at »en Undersøgelse af Justitsministeriets Praksis have vist, at Ministeriet, så langt man kan spore tilbage, altid har anset sig for beføjet til at tillade visse Afvigelser fra Testamenter.« *Borum* fremhævede bl.a. sager, hvor fondatsen forbød salg af fondens ejendom. I disse tilfælde havde Justitsministeriet tilladt salg, når ejendommen i tidens løb var blevet uegnet eller mindre egnet til formålet. Som hjemmel for denne permutationsret henviste *Borum* til, at der forelå en praksis fra før Enevældens ophør, og at den derfor var opretholdt ved grundlovens § 27. Han henviste yderligere til nogle ældre forordninger om tilsynet med skifteforvaltningen og tilsynet med eksekutorer.

Allerede året efter tog *Stig Juul* spørgsmålet op i Festskrift til Vinding Kruse s. 135 ff. *Juul*, der dog i det væsentligste drøftede testamentariske dispositioner, vendte sig mod *Borums* opfattelse med hensyn til hjemmelsspørgsmålet, men han accepterede dog efter en længere analyse permutationsretten, idet han s. 146 og s. 148 udtalte:

»Permutationsretten er da i dansk Ret, så vidt jeg kan se, en konstruktion, der er fremkommet ved, at man har opfattet Praksis inden for de i det foregående nævnte Områder som Udtryk for et almindeligt Retsprincip, af hvilket man da atter har draget vidtgaaende Konsekvenser. Denne Udvikling er tilmed af forholdsvis ny Dato, idet største Delen af Afgørelserne tilhører den sidste Menneskealder.

Denne Afgørelse danner, så vidt vides, Udgangspunktet for den senere Praksis... Som almindeligt Synspunkt for denne

Praksis kan der i hvert fald opstilles det Princip, at Justitsministeriet anser sig beføjet til at tillade, at testamentariske Bestemmelser fraviges, hvor disse ikke længere kan anses for gennemførlige eller formaalstjenlige.

Så længe Permutationsretten holdes inden for disse Grænser, er de principielle Betæneligheder, den fremkalder kun faa.«

De seneste fremstillinger inden fondslovene var *Ernst Andersen*: Arv og Legat (1961) og Legater og Stiftelser (1962). *Ernst Andersen* opstiller her to hovedprincipper,

1) der kan foretages permutation, hvis formålet ikke længere lader sig realisere (herunder hvor opgaverne er overtaget af det offentlige),

2) de ændringer, der gennemføres, må ikke gå videre end påkrævet (de skal være "cy-près").

Ved arvelovens § 69 blev der givet regler for ændringer af et testamente, idet det i stk. 1 hedder:

»Har en testator pålagt en arving en bestemt anvendelse af arven, eller indskrænkninger i rådigheden over denne, kan justitsministeren, når hensynet til arvingens tarv taler derfor - navnlig hvis forholdene har forandret sig - tillade sådanne afvigelser fra testamentet, som ikke væsentlig fraviger testationens formål og karakter.»

Denne bestemmelse bygger på *Arvelovskommissionens Betænkning fra 1941* s. 159 ff og *Arvelovsudvalgets Betænkning fra 1961* s. 126 ff. Arvelovskommissionen præciserede, at dets forslag (§ 88) skulle praktiseres rigoristisk: Hvis testamentet var gennemførligt, og det ikke savnede fornuftigt indhold, måtte testamentet følges. Havde testator knyttet betingelser til arveindsættelsen, og en undladelse af at opfylde disse krav ville medføre arvens bortfald, kunne forslaget heller ikke anvendes. Bestemmelsen kunne ikke anvendes til at gribe ind i tredjemands rettigheder. Arvelovsudvalget tiltrådte disse bemærkninger. Man nævnte specielt, at § 69 måtte anses anvendelig, hvor der var forløbet mange år siden dispositionen var truffet, og hvor stifteren formentlig selv ville have truffet en anden bestemmelse.

Ved fondslovenes gennemførelse i 1984 blev der i begge love indsat bestemmelser om permutation - nu erstattet af det mere moderne ord *vedtægtsændringer*. Efter fondslovens § 32, stk. 1, kan fondsmyndigheden (d.v.s. Civilretsdirektoratet) efter indstilling fra fondsbestyrelsen, tillade, at en

bestemmelse i vedtægterne ændres. Samme regel findes for de erhvervsdrivende fonde i erhvervsfondslovens § 48, stk. 1, idet samtykke her skal gives af fondsmyndigheden og Civilretsdirektoratet. Bestemmelserne omtaler ikke, hvilke materielle betingelser, der skal være opfyldt for at få vedtægten ændret, idet de nærmere betingelser af redaktionelle grunde (hvilke?) blev udeladt af loven, smh. Folketingstidende 1983/84 (2.saml.), tillæg A, sp. 3130.

Der er en meget righoldig administrativ praksis om grænserne i § 32 (§ 48), og jeg tillader mig her at henvise til *Lennart Lynge Andersen*: Fonde og Foreninger I (4. udg. 1996) s. 163 ff og *Lennart Lynge Andersen og Jørgen Nørgaard*: En fondsbestyrelses arbejde (1994) s. 74, idet mit ærinde med at tage emnet op snarere er af legislativ karakter:

Skal man kort sammenfatte permutationspraksis, kan det gøres på følgende måde:

1) Det er afgørende, hvad stifteren har bestemt eller har forestillet sig. Er stifterens vilje klar, og er vedtægterne ikke uigennemførlige, er der ikke permutationsgrundlag.

2) Det er meget vanskeligt at få ændret formålsbestemmelsen i en fond (da man må antage, at denne i særlig grad har haft stifterens bevågenhed), hvorimod ændring af forvaltningsbestemmelser imødekommes, medmindre der er tale om en bestemmelse, som stifteren har lagt særlig vægt på.

Læserne kan som nævnt finde en række eksempler fra administrativ praksis i litteraturen, men jeg vil gerne nævne et nyere eksempel, der endnu ikke har fundet vej til bøgerne, og som viser, hvor vanskeligt det er.

En stor og i mange år veldrevet fond i forlagsbranchen havde ved den kgl. konfirmation i 1954 bl.a. følgende vedtægtsbestemmelse, idet jeg særligt nævner, at det juridiske medlem af fondsbestyrelsen efter stifterens død har været fondens formand:

»Fondens bestyrelse består af tre fuldmyndige, uberygtede og vederhæftige personer, der har dansk indfødsret....Et medlem skal være juridisk professor ved Københavns Universitet....«

I 1982 godkendte Undervisningsministeriet (der havde konfirmeret fondatsen) og Justitsministeriet, at bestemmelsen blev ændret, således at

»Et medlem skal være nuværende eller tidligere juridisk professor ved Københavns Universitet.«

Her holder myndighederne sig givet inden for permutationsgrænserne, og samtidig ratihaberer man praksis i fonden, hvor det daværende juridiske medlem var født i 1894.

I efteråret 1995 godkendte Erhvervs- og Selskabsstyrelsen og Civilretsdirektoratet en ændret vedtægt, hvor det bl. a. hedder

»Et medlem skal være en til fondens formål særligt kvalificeret jurist, fortrinsvis en nuværende eller tidligere professor ved Københavns Universitet.«

Efter min bedømmelse har myndighederne ved afgørelsen overset, at der nok er tale om en forvaltningsbestemmelse, men at der samtidig er tale om en bestemmelse, som stifteren i særlig grad har interesseret sig for. Der har derfor ikke været grundlag for at tillade vedtægtsændring, og man må vel spørge, om myndighederne reelt har foretaget en sagsbehandling. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har fra fondslovenes gennemførelse haft et noget friere syn på, hvad der kan tillades i erhvervsdrivende virksomheder, og det er derfor, at justitsministeren (delegeret i 1989 til Civilretsdirektoratet) er indsat som yderligere led i godkendelsesproceduren. Civilretsdirektoratet er med al respekt ikke kendt for at være det hurtigste direktoratet herhjemme, men i dette tilfælde blev sagen modtaget den 12. oktober 1995 og sendt tilbage den 16. oktober 1995. I det korte tidsrum må vi lægge til grund, at Civilretsdirektoratet dels har overvejet, *om* der var tale om en bestemmelse, som stifteren særligt må antages at have lagt vægt på, dels om fondsbestyrelsen ved sin ansøgning har haft føje til at antage, at der næppe er kvalificerede (juridiske) professorer ved Københavns Universitet. Man har måske yderligere nået at gennemtænke, *om* formandsposter i en fond af den karakter i fremtiden bør overlades til forretningsadvokater - det bliver jo konsekvensen - eller om det er ønskeligt, at der også kan anlægges et lidt bredere perspektiv. Man kan konstatere, at de tre forhindringer alle blev klaret, og at myndighederne godkendt ansøgningen.

Hvis nu fonden var stiftet f. eks. i 1876, kunne man måske anlægge et andet syn på sagen. Jeg kommer på den måde til det, der er mit ærinde.

Vi har - navnlig - i 1990'erne set eksempler på fonde (f. eks. inden for entreprenørsektoren), der har haft det skidt. Der er mange fordele ved at stifte en fond, men der er også grundlæggende mangler, og i denne forbindelse har det betydning, at en fond selv skal tjene pengene i hvert fald fra det tidspunkt, hvor stifteren er død. Man kan låne sig frem, men det tjener man jo næppe på, og man kan ikke gå på Børsen eller på anden måde tillægge udenforstående ejerrettigheder i fonden. Problemet kan derfor være, hvorledes myndighederne vil agere, hvis en fondsbestyrelse ansøger om ændring af vedtægten, således

at man slipper af med vedtægtsbyrder å la "Fonden skal til enhver tid eje", "Fonden må ingensinde sælge min fabrik" o. l.

Problemet er her lovgivningen, hvor accenten som nævnt tidligere i al væsentlighed er lagt på stifterens vilje, altså en testamentarisk indgang til problemets løsning. Jeg tænker ikke på de tilfælde, hvor stifteren har ønsket at begunstige kunst, og hvor fondsbestyrelsen, så snart stifterens aske er blevet spredt, søger om tilladelse til at uddele midler til fodbold. Jeg tænker på de tilfælde, hvor stifterens vilje er klar - eksempelvis at Viggo Elmersens Familiefond skal altid drive den og den virksomhed, og dette formål kan ikke ændres. Hvad gør man 40 år efter eller 100 år efter, hvor vedkommende branche måske har noget mere trange vilkår, men hvor virksomheden nok kan eksistere på et noget lavere blus? Der er tilfælde, hvor man i administrationen har bøjet sig, men det er særtilfælde, og de har et usikkert hjemmelsgrundlag.

Tiden er derfor moden til, at vi begynder at overveje, om der kan ske forældelse af stifterviljen. På mødet i april 1997 i Dansk Forening for Selskabsret rejste jeg dette spørgsmål, idet jeg dog fremhævede, at jeg nok var pessimist med hensyn til de konkrete resultater af en sådan debat, idet et egentlig gennembrud først ville komme den dag, hvor Carlsbergfondet indgav en ansøgning. Det hedder i fundatsen, at Carlsbergfondet stedse skal være ejer af mindst 51 % af aktiekapitalen i De forenede Bryggerier A/S.⁸⁾ Menneskets tørst og øllets kvalitet har hidtil betydet, at denne bestemmelse har kunnet overholdes. *Flemming Lindeløv* er fra 1997 *koncernchefen* i De forenede Bryggerier A/S. Han blev i Børsens Nyhedsmagasin for den 3. oktober 1997 spurgt om bryggeriernes kapitalberedskab, og han svarede bl. a. - som det fremgår af indledningen - at man ikke ville gå akkord med 51 %-grænsen. Vi skal således ikke forvente ansøgning de første par dage, men det vil være gavnligt, hvis juraen til sin tid kunne bidrage med nogle hensigtsmæssige løsninger.

Jeg arbejder derfor videre med det spørgsmål. Måske har *Frederik Vinding Kruse* allerede - på side 512, gengivet ovf. - sagt de gyldne ord.

5. Begrebet almennyttig

I U 1996.1248 Ø er refereret en dom, hvorefter en fonds formål ikke var tilstrækkeligt konkretiseret til, at der kunne gives arveafgiftsfritagelse. Afgørelsen er overraskende, men den er egnet til at illustrere nogle principielle, fondsretlige spørgsmål.

⁸⁾ Litteraturen om Carlsbergfondet er betydelig. Af juridisk interesse er navnlig *Kristof Glamann*: Carlsbergfondet (1976) og *Bernt Hjejle*: Hof eller Tuborg (1982).

5.1. Fonden var stiftet i 1978 af to ægtefæller. Spørgsmålet om arveafgiftsfritagelse blev aktuelt i 1993, hvor den længstlevende afgik ved døden. Fonden arvede her ca. 7,6 mio. kr., hvoraf afgiften ville udgøre 2,6 mio. kr.

Fonden, der var ikke-erhvervsdrivende, skulle efter vedtægterne »virke for almen velgørende og humane, kunstneriske, videnskabelige eller deslige formål, herunder uddannelse af unge.« Det var endvidere bestemt, at der ikke kunne søges understøttelse fra fonden, men at fondsbestyrelsen om fornødent kunne indkalde ansøgninger i en landsdækkende avis. Vedtægterne indeholdt iøvrigt ikke bestemmelser af betydning for det drøftede spørgsmål. Fonden søgte arveafgiftsfritagelse, men fik afslag, da der »for at kunne opnås fritagelse stilles der krav om, at formålsbestemmelsen i fundatsen er fyldestgørende konkretiseret, således at bestyrelsen er bundet til at uddele fondsmidlerne til formål, der er godkendt på forhånd. Den foreliggende fundats's formål er efter regionens opfattelse så bredt formuleret, at fundatsen i realiteten overlader det til bestyrelsen selv at skønne over, hvad der er almenvelgørende.« Dette punkt blev gentaget af Kammeradvokaten under landsretssagen, hvor det blev fremhævet, at fondens formål var så bredt formuleret, at det ikke på forhånd kan fastslås, at midlerne kun vil komme almenvelgørende og almennyttige formål til gode. Kammeradvokaten procederede endvidere på, at det ifølge fast og langvarig praksis ikke var tilstrækkeligt, at fundatsen angav nogle overordnede principper for uddeling. Denne administrative praksis havde været kendt for lovgiver, der ikke har fundet anledning til at ændre retstilstanden.⁹⁾

5.2. Reglerne findes i dag i boafgiftsloven, men på det punkt, jeg drøfter her, er der ikke sket ændring.

Før 1908 byggede reglerne på en administrativ bevillingspraksis, der blev kodificeret i 1908. Senest i lovebekendtgørelse nr. 616 af 30. august 1990 om afgift af arv og gave hed det i § 3, stk. 4, at skatteministeren var bemyndiget

»til at nedsætte afgiften til 12 pct. af arv, som tilfalder offentlige institutioner, foreninger, selskaber eller stiftelser med almenvelgørende eller andet almennyttigt formål, eller som på anden måde bortskænkes i tilsvarende øjemed. Et legat eller en stiftelse betragtes ikke som almenvelgørende, når der er forbeholdt medlemmerne af en bestemt familie fortrinsret til nydelse af samme for mere end to generationer.«

⁹⁾ I *U 1995.192 H* (om kreditkøbsloven) procederede Kammeradvokaten på det modsatte synspunkt. Højesteret gav medhold i, at man ikke skal lægge alt for meget vægt på, hvad Folketinget kunne have foretaget. Iøvrigt kan der vel sættes et spørgsmålstejn ved, om den detalje, der afgjorde *U 1996.1248 Ø*, var Folketinget bekendt.

Ved lov nr. 287 af 8. maj 1991 blev § 3, stk. 4, ændret, således at der i fremtiden kunne ske arveafgiftsfritagelse frem for arveafgiftsnedsættelse. Løvrigt var teksten uændret, og skatteministeren (*Fogh Rasmussen*) udtalte under 1. behandlingen af lovforslaget, at han skulle

»blot for en ordens skyld understrege, at arveafgiftsfritagelsen vil blive administreret på samme måde som de gældende regler. Skifteretterne vil derfor automatisk fritage institutioner, der er godkendt efter ligningslovens § 8A sp. berettigede til at modtage fradragsberettigede gaver. Institutioner, der ikke er optaget på listen, vil kunne afgiftsfritages efter en konkret vurdering foretaget af told- og skatteregionerne.«

Ved bekendtgørelse nr. 699 af 16. oktober 1991 blev skifteretter og eksekutorer bemyndiget til at meddele arveafgiftsfritagelse til (bl.a.) almennyttige eller almenvelgørende fonde, hvis denne var optaget på den seneste § 8A-liste.

Den konkrete sag skulle afgøres på grundlag af 1991-loven, og jeg nævner derfor blot for oversigtens skyld, at reglerne fra 1995 findes i § 3, stk. 2, i lov om afgift af dødsboer og gaver. Man fortsætter 1991-systemet, således at der i givet fald ydes afgiftsfritagelse. Forskellen i forhold til tidligere er kun, at man har undladt sætningen om, at familiefonde ikke kan få afgiftsfritagelse. Heri ligger der ingen realitetsændring. Det virker derimod tankevækkende, at man såvel i 1991 som 1995 stadig opererer med betegnelsen "stiftelser", eftersom de to materielle fondslove fra 1984 i § 1 taler om fonde. Der hersker dog ikke tvivl om, at man har tænkt på fonde i samme forstand som fondslove-
ne.

5.3. Den konkrete tvist blev afgjort til afgiftsmyndighedernes fordel, idet landsretten udtalte:

»Arveafgiftslovens § 3, stk. 4, nr. 3, indeholder hjemmel til, at der som betingelse for afgiftsfritagelse kan stilles krav om, at de nævnte almenvelgørende eller almennyttige formål er konkretiseret.

Formålet i sagsøgerens fundats har ikke en sådan konkretisering, at det på forhånd kan sikres, at midlerne alene vil blive anvendt til almenvelgørende og almennyttige formål. Herefter, og da der ikke findes grundlag for at antage, at sagsøgte har tilsidesat sin forpligtelse til at foretage et individuelt skøn, giver landsretten sagsøgte medhold i den nedlagte frifindelsespåstand.«

5.4. Landsrettens resultat er ikke uden støtte i teorien, se *Niels-Jørgen Kaj Petersen* og *Bue Skammelsen*: Bo- og gaveafgift (2. udg. 1995) s. 95, og det kan også hævdes, at resultatet har støtte i *Falcks* nedenfor nævnte artikel. I Karnov 1996 s. 5832 udtaler *Bue Skammelsen* om afgørelsen, at »Dommen tiltræder hermed Skatteministeriets oplagte¹⁰⁾ synspunkt, hvorefter alene myndighederne og ikke fondsbestyrelser kan afgøre almenvelgørenheden i relation til boafgiftsloven.«

Det er nu ikke helt så oplagt, som *Skammelsen* angiver.

I dommen oplyses, at fonden i perioden 1987-1993 bl.a. havde uddelt til følgende formål:

- »1987 Dansk Blindesamfund, ferie og kursuscenter, legat på kr. 50.000,-
- 1987 Scleroseforeningen, behandlingsinstitut i Ry, legat på kr. 50.000,-
- 1988 Møllegårdens Buskomite, Nakskov handicapbus, legat på kr. 100.000,-
- 1989 Lions Kollegiet, varmtvandsbassin, legat på kr. 100.000,-
- 1989 Scleroseforeningen, behandlingsprogram i Haslev, legat på kr. 50.000,-
- 1990 Stensagergården, Århus, handicapbus, legat på kr. 50.000,-
- 1990 Scleroseforeningen, behandlingsprogram i Haslev, legat på kr. 50.000,-
- 1991 Støtteforeningen Lindhøjs venner, handicapbus, legat på kr. 100.000,-
- 1993 Dronning Alexandrines Hus, Sankt Lukasstiftelsen, legat på kr. 100.000,-«¹¹⁾

Det er en konsekvens af dommen - og af skattemyndighedernes standpunkt - at fondsbestyrelsen har handlet retsstridigt, idet man ikke har uddelt til de formål, der er angivet i vedtægterne, smh. ovenfor. Formålsbestemmelsen fastsætter, uden at der er nogen fortolkningstvivel, at fondsbestyrelsen kun kan foretage uddeling af fondens midler til almenvelgørende/almennyttige formål, og stifterne har særligt fremhævet uddannelse af unge mennesker. Vi er her ved et af kernespørgsmålene: hvem skal bestemme på det administrative plan - selv sagt med adgang til domstolskontrol - om en fonds formål er overholdt. Svaret er enkelt, idet denne opgave for de ikke-erhvervsdrivende fonde

¹⁰⁾ Forfatteren mener formentlig *overbevisende*.

¹¹⁾ Det hedder i dommen, at der er tale om et uddrag af legatmodtagerne i de seneste år. Skattemyndighederne procederede ikke på, at der var uddelt til formål, der ikke kunne karakteriseres som almenvelgørende/almennyttig.

påhviler fondsmyndigheden, jf. fondslovens § 37. Det fremgår ikke af sagen, at fondens årsregnskab har været udtaget til stikprøvekontrol i Civilretsdirektoratet, men det i hvert fald lægges til grund, at fondsmyndigheden ikke på noget tidspunkt har udtalt kritik over for fondsbestyrelsen med hensyn til uddelingerne. Hvis der har været stikprøvekontrol, nærer jeg ingen tvivl om, at de nævnte uddelinger ikke ville have givet anledning til kritik, idet de (klart) falder inden for formålsbestemmelsen.

Dommen fører så til, at skattemyndighederne enten har en censurbeføjelse med hensyn til, om en fondsbestyrelse har overholdt vedtægten, eller at der arbejdes med et andet begreb, når det gælder, hvad der forstås ved "almenvælgørende" og "almennyttig." Det første kan uden videre forkastes, idet dette åbenbart savner hjemmel, og man må derfor koncentrere sig om det andet spørgsmål.

De pågældende begreber finder man fondsretligt kun i fondsbeskatningsloven. Jeg skrev i sin tid udkastet til Notat om begrebet "almennyttig" (bilag 3 til Fondsudvalgets betænkning s. 171-178), og jeg husker det i dag som det eneste dokument, der ikke blev rettet i, enten fra formandens eller medlemmernes side. Resultatet var, at Fondsudvalget besluttede, at begreberne ikke kunne anvendes i fondsloven eller i erhvervsfondsloven. Udvalget pegede s. 178 dog på, at begreberne ikke nødvendigvis bør have samme retsvirkninger i alle relationer.

I det høringssvar, som Skattedepartementet afgav til brug for udarbejdelsen af notatet, finder man ikke det konkretiseringskrav, der blev udslagsgivende i *U 1996.1248 Ø*, men hvad der forekommer mere tankevækkende er, at kravet reelt heller ikke findes i den "officiøse" afhandling "Arveafgifts-nedsættelse for institutioner og legater m.v. En gennemgang af skattedepartementets praksis efter arveafgiftslovens § 3, stk. 4", som *F. Falck* offentliggjorde i *Advokaten* 1984 s. 99 ff. Som det fremgår af det følgende, foretager denne forfatter - der givet har haft mandat til at tale på skattedepartementets vegne - et andet snit.

Falck foretager en meget grundig gennemgang af praksis med hensyn til, hvad skattemyndighederne forstås ved almenvelgørende/almennyttig. Herefter hedder det s. 104:

»Under omtalen af kravene til formålsbestemmelsen kan det endelig nævnes, at man, for at der kan blive tale om arveafgifts-nedsættelse, i praksis stiller krav om, at formålsbestemmelsen i fondsfundatsen skal være *fyldestgørende konkretiseret*, således at bestyrelsen er bundet til at uddele fondsmidlerne til formål, som skattedepartementet på forhånd har anset for at være almenvelgørende eller på anden måde almennyttige. Man vil således ikke bevilge arveafgifts-nedsættelse for

midler, der tilfalder en fond, hvis formålsbestemmelse er så vidt formuleret, at den i realiteten overlader det til bestyrelsen selv at skønne over, hvad der er et almenvelgørende eller almennyttigt formål. Som eksempel herpå kan nævnes en formålsbestemmelse, der blot siger, at midlerne skal uddeles til almenvelgørende eller almennyttige formål.«

Det er jo noget andet end det standpunkt, skattemyndighederne procederede på i *U 1996.1248 Ø*. Jeg kan godt forstå, at skattemyndighederne er betænkelige ved at anerkende en så vidtgående bemyndigelse til en fondsbestyrelse, men det var der heller ikke tale om i den konkrete sag. Der var netop sket en konkretisering, jf. ovenfor. Det er yderligere tankevækkende, at *Falck* afslutter sin afhandling med et eksempel på en nyere fundats, der har opnået arveafgiftsnedsættelse. Det hedder i denne fonds formålsbestemmelse følgende:

»Det er fondens primære formål at yde støtte til uddannelse og videreuddannelse hovedsagelig indenfor videnskab, industri, handel og håndværk. Støtte kan ydes i form af tilskud til rejser og ophold i udlandet.

Unge, der har mistet deres forældre eller hvis forældre er ubemidlede, skal fortrinsvis komme i betragtning ved legatuddelinger.

Fonden kan også yde støtte til uddannelse og videreuddannelse indenfor de forannævnte områder af udlændinge, der ønsker at opholde sig i Danmark under uddannelsen. Statsborgere fra USA skal have fortrinsret.

Det er dernæst fondens formål at yde støtte til videnskabelig forskning og til køb eller leje af maskiner, materiel, råvarer m.v. til forskningsformål.

Der kan endelig ydes støtte til foreninger, stiftelser, institutioner m.v., der er godkendt i henhold til ligningslovens § 8 A. Til brug for bedømmelse af ansøgninger kan fondsbestyrelsen indhente oplysninger og erklæringer fra bl.a. Københavns Universitet, Forskningssekretariatet, Akademiet for de tekniske Videnskaber og Danmarks tekniske Højskole.

Det beror på fondsbestyrelsens frie og uangribelige skøn, hvorledes fondes støtte skal fordeles mellem ovennævnte formål, ligesom den bestemmer de enkelte legaters størrelser«

Det er min principielle opfattelse, at der tvivlsomt, om skattemyndighederne har hjemmel til at stille et konkretiseringskrav, efter at det materielle

fondsområde blev reguleret i 1984. Men det behøver man ikke at diskutere i den pågældende sag, eftersom der var sket en tilstrækkelig konkretisering. Man kan yderligere overveje, om skattemyndighederne efter 1984 kan/bør afslå en ansøgning om arveafgiftsfrigivelse uden at foretage høring af fondsmyndigheden, men denne diskussion må vente til en anden gang.

Skattemyndighedernes holdning i *U 1996.1248 Ø* har et langt mere vidtrækkende perspektiv. Der rejser sig nemlig spørgsmål, om skattemyndighederne - i fremtiden - vil indtage samme standpunkt med hensyn til begreberne almenvelgørende/almennyttig på fondsbeskatningsområdet, som man gør på boafgiftsområdet. Jeg bemærker herom følgende:

Fondsbeskatningsloven bygger på det almindelige princip, at en fond kan foretage fradrag for de beløb, der uddeles til fondens formål.¹²⁾ Dette gælder principielt for alle formål, som en fond gyldigt kan varetage, men hertil kommer, at almenvelgørende og almennyttige formål har en række særfordele. Eksempelvis er der efter fondsbeskatningslovens § 5, stk. 1, et (yderligere) fradrag på 25 % af de i indkomståret foretagne uddelinger til almennyttige formål, og efter § 3, stk. 3, kan en fond yderligere foretage hensættelser (i indtil 5 år) til opfyldelse af almenvelgørende/almennyttige formål.

I forbindelse med udarbejdelsen af fondsbeskatningsloven - i 1986 - oplyste skatteministeren (*Isi Foighel*), at afgrænsningen af begreberne skulle foretages efter samme praksis, som det iøvrigt anvendes inden for skatte- og afgiftsområdet.

Jeg kan ikke forestille mig, at skatteministeriet har overvejet problemstillingen, men hvis der skal sammenhæng og konsistens i tingene, må man vel forvente, at skattemyndighederne i fremtiden fører samme praksis på fondsuddelingsområdet - altså stiller konkretiseringskrav til formålet - som det er sket på afgiftsområdet. Det vil kræve ansættelse af en del medarbejdere.

Det er min samlede bedømmelse, at skattemyndighederne har overspillet kortene i *U 1996.1248 Ø* og ikke har tænkt konsekvenserne igennem.

¹²⁾ Regelsættet er kommenteret i *Lennart Lynge Andersen og Jørgen Nørgaard: Fonde og Foreninger II* (3. udg. 1992) s. 40 ff.

GPA og EU-reglerne om offentlige udbud

af
Ruth Nielsen

1. Indledning

I GATT¹⁾-regie blev der indgået en Government Procurement Agreement (GPA) som resultat af Tokyo-runden (1973-79).²⁾ Den trådte i kraft i 1981 og blev ændret i 1988. I 1994 blev aftalen om WTO (World Trade Organisation)³⁾ indgået som resultat af Uruguay runden (1986-94).⁴⁾ Der er knyttet 4 bilag til WTO-aftalen. De tre første omfatter en række multilaterale aftaler, som alle WTO-medlemmer er part i, bla en ajourført version af GATT-aftalen (GATT 94). Bilag 4 til WTO-aftalen omfatter 4 såkaldt plurilaterale aftaler, som nogle, men ikke alle WTO-medlemmer, er parter i. En af disse er den nugældende GPA, der trådte i kraft den 1.1.1996.

WTO er en verdensomspændende, multinational organisation med (pr 6. September 1997) 132 folkeretssubjekter, heriblandt Det europæiske Fællesskab, som medlemmer. 29 regeringer forhandler om tiltræden til WTO-aftalen, heriblandt Kina og den Russiske Føderation. GPA har en langt snævrere kreds af parter. Foruden Det europæiske Fællesskab og dets medlemmer er Canada, Hong Kong, Israel, Japan, Korea, Liechtenstein, Norge, Singapore, Schweiz og USA parter. Som det ses er EU's vigtigste handelspartnere med i GPA.

¹⁾ General Agreement on Tariffs and Trade. Den første GATT-aftale blev indgået i 1947.

²⁾ GPA 1979 blev tiltrådt af EF ved Rådets resolution 80/272, EFT L 71/44.

³⁾ GPA er optrykt i EFT 1994 L 336/273. I den danske version af EF-Tidende er GPA optrykt på engelsk, som er det ene af WTO's officielle sprog. De to andre er fransk og spansk. En uofficiel oversættelse til de øvrige EU-sprog findes i EFT 1996 C 256/2. I denne oversættelse kaldes GPA på dansk WTO aftalen om offentlige anskaffelser. En del materiale om GPA, herunder originalteksten på engelsk, fransk og spansk ligger frit på WTO's hjemmeside på internettet på adressen <http://www.wto.org>.

⁴⁾ Rådets afgørelse 94/800/EOF af 22. december 1994, hvorved de aftaler, der er resultatet af de multilaterale forhandlinger under Uruguay-runden, blev vedtaget, er optrykt i EFT 1994 L 336/1.

mens navnlig udviklingslandene og Østeuropa ikke er med, selv om de typisk er medlemmer af WTO.

Efter GPA er det forbudt ved indgåelse af kontrakter om offentlige anskaffelser inden for GPA-området at diskriminere virksomheder fra GPA-medlemmer pga deres varers eller tjenesteydelsers oprindelse i et GPA-medlem eller deres tilknytning til et GPA-medlem, fx ved at de er datterselskaber af en virksomhed i et GPA-medlem.

I denne artikel sammenlignes GPA og EU-reglerne om offentlige udbud med hensyn til generelt retligt design, anvendelsesområde, rækkevidden af diskriminationsforbudet og ligebehandlingsprincippet, udbudsprocedurer, håndhævelse og den adgang, de giver tredjelande. Til sidst diskuteres de ændringsforslag til udbudsdirektiverne, der er under behandling, for at tilpasse EU-reglerne til GPA og det vurderes, hvilke ændringer, GPA har medført i EU-reglerne, og om der henstår uløste problemer.

2. Generelt retligt design

2.1. Lidt eller meget baggrundsret

GATT-aftalen har, siden den blev indgået i 1947, indeholdt en bestemmelse i Artikel III, stk 8, der undtager offentlige anskaffelser fra diskriminationsforbudet i GATT. Det betyder, at alle GATT-parter⁵⁾ uden at overtræde GATT frit kunne diskriminere pga nationalitet ved offentlige anskaffelser frem til indgåelsen af den første GPA, der trådte i kraft i 1981, og at de (mange) GATT-parter, der kun er medlemmer af WTO (og dermed GATT 94), men ikke af GPA, fortsat kan gøre det. Anvendelse af GPA trækker således ingen baggrundsregler fra GATT-aftalen med sig. Der er derimod i GPA art XXII en henvisning til WTO-aftalens Dispute Settlement Understanding, der finder anvendelse på offentlige anskaffelser, se nærmere neden for under håndhævelse.

Sammenfattende må GPA karakteriseres som en temmelig "fritstående" taktat med meget lidt baggrundsret i GATT- og WTO-regie. Udbudsdirek-

⁵⁾ Det europæiske Fællesskab var ikke formelt part i GATT-aftalen før WTO-aftalen, men da den fælles handelspolitik efter TEF art 113 hører under Fællesskabets enekompetence har GATT-aftalen været bindende for Fællesskabet siden overgangsperiodens udløb (31.12.1969), sml Petersmann, Ernst-Ulrich: The EEC as a Gatt Member - Legal Conflicts between GATT Law and European Community Law i Hilf, Meinhard, Francis Jacobs og Erns-Ulrich Petersmann (eds): The European Community and Gatt, Kluwer 1986 s 23 ff.

tiverne udgør til forskel herfra kun "toppen af isbjerget" af EU-reglerne om offentlige udbud.

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 (forsyningsvirksomhedsdirektivet). Kommissionen fremsatte den 27.4.1995, KOM(95)107, EFT 1995 C 138 ændringsforslag til disse direktiver. Efter høring af bla Europa-Parlamentet fremsatte Kommissionen et nyt forslag til ændring af bygge/anlægs-, indkøbs- og tjenesteydelsesdirektivet den 13.12.1996, KOM(96)623, som blev ændret igen den 30.6.1997, KOM(97)289, samt nyt forslag til ændring af forsyningsvirksomhedsdirektivet den 21.11.1996, EFT 1996 C 28. Vedrørende håndhævelse af udbudsreglerne findes desuden to kontroldirektiver: 89/665/EØF om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge og anlægskontrakter (kontroldirektivet) som ændret ved direktiv 92/50/EØF art 41 (der udstrækker direktivet til også at gælde tjenesteydelsesktrakter), 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).

Meget vigtige regler om gennemførelse af offentlige anskaffelser og om tredjelandes adgang til EU-markedet for offentlige kontrakter findes i de generelle regler om diskriminationsforbud og fri bevægelighed for varer, tjenester og personer i TEF art 6, 30, 48, 52 og 59, og i TEF art 113 om den fælles handelspolitik.

2.2. Mindstekrav til ordregivende myndigheder

Både GPA og EU-reglerne om offentlige anskaffelser stiller mindstekrav til hvilken adgang, ordregivende myndigheder mv skal give henholdsvis GPA- og EU-leverandører til deres marked for offentlige anskaffelser. Et GPA-medlem eller et EU-land må gerne stille *strengere* krav til egne ordregivere, men de må ikke gøre det vanskeligere for en GPA- eller EU-leverandør at deltage i en udbudsforretning, end de fælles regler foreskriver. Når GPA art XI fx foreskriver, at der mindst skal gives en frist af en vis længde for indlevering af tilbud, kan intet GPA-medlem, heriblandt EU, gøre denne frist kortere, men det står dem frit at gøre den længere. I det hele må EF-direktiverne gerne være strengere over for ordregiverne i EU, end GPA kræver, men de må ikke stille mindre krav til ordregiverne, end GPA gør. Når GPA art XVIII, stk 2 b) fx giver forbigåede tilbudsgivere krav på begrundelse og EF-direktiverne i mindre

grad gør det, er det nødvendigt at ændre/omfortolke direktiverne for at opfylde EU's forpligtelser efter GPA, jf nedenfor om de verserende ændringsforslag.

2.3. Den monistiske teori

De almindelige regler om forholdet mellem folkeret og EU-ret gælder for forholdet mellem GPA og EU's udbudsregler. De grænser for, hvad ordregivere må, som EU på det folkeretlige plan har aftalt med de andre GPA-medlemmer, er, forudsat at de er tilstrækkeligt klare og præcise, umiddelbart gældende i EU, selv om de ikke indarbejdes i TEF eller i udbudsdirektiverne. EU praktiserer den monistiske teori, hvorefter folkeretlige forpligtelser uden videre bliver en del af folkeretssubjektets lokale retsorden, uden at implementering er nødvendig.⁶⁾ Danmark har som nationalstat traditionelt været tilhænger af den dualistiske teori, hvorefter folkeret og national ret er to adskilte retssystemer, og folkeret kun gælder internt i et land, hvis den er implementeret. I forhold til GPA følger det imidlertid af dennes karakter af umiddelbar anvendelig EU-ret, at Danmark skal give den en plads i dansk ret på linie med EU-ret, dvs med forrang og direkte virkning, hvis betingelserne herfor er opfyldt.

2.4. Direkte virkning

Forudsætningen for, at folkeretlige regler, der er blevet en del af EU retten, har direkte virkning er, at de er tilstrækkeligt klare og præcise. EF-domstolen har aldrig taget stilling til, om GPA opfylder denne betingelse, men har i flere domme fastslået, at GATT ikke har direkte virkning pga den store fleksibilitet og adgang til undtagelser, der præger denne traktat.⁷⁾ I Rådets beslutning om godkendelse af WTO-aftalen⁸⁾ siges, det at denne og de aftaler, der er knyttet til den,⁹⁾ ikke har direkte virkning. Det er dog formentlig en rent politisk tilkendegivelse vendt mod USA, som i forbindelse med WTO-aftalen tilkendegav, at man ikke ville give den direkte virkning i amerikansk ret. Bedømt ud fra de kriterier, der sædvanligvis tillæges betydning ved

⁶⁾ Se generelt om forholdet mellem folkeret og EU ret Nielsen, Ruth: Retskilderne, Kbhvn 1997 s 41 ff.

⁷⁾ Se navnlig sag C-280/93, Tyskland mod Rådet, Saml 1994 I-4973 og sag C-469/93, Amministrazione delle Finanze dello Stato mod Chiquita Italia SpA [1995] Saml I-4533.

⁸⁾ Rådets afgørelse 94/800/EØF, EFT 1994 L 336/I.

⁹⁾ GPA er som nævnt knyttet til WTO-aftalen som en af de plurilaterale aftaler, der er indeholdt i dens bilag IV.

vurderingen af, om en folkeretlig bestemmelse har direkte virkning, må det formentlig antages, at en del regler i GPA har direkte virkning, fordi de er tilstrækkeligt klare og præcise. Det gælder fx GPA art XVIII om begrundelsespligt over for forbigåede tilbudsgivere.¹⁰⁾

2.5. EU's eksterne relationer til de andre GPA-medlemmer og EU-interne forhold

Som udgangspunkt er GPA og EU-reglerne om udbud, herunder direktiverne om udbud, to særskilte retsordener, der primært handler om forskellige relationer.

GPA regulerer de *eksterne* forbindelser mellem EU og de tredjelande, der har undertegnet GPA, med hensyn til kontrakter, der er omfattet af GPA. Disse tredjelandes virksomheders ret til at deltage i udbudsforretninger, der udbydes af ordregivende myndigheder og enheder i EU, er underlagt GPA.

EU's udbudsregler, herunder direktiverne om udbud, drejer sig derimod primært om *EU-interne relationer*, dvs relationerne mellem pdes EU's ordregivende enheder og myndigheder og pda's virksomheder fra EU-lande, der afgiver tilbud på offentlige kontrakter i EU. EU's udbudsregler skaber ikke rettigheder for tilbudsgivende virksomheder fra tredjelande, hvis rettigheder udelukkende hidrører fra GPA og evt andre folkeretlige traktater, fx EØS-aftalen. På den anden side skaber GPA ikke rettigheder for EU-virksomheder over for EU-myndigheder. I forhold til GPA er det internt anliggende, hvordan EU behandler EU-virksomheder og EU har principielt i forhold til GPA lov til at behandle sine virksomheder dårligere end GPA-standard.

I en del tilfælde vil EU-reglerne og GPA-reglerne dog kunne anvendes samtidigt på det samme faktum. Virksomheder fra tredjelande, der ønsker at afgive bud på offentlige kontrakter i EU, skal overholde EU's udbudsregler. Det kan også tænkes, at tilbud på offentlige kontrakter i EU, der afgives af EU-virksomheder, går ud på at levere varer eller tjenesteydelser med oprindelse i et GPA-land. Der findes også mange EU-virksomheder, der er datterselskaber af eller på anden måde tilknyttet GPA-virksomheder. Virksomheden kan da påberåbe sig både EU-reglerne og GPA.

¹⁰⁾ I litteraturen argumenteres også for direkte virkning af GPA, se fx Arrowsmith, Sue: *The Law of Public and Utilities Procurement*, London 1996 s 782 og Petersmann, Ernst-Ulrich: *The GATT/WTO Dispute Settlement System*, Dordrecht 1997 s 240. Se også Footer, Mary: *Public Procurement and EC External Relations: A Legal Framework* i Emiliou, Nicholas and David O'Keefe (eds): *The European Union and World Trade Law*, Chichester 1996 s 293 ff.

3. Anvendelsesområde

GPA består af 24 artikler samt 4 tillæg. Tillæg I er for hver part opdelt i 5 bilag, der præciserer GPA's anvendelsesområde.

3.1. Ordregivende myndigheder og enheder

Hvem, der er pligtsubjekter for EU-reglerne, er ikke helt klart, navnlig ikke for så vidt angår de regler, der findes i TEF, idet disse ikke angiver hvem de er forpligtende for, men blot foreskriver, at der ikke må ske diskrimination og at der skal være fri bevægelighed, men det siges ikke, hvem der ikke må diskriminere.¹¹⁾ Disse regler er bindende for EU's institutioner¹²⁾ og for medlemsstaterne i en vid betydning af begrebet stat, der formentlig omfatter alle de ordregivere, der er bundet af udbudsdirektiverne, jf. nedenfor, men det er tvivlsomt, hvor langt traktatbestemmelserne, navnlig TEF art 30's, bindende virkning rækker i forhold til private.¹³⁾

De tre *EF-direktiver* om indkøb,¹⁴⁾ bygge-og anlæg¹⁵⁾ og tjenesteydelser¹⁶⁾ benytter samme definition af offentlige ordregivere. Forsyningsvirksomhedsdirektivet¹⁷⁾ gælder foruden offentlige myndigheder, der defineres ligesom offentlige ordregivere i de tre fornævnte direktiver, også offentlige virksomheder og private virksomheder med særlige eller eksklusive rettigheder, forudsat at de driver virksomhed inden for de fire forsyningssektorer, direktivet handler om (vand, energi, transport og telekommunikation).

Ved ordregivende myndigheder forstås staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer. Ved afgrænsningen af, hvem der

¹¹⁾ Se nærmere Nielsen, Ruth: Anvendelsesområdet for reglerne om udbud, i Johan Bärlund (red): Konkurrensreglerne i det integrerede Europa (EU/EES), Helsingfors 1995 s 200.

¹²⁾ Sag 37/83, Rewe-Zentral AG mod Direktor der Landwirtschaftskammer Rheinland [1984] Saml 1229

¹³⁾ Sml Quinn, Mary og Nicholas MacGowan: Could Article 30 impose Obligations on Individuals, *European Law review* 1987 s 163.

¹⁴⁾ 93/36/EØF art 1, b).

¹⁵⁾ 93/37/EØF art 1, b).

¹⁶⁾ 92/50/EØF art 1, b).

¹⁷⁾ 93/38/EØF art 1.

er ordregivende myndigheder skal der ifølge EF-domstolen anlægges en funktionel formålsfortolkning, jf Beentjes-sagen.¹⁸⁾

Ved et offentligretligt organ forstås ethvert organ, hvis opgave det er at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område,¹⁹⁾ som er en juridisk person, og hvis drift enten for mere end halvdelen vedkommende finansieres af staten, de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.

Den tidligere GPA omfattede kun statslige indkøb. Sammenlignet hermed er den nuværende GPA, der trådte i kraft 1.1.1996, langt bredere. GPA skal ifølge art 1 anvendes på enhver lov, administrativ bestemmelse, procedure eller praksis vedrørende indkøb, der foretages af *ordregivere*, der er omfattet af GPA. Hvem det er, fremgår for hver parts vedkommende af den pågældende parts bilag. Bilag 1 indeholder en fortegnelse over centrale statslige ordregivere. Bilag 2 indeholder en fortegnelse over ikke-centrale statslige ordregivere. Bilag 3 indeholder en fortegnelse over alle øvrige ordregivere, der foretager deres indkøb i overensstemmelse med bestemmelserne i GPA.²⁰⁾

I forhold til EU gælder GPA principielt for alle ordregivende myndigheder og offentlige virksomheder i den betydning, begrebet har i udbudsdirektiverne, jf foran. For forsyningsvirksomheder gælder GPA kun vand- og elforsyning, transportterminaler og bytransport. Telekommunikationssektoren er indtil videre ikke omfattet af GPA. De private virksomheder med særlige eller eksklusive rettigheder, der er omfattet af forsyningsvirksomhedsdirektivet, falder uden for GPA. GPA har således i personel henseende et næsten ligeså bredt område som udbudsdirektiverne, men ikke helt.

¹⁸⁾ Sag 31/87 Gebroeders Beentjes BV v The Netherlands [1988] Saml 4635

¹⁹⁾ Dette er formuleringen i tjenesteydelsesdirektivet (92/50/EOF). I bygge og anlægsdirektivet (93/37/EOF) og forsyningsvirksomhedsdirektivet (93/38/EOF) benyttes udtrykket "dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter" og i indkøbsdirektivet (93/36/EOF) bruges udtrykket "det industrielle og forretningsmæssige område".

²⁰⁾ Såfremt ordregivere i forbindelse med indkøb, der er omfattet af GPA, forlanger af virksomheder, der ikke står opført i tillæg I til GPA, at de skal indgå kontrakter under overholdelse af bestemte krav, skal GPA art III, dvs diskriminationsforbudet, med de fornødne ændringer anvendes på disse krav.

3.2. Hvilke typer kontrakter?

Før ændringen af GPA i forbindelse med indgåelsen af WTO-aftalen omfattede GPA som nævnt kun statslige varekøb. Den nye GPA er i forhold hertil udvidet, så den også gælder mange tjenesteydelser, herunder bygge- og anlægsarbejde, og visse former for forsyningsvirksomhed. GPA Tillæg I, bilag 4 angiver, hvilke tjenesteydelser, der enten gennem opførelse på fortegnelsen eller gennem udtrykkelig udeladelse fra fortegnelsen er omfattet af GPA. Bilag 5 angiver, hvilke tjenesteydelser inden for bygge- og anlægsvirksomhed, der er omfattet. GPA anvendes på indkøb, der foretages på basis af en kontrakt, uanset dennes form, herunder i form af køb eller i form af leasing eller leje med eller uden forkøbsret, herunder enhver kombination af varer og tjenesteydelser.

Området for GPA er snævrere end EU's udbudsregler, der omfatter flere tjenesteydelser samt et bredere udsnit af forsyningsvirksomhed.

3.3. Tærskelværdier

GPA gælder enhver indkøbsaftale, hvis værdi mindst andrager det i tillæg I til GPA anførte relevante tærskelbeløb. De relevante tærskelbeløb er angivet i hver parts bilag. Inden for EU er det på de områder, der er omfattet af GPA, meningen fremover at fastsætte direktivernes tærskelværdier som modværdien i ECU af en tærskelværdi udtrykt i SDR,²¹⁾ som derefter omregnes til nationale valutaer. På de områder, der ikke er omfattet af GPA, vil direktivernes tærskelværdier som hidtil blive fastsat i ECU.

Udbudsdirektiverne arbejder som udgangspunkt med tærskelværdier på 5 millioner ECU for bygge- og anlægskontrakter og 200.000 ECU for indkøbs- og tjenesteydelsesktrakter. I GPA benyttes de samme beløb som tærskelværdier, men i SDR, der ikke har helt samme værdi som en ECU. Statslige indkøbs- og tjenesteydelsesaftaler har dog efter GPA en tærskelværdi på 130.000 SDR.

Kommissionens ændringsforslag til direktiverne er endnu ikke vedtaget, se herom nedenfor. De grænser, som EU på det folkeretlige plan har aftalt med de andre GPA-medlemmer, er imidlertid allerede gældende i EU, selv om de endnu ikke er indarbejdet i direktiverne, jf foran om den monistiske teori.

Erhvervsministeriet har udsendt et Cirkulære om modværdier i danske kroner af udbudsdirektivernes tærskelværdier.²²⁾

²¹⁾ Special Drawing Rights.

²²⁾ Cirkulære nr 14 af 22.1.1996.

4. Diskriminationsforbud og ligebehandlingsprincippet

4.1. Forbud mod diskrimination versus restriktionsforbud

GPA's materielle hovedbestemmelse er art III, der indeholder en bestemmelse om national behandling og en mestbegunstigelsesklausul, idet den foreskriver, at en part i GPA skal give en anden part i GPA en behandling, der ikke er mindre gunstig end

- a) den, der gives indenlandske varer, tjenesteydelser og leverandører, og
- b) den, der gives varer, tjenesteydelser og leverandører fra et andet land, der er part i aftalen.

Med hensyn til alle love, administrative bestemmelser, procedurer og former for praksis vedrørende offentlige indkøb, der er omfattet af GPA, skal hver part sørge for:

- a) at ordregivere fra den pågældende parts land ikke behandler nogle lokale leverandører mindre gunstigt end andre lokale leverandører på grundlag af graden af udenlandsk tilhørsforhold eller ejerskab, og
- b) at ordregivere fra den pågældende parts land ikke diskriminerer mod lokale leverandører på grundlag af den leverede vares eller tjenesteydelsens oprindelsesland, forudsat at oprindelseslandet er part i denne aftale i henhold til bestemmelserne i artikel IV.

EU-markedet for offentlige kontrakter er som nævnt omfattet af de generelle regler om diskriminationsforbud og fri bevægelighed i TEF art 6, 30, 48, 52 og 59. Disse bestemmelser forbyder først og fremmest diskrimination mellem forskellige nationaliteter inden for EU, men de går videre og har karakter af et generelt restriktionsforbud. Som eksempel kan nævnes UNIX-sagen,²³⁾ hvor den hollandske regering i et offentligt udbud havde angivet, at man ønskede at købe edb-maskiner med operativsystemet UNIX, der er et amerikansk varemærke. Det blev anset for at være i strid med TEF art 30 og direktivet om offentlige indkøb.²⁴⁾ Restriktionsforbudet er dog ikke absolut. Hindringer for den frie bevægelighed er tilladt, hvis de forfølger et legitimt formål, der er foreneligt med TEF, hvis de er egnede til sikre gennemførelsen af dette mål, og hvis de ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det.

Hvis man sammenligner GPA og EU-reglerne er de sidstnævnte de mest vidtgående. De sikrer fri bevægelighed for varer, tjenesteydelser og personer

²³⁾ Sag C-359/93 [1995] Saml I-157

²⁴⁾ 77/82/EØF

og forbyder både diskriminerende og ikke diskriminerende hindringer herfor. GPA sikrer kun varers og tildels tjenesteydelsers frie bevægelighed, men indeholder ingen regler svarende til TEF art 48 om arbejdskraftens frie bevægelighed og TEF art 52 om fri etableringsret.

Den praktiske forskel er dog næppe stor. Det kan illustreres med et eksempel. I Storebælt-sagen²⁵⁾ blev Danmark dømt for at overtræde TEF art 30, 48 og 59 samt bygge- og anlægsdirektivet, fordi A/S Storebæltsforbindelsen havde indbudt til at afgive bud på grundlag af en betingelse om, at der i størst muligt omfang skulle anvendes danske materialer og forbrugsgods, dansk arbejdskraft og materiel ved bygning af Storebælt-broen. En sådan klausul er også i strid med GPA, for så vidt angår den del, der angår danske materialer og forbrugsgods, idet varer fra GPA-lande skal ligestilles. Den fordel Storebælt-klausulen gav danske tjenesteydere strider (formentlig) også mod GPA. Den fordel, klausulen gav danske arbejdere (bruddet på TEF art 48), strider ikke mod GPA, men kan næppe adskilles fra begunstigelsen af deres arbejdsgivere (tjenesteyderne).

4.2. Ligebehandlingsprincippet

Såvel GPA som udbudsdirektiverne er baseret på et ligebehandlingsprincip.²⁶⁾ Det indebærer, at offentlige ordregivere har pligt til at behandle alle tilbudsgivere lige, hvilket vil sige, at de igennem hele udbudsproceduren skal sikre, at alle tilbudsgivere får mulighed for at konkurrere på lige fod. Der er hermed forbud mod forskelsbehandling pga et hvilket som helst irrelevant kriterium, ikke specielt forbud mod nationalitetsdiskrimination.

4.3. Teknisk dialog

GPA indeholder i art VI, stk 4 en interessant bestemmelse om teknisk dialog. Bestemmelsen lyder:

4. Ordregivere må ikke på en måde, der kan have til følge at udelukke konkurrencen, søge eller modtage rådgivning, der kan benyttes i forbindelse med udarbejdelsen af specifikationer til en bestemt udbudsforretning, fra virksomheder, som måtte have en forretningsmæssig interesse i den pågældende udbudsforretning.

²⁵⁾ Sag C-243/89, Kommissionen mod Danmark [1993] Saml I-3353.

²⁶⁾ EF-Domstolen fastslog bla i Storebælt-sagen at der gælder et ligebehandlingsprincip, sag C-243/89 [1993] Saml I-3353.

Bestemmelsen indebærer, at virksomheder, der har rådgivet ved udformningen af udbudsmaterialet, ikke bagefter kan være tilbudsgiver, hvis det vil forrykke konkurrencen. Den har givet anledning til megen debat i forbindelse med implementeringen af GPA i EU, jf nedenfor. Udbudsdirektiverne indeholder ikke en tilsvarende bestemmelse, men til en vis grad følger en regel svarende til GPA art VI, stk 4 af ligebehandlingsprincippet. Problemet har været berørt i 2 af de sager, der har været behandlet af det danske Klagenævn for Udbud.²⁷⁾

4.4. Forhandlingsforbud

I Storebælt-sagen blev Danmark bla dømt, fordi der var sket forhandlinger med det udvalgte konsortium. Rådet for Den europiske Union og Europa-Kommissionen har udsendt en fælleserklæring om fortolkning af forhandlingsforbudet i bygge/anlægs- og forsyningsvirksomhedsdirektivet,²⁸⁾ hvor den fortolker udbudsreglerne og gør gældende, at det følger af ligebehandlingsprincippet, at der ikke må ske forhandling. GPA er mere åben over for forhandling med tilbudsgivere, se nærmere GPA art XIV.

5. Udbudsprocedurer - kontraktbeskrivelse - kvalifikation - evt selektion - tildeling af kontrakt

GPA-medlemmer skal sørge for, at de udbudsprocedurer, deres ordregivere benytter, anvendes uden forskelsbehandling og er i overensstemmelse med GPA art VII til XVI. GPA arbejder ligesom EU-reglerne med tre typer udbud: offentligt udbud, dvs en procedure, hvorved alle interesserede leverandører kan afgive bud; begrænset udbud, dvs en procedure, hvorved leverandører, der af ordregiveren opfordres til at afgive bud, kan gøre dette; og udbud efter forhandling, dvs en procedure, hvorved ordregiveren retter henvendelse til leverandører enkeltvis.

5.1. Beskrivelse af den kontrakt, der ønskes indgået. Tekniske specifikationer

²⁷⁾ Der er (for tiden) ialt 50 kendelser fra Klagenævnet for Udbud. De ligger på Konkurrencestyrelsens hjemmeside på internettet på adressen <http://www.ks.dk/>. Spørgsmålet om teknisk dialog var fremme i B4 ApS mod Holbæk Kommune (23/8 95) og i Foreningen af Rådgivende Ingeniører mod Roskilde Kommune (13/6 96) .

²⁸⁾ EFT 1994 L 111.

Der er stor frihed for den ordregivende myndighed til at vælge, hvad det er for en kontrakt, man ønsker at indgå, og til at beskrive den i overensstemmelse hermed. Der er dog visse begrænsninger. Både GPA²⁹⁾ og udbudsdirektiverne³⁰⁾ forbyder henvisning til et bestemt varemærke, se også UNIX-sagen,³¹⁾ hvor en sådan henvisning blev anset for at være i strid med TEF art 30.

Begge regelsæt indeholder bestemmelser om tekniske specifikationer,³²⁾ der ikke må medføre diskrimination eller handelshindringer.³³⁾ Inden for rammerne af WTO-aftalen er der en særlig aftale om tekniske handelshindringer.³⁴⁾

Udbudsdirektiverne kræver som udgangspunkt, at der skal anvendes europæiske standarder. Man kan sætte spørgsmålstegn ved, hvordan det harmonerer med GPA, idet det kan være en handelshindring for varer, tjenesteydelser og leverandører fra de andre GPA-medlemmer.³⁵⁾

Bestemmelsen i GPA art VI, stk 1 angiver eksplicit, at tekniske specifikationer kan angå "produktionsprocesser eller produktionsmetoder". I udbudsdirektiverne findes ikke en tilsvarende formulering. I relation til spørgsmålet, om en ordregivende myndighed har adgang til at stille sociale og miljømæssige krav i forbindelse med offentlige udbud, er det væsentligt, om ordregiveren kun må angive, hvilket produkt, der ønskes købt, eller om man også kan stille krav til produktionsprocessen og produktionsmetoden, fx krav om at varen ikke må være produceret ved børnearbejde eller skal være produceret på en nærmere angiven miljørigtig måde. GPA's ordlyd synes klart at forudsætte, at dette er tilladt, mens spørgsmålet har været meget omdiskuteret i forhold til EU-reglerne.³⁶⁾ Som tidligere nævnt er der ikke noget til hinder for, at EU-reglerne indsnævrer de ordregivende myndigheders valgfrihed mere end GPA gør, så man kan ikke uden videre slutte fra, at noget

²⁹⁾ GPA art VI, stk 3.

³⁰⁾ 93/36/EØF art 8, stk 6, 93/37/EØF art 10, stk 6, 93/52/EØF art 14, stk 6 og 93/38/EØF art 18, stk 5.

³¹⁾ Sag C-359/93 [1995] Saml I-157

³²⁾ Se nærmere GPA art VI, bygge/anlægsdirektivet art 10, indkøbsdirektivet art 8, tjenesteydelsesdirektivet art 14 og forsyningsvirksomhedsdirektivet art 18.

³³⁾ Se nærmere Eeckhout, Piet: *The European Internal Market and International Trade. A Legal Analysis*. Oxford 1994 s 264 ff.

³⁴⁾ EFT 1994 L 336/86.

³⁵⁾ Sml Jacques H J Bourgeois: *The Tokyo Round Agreements on Technical Barriers and on Government Procurement*, *Common Market Law Review* 1982 s 6.

³⁶⁾ Se nærmere Krüger, Kai, Ruth Nielsen og Niklas Bruun: *European Public Contracts in a Labour Law Perspective*, Copenhagen 1998 (under udgivelse).

er tilladt efter GPA til, at det også er tiladt efter EU-reglerne. Det danske konkurrencesekretariat (nu konkurrencestyrelsen) har udsendt et notat om adgangen til at tage miljøhensyn.³⁷⁾

5.2. Kvalifikation af leverandører

Ordregivere må ved kvalifikationen af leverandører ikke diskriminere leverandører fra lande, der er part i GPA. Kvalifikationsprocedurer skal opfylde en række betingelser, der er opregnet i GPA art VIII. Det gælder bla., at betingelser for deltagelse i en udbudsprocedure skal offentliggøres i tilstrækkelig god tid til, at interesserede leverandører har mulighed for at gennemføre kvalifikationsproceduren. De skal være begrænset til betingelser, som er absolut nødvendige for at sikre, at virksomheden formår at opfylde den pagældende kontrakt. Der er ikke noget til hinder for, at en leverandør udelukkes på grund af fx konkurs eller afgivelse af urigtige oplysninger, forudsat at et sådane skridt er i overensstemmelse med GPA's bestemmelser om national behandling og ikke-forskelsbehandling.

Udbudsdirektiverne indeholder en række detaljerede regler om hvilke krav, der kan stilles for at anse leverandører for kvalificerede til at deltage i en udbudsforretning.

5.3. Selektion af tilbudsgivere ved begrænset udbud

Ved et begrænset udbud foretager ordregiven en selektion blandt de virksomheder, der har tilkendegivet deres interesse i at blive opfordret til at afgive tilbud. Denne selektion indeholder udbudsdirektiverne stort set ingen regler om. Det er klart, at ligebehandlingsprincippet og de almindelige regler om forbud mod diskrimination skal respekteres, men derudover, må der i mangel af særlige bestemmelser være frit valg. GPA bestemmer

5.4. Tildeling af kontrakter

GPA art XIII indeholder regler om tildeling af kontrakter. Tildeling af kontrakter skal ske i overensstemmelse med de kriterier og væsentlige krav, der er fastsat i udbudsmaterialet. Medmindre en ordregiver af offentlige hensyn

³⁷⁾ Konkurrencesekretariatets notat af 2.3.1995 om adgangen til at stille miljøkrav efter EU's udbudsregler. Se også Miljø- og energiministeriets cirkulære nr 26 af 7.2.1995 om miljø- og energihensyn ved statslige indkøb.

beslutter at undlade at indgå en kontrakt, skal den indgå kontrakten med den bydende, hvis bud enten er det laveste eller det, der findes at være mest fordelagtigt ud fra de specifikke vurderingskriterier, der er fastsat i bekendtgørelserne eller udbudsmaterialet.

Udbudsdirektiverne foreskriver, at ordregiverne kan vælge,³⁸⁾ enten at tildele kontrakten efter kriteriet laveste pris, eller at tildele kontrakten til det "økonomisk mest fordelagtige" tilbud. Sammenlignet med GPA er der således den forskel, at GPA ikke benytter ordet "økonomisk", men blot taler om det mest fordelagtige tilbud.³⁹⁾

6. Håndhævelse. Klageprocedurer

Af en folkeretlig traktat at være indeholder GPA vidtgående regler om håndhævelse. Den kræver, at forurettede virksomheder - typisk forbigående tilbudsgivere - skal kunne klage individuelt enten til domstole eller andre organer, der opfylder en række quasi-judicielle krav. Disse organer skal kunne iværksætte sanktioner i form af:⁴⁰⁾

- a) hurtige foreløbige foranstaltninger med henblik på at lovliggøre overtrædelser af aftalen og forhindre, at forretningsmæssige muligheder går tabt. Sådanne foranstaltninger kan indebære suspension af udbudsforretningen. Der kan dog fastsættes procedurer om at der kan tages hensyn til overvejende negative konsekvenser for de implicerede interesser, herunder offentlige interesser, ved afgørelsen af, om sådanne foranstaltninger skal bringes i anvendelse. I så fald skal den legitime grund til at undlade at træffe foranstaltningerne foreligge skriftligt
- b) en vurdering og mulighed for en afgørelse om, hvorvidt klagen er berettiget
- c) lovliggørelse af overtrædelsen af aftalen eller erstatning for tab eller skadeserstatning, som kan være begrænset til omkostningerne i forbindelse med udarbejdelse af bud eller tvister.

EU's udbudsregler omfatter to håndhævelsesdirektiver,⁴¹⁾ der kræver, at krænkede virksomheder skal kunne klage individuelt til passende organer, der kan idømme passende sanktioner, herunder tilkende erstatning. I Danmark kan

³⁸⁾ Valget skal foretages på forhånd og tilkendes ved begyndelsen af udbudsforretningen.

³⁹⁾ Se for en diskussion af, om de forskellige formuleringer gør nogen forskel Krüger, Kai, Ruth Nielsen og Niklas Bruun: *European Public Contracts in a Labour Law Perspective*, Copenhagen 1998 (under udgivelse).

⁴⁰⁾ GPA art XX, stk 7.

⁴¹⁾ 89/665/EØF som ændret ved direktiv 92/50/EØF art 41 (der udstrækker direktivet til også at gælde tjenesteydelseskontrakter), og 92/13/EØF.

krænkede virksomheder, dels gå direkte til domstolene, dels klage til et Klagenævn for Udbud, der har kompetence til at påkende spørgsmål om overtrædelse af EU-reglerne om udbud. GPA nævnes ikke i loven⁴²⁾ eller bekendtgørelsen⁴³⁾ om Klagenævnet for udbud. Det må alligevel antages, at krænkede virksomheder fra GPA-lande ikke blot kan gå til domstolene, men også kan klage til Klagenævnet for Udbud over påståede overtrædelser af GPA. Dens håndhævelsesregler har formentlig direkte virkning, sml foran.⁴⁴⁾ Der har indtil nu være 50 sager for Klagenævnet for Udbud. Ingen af dem har vedrørt GPA eller parter fra GPA.

Udover individvers klageadgang foreskriver GPA art XXII, at den "Dispute Settlement Understanding" (DSU), der er knyttet til WTO-aftalen, også gælder for offentlige anskaffelser. DSU er et mellemstatsligt tvistløsningssystem, hvor det GPA-medlem, hvis varer, tjenester eller virksomheder er blevet uretmæssigt behandlet, kan klage over den GPA-part, der har krænket dem. Som eksempel kan nævnes den verserende Burma-sag,⁴⁵⁾ hvor EU og Japan har klaget over USA, fordi en af USA's delstater (Massachusetts) har vedtaget en lov, der bestemmer, at ordregivere ikke må indgå offentlige kontrakter med virksomheder, der handler med Burma, pga Burmas manglende respekt for menneskerettigheder.

7. Tredjelandes adgang

Inden for GPA er der kun adgang for parterne i GPA. Der er ingen generelle GPA-retlige principper, der giver tredjelande adgang i videre omfang end hvad

⁴²⁾ Bekendtgørelse nr 1166 af 1995 af lov om Klagenævnet for Udbud.

⁴³⁾ Bekendtgørelse nr 26 af 1996 om Klagenævnet for Udbud.

⁴⁴⁾ Se for samme opfattelse Petersmann, Ernst-Ulrich: The GATT/WTO Dispute Settlement System, Dordrecht 1997 s 240.

⁴⁵⁾ Sagen er omtalt på WTO's hjemmeside på Internettet på adressen: <http://www.wto.org>. EU's hovedsynspunkter er refereret på følgende måde: "The European Communities consider that, as Massachusetts is covered under the US offer to this Agreement, the measure described above violates the obligations of the US under the GPA: specifically, the European Communities are of the view that the Massachusetts legislation contravenes, though not necessarily exclusively, the following provisions of the GPA: Article VIII(b), given that it imposes conditions on a tendering company which are not essential to ensure the firm's capability to fulfil the contract; Article X as it imposes qualification criteria based on political rather than economic considerations, and Article XIII to the extent that the statute allows the award of contracts to be based on political instead of economic considerations. "

der følger af GPA's tekst. Der er dog i GPA art V regler om sær- og fortrinsbehandling af udviklingslande.

Inden for EU er det anderledes. De praktisk vigtigste situationer med tredjelandstilknytning i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter i EU er dækket af særlige traktater, navnlig GPA, EØS-aftalen, hvorved Norge, Island og Lichtenstein inddrages i det fælles EU/EØS-marked, Europa-aftalerne med forskellige Mellem- og Østeuropæiske lande,⁴⁶⁾ der på visse betingelser giver disse adgang til offentlige kontrakter på EU-markedet, samt forskellige bilaterale traktater mellem EU og fx USA, Israel og Japan.

Hvis der ikke er indgået særlige regler, beror svaret på, om ordregivere i det enkelte EU-land må diskriminere tredjelande, og om EU som overnational enhed kan gøre det, i hovedsagen på tre regelsæt: for det første reglerne om kompetencefordelingen mellem EU og medlemslandene, navnlig med hensyn til traktatkompetence, for det andet TEF's regler om fri bevægelighed for varer og tjenesteydelser og for det tredje udbudsdirektiverne.

7.1. Traktatkompetence

Medlemslandene i EU har ikke længere traktatkompetence⁴⁷⁾ til på egen hånd at indgå folkeretlige aftaler om, at tredjelandstilknytning skal tillægges eller ikke tillægges betydning på deres nationale marked for offentlige kontrakter, da de har overladt EU at gennemføre en fælles handelspolitik efter TEF art 113. Offentlige anskaffelser nævnes ikke udtrykkeligt i TEF art 113 og dennes rækkevidde er ikke helt klar, navnlig ikke for så vidt angår aftaler om tjenesteydelser. Offentlige bygge- og anlægskontrakter og tjenesteydelsesaftaler omfattes begge af TEF art 59 om tjenesteydelser, uanset at de i udbudsdirektiverne er reguleret ved to forskellige direktiver om henholdsvis bygge- og anlæg⁴⁸⁾ og tjenesteydelser.⁴⁹⁾

For så vidt angår offentlige indkøb af *varer*, følger det klart af TEF art 113, at EU har enekompetence til at indgå traktater om den fælles handelspolitik, herunder om tredjelandes varer og vareleverandører skal eller ikke skal diskrimineres pga deres nationalitet. Hvis der ikke er indført EU-regler om

⁴⁶⁾ Se nærmere EFT 1993 L 347 (Ungarn), EFT 1993 L 348 (Polen), EFT 1994 L 357 (Rumænien), EFT 1994 L 358 (Bulgarien), EFT 1994 L 359 (Slovakiet) og EFT 1994 L 360 (Tjekkiet).

⁴⁷⁾ Se generelt om fordelingen af traktatkompetence mellem Fællesskabet og medlemslandene generelt Nielsen, Ruth: Retskilderne, Kbhvn 1997 s 36 ff.

⁴⁸⁾ 93/37/EØF.

⁴⁹⁾ 92/50/EØF.

spørgsmålet, indebærer det, at EU-landene som nationalstater ikke har kompetence til at diskriminere mod tredjelands varer og vareleverandører, medmindre de er bemyndigede hertil af EU, hvilket de er dels ved en Rådsresolution fra 1980 om adgang til offentlige indkøbskontrakter for varer fra tredjelande,⁵⁰⁾ dels ved art 36 i forsyningsvirksomhedsdirektivet.⁵¹⁾

Spørgsmålet om rækkevidden af Fællesskabets enekompetence efter TEF art 113 har vedrørende *tjenesteydelser* været genstand for en udtalelse i medfør af TEF art 228 fra EF-Domstolen⁵²⁾ i en sag om GATS- og TRIPs-aftalerne,⁵³⁾ der ligesom GPA er en del af WTO-traktatkomplekset. EF-Domstolen antog, at tjenesteydelser kun er omfattet af enekompetencen efter TEF art 113, hvis leveringen af tjenesteydelser sker, uden at personer bevæger sig over landegrænser. I andre tilfælde har EU og medlemslandene i fællesskab kompetencen. Hvis de har udøvet den, er der klart ikke enekompetence for medlemslandene til på egen hånd at diskriminere pga tredjelandsnationalitet. Selv om EU og medlemslandene endnu ikke har udøvet deres fælleskompetence, er der næppe enekompetence for medlemslandene til på egen hånd at diskriminere pga tredjelandsnationalitet.⁵⁴⁾

Konklusionen af foranstående er, at ordregivere i EU-landene overtræder TEF art 113, hvis de uden bemyndigelse fra EU diskriminerer tredjelands virksomheder, varer eller tjenesteydelser. Hvis det sker alligevel, kan det imidlertid være vanskeligt for en krænkede tredjelandsleverandør at få noget ud af TEF art 113, der formentlig ikke kan påberåbes direkte for nationale domstole.

7.2. Fri bevægelighed for varer og tjenesteydelser

En ordregiver i et EU-land, der diskriminerer pga varers eller tjenesteyderes oprindelse i tredjelande, overtræder som udgangspunkt fri bevægeligheds reglerne i TEF art 6, 30 og 59. Se i denne forbindelse også TEF art 9, stk 2, hvorefter varer fra tredjelande, der frit kan omsættes i EU bla er omfattet af TEF art 30. Restriktionsforbudene i disse regler er dog som nævnt ikke

⁵⁰⁾ EFT 1980 C 211.

⁵¹⁾ 93/38/EOF.

⁵²⁾ Udtalelse 1/94. Fællesskabets kompetence til at indgå internationale aftaler inden for WTO om tjenesteydelser og beskyttelsen af immaterielle rettigheder [1994] Saml I-5267.

⁵³⁾ GATS er en "General Agreement on Trade in Services" og TRIPS er en aftale om "Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights".

⁵⁴⁾ Se for den modsatte fortolkning i denne situation Arrowsmith, Sue: *The Law of Public and Utilities Procurement*, London 1996 s 797.

absolutte, men viger for hensynet til legitime formål. Det er et legitimt mål i EU's handelspolitik over for tredjelande efter TEF art 113 at sikre gensidighed, således at EU's marked ikke er mere åbent for tredjelande end vedkommende tredjelandes marked for EU virkomheder, varer og tjenesteydelser. EU kan derfor i medfør af TEF art 113 ved traktat eller i udbudsdirektiverne indføre regler, der diskriminerer mod tredjelandene uden derved at komme i modstrid med fri bevægeligheds reglerne i TEF.

Dene mulighed er udnyttet i forsyningsvirksomhedsdirektivet,⁵⁵⁾ der som hjemmel bla henviser til TEF art 113. Direktivet indeholder i art 36 en bestemmelse om fortrinsret for varer med oprindelse i EU-lande frem for varer med oprindelse i tredjelande. Der er ikke i forsyningsvirksomhedsdirektivet en tilsvarende bestemmelse om fortrinsret for tjenesteydelser fra EU-lande. Art 36 bestemmer:

“1. Denne artikel gælder for bud, der omfatter varer med oprindelse i tredjelande, med hvilke Fællesskabet ikke har indgået en multilateral eller bilateral aftale, der reelt sikrer fællesskabsvirksomheder en tilsvarende adgang til de pågældende tredjelandes markeder. Den berører ikke Fællesskabets eller dets medlemsstaters forpligtelser over for tredjelandene.

2. Bud med henblik på tildeling af en indkøbsaftale kan afvises, hvis andelen af varer med oprindelse i tredjelande,.....udgør mere end 50 % af den samlede værdi af de varer, som buddet omfatter.

I denne artikel betragtes programmeller, der benyttes i udstyr til telenet, som varer.

3. Svarer to eller flere bud til hinanden efter de tildelingskriterier, der er fastlagt i artikel 34, foretrækkes bud, der ikke kan afvises efter stk. 2, jf. dog stk. 4. Ved anvendelsen af denne artikel betragtes sådanne bud som svarende til hinanden, hvis deres indbyrdes prisforskel ikke andrager mere end 3 %.

.....”

Bestemmelsen i forsyningsvirksomhedsdirektivet, der diskriminerer mod tredjelande blev oprindelig indført i 1990⁵⁶⁾ på et tidspunkt, hvor GPA var under forhandling. Bestemmelsen blev formentlig indført for at styrke EU's forhandlingsposition. Ved som udgangspunkt at diskriminere mod tredjelande skaffede man sig noget at “sælge” til de andre GPA-parter, der ved at gå med i GPA opnår at blive behandlet ligesom EU-landene.

Direktiverne om bygge- og anlæg, indkøb af varer og tjenesteydelser indeholder ingen særregler om betydningen af tredjelandstilknytning. Det indebærer efter de foran gennemgåede regler, at ordgivende myndigheder i

⁵⁵⁾ 93/38/EØF

⁵⁶⁾ I det første forsyningsvirksomhedsdirektiv 90/351/EØF art 29.

udbudsforretninger efter disse direktiver ikke har lov til at diskriminere pga tilhørsforhold til tredjelande.

Den foran nævnte Rådsresolution fra 1980 om adgang til offentlige indkøbskontrakter for varer fra tredjelande⁵⁷⁾ tillader medlemslandene under overholdelse af TEF at opretholde eksisterende handelsforanstaltninger vedrørende offentlige indkøbsaftaler i forhold til tredjelande, der ikke er berettigede efter GPA (eller andre særlige traktater, fx EØS-aftalen).

8. Implementering af GPA i EU

I forhold til den tidligere GPA repræsenterer den nugældende GPA, som det fremgår af den foranstående gennemgang, en betydelig udvidelse, idet den omfatter væsentligt flere ordregivere og kontrakttyper, ligesom den sænker tærskelværdierne for statslige tjenesteydelseskontrakter.

Europa-Kommissionen fremsatte den 27.4.1995,⁵⁸⁾ ændringsforslag til udbudsdirektiverne. Efter høring af bla. Europa-Parlamentet fremsatte Kommissionen et nyt forslag til ændring af bygge/anlægs-, indkøbs- og tjenesteydelsesdirektivet den 13.12.1996,⁵⁹⁾ som blev ændret igen den 30.6.1997.⁶⁰⁾ Der blev fremsat nyt forslag til ændring af forsyningsvirksomhedsdirektivet den 21.11.1996.⁶¹⁾

Ændringsforslagene tilsigter dels at tilpasse EF-direktiverne til GPA-aftalen, dels at undgå forskelsbehandling mellem GPA-virksomheder og EU-virksomheder, således at GPA-virksomheder ikke får gunstigere adgang til EU-markedet for offentlige anskaffelser end EU-virksomheder. Som tidligere nævnt har EU retlig kompetence til at behandle egne virksomheder dårligere end GPA foreskriver, idet EU-virksomheder ikke vinder rettigheder over for EU ordregivere ved GPA, men den overvejende holdning i EU-systemet er, at det er politisk uønskeligt at stille egne virksomheder dårligere end fx japanske og amerikanske, der kan påberåbe sig GPA.

En af de mest omdiskuterede ændringer i forbindelse med tilpasningen af EF-direktiverne til GPA vedrører den tekniske dialog. GPA's regel i art VI, stk 4, der er omtalt foran, blev i første omgang foreslået indskrevet i alle direktiverne. UNICE og tilsvarende nationale organisationer for erhvervslivet lobbyede imidlertid Europa-Parlamentet, der indtog det standpunkt, at en mere

⁵⁷⁾ EFT 1980 C 211.

⁵⁸⁾ KOM(95)107, EFT 1995 C 138.

⁵⁹⁾ KOM(96)623.

⁶⁰⁾ KOM(97)289.

⁶¹⁾ EFT 1996 C 28.

fleksibel holdning var nødvendig ud fra en betragtning om, at anvendelse af denne regel ville kunne forhindre enhver seriøs teknisk dialog mellem ordregivere og leverandører. Europa-Parlamentet foreslog en ændring, således at ordregivende myndigheder kan søge eller modtage rådgivning, der kan benyttes til udarbejdelse af specifikationer til en bestemt udbudsforretning, forudsat at en sådan rådgivning ikke har den virkning, at konkurrence udelukkes. Det seneste forslag fra Kommissionen følger Europa-Parlamentets ønske og afstår fra at indsætte en egentlig artikel i udbudsdirektiverne om teknisk dialog, men nøjes med en præambel bestemmelse, der lyder i overensstemmelse med det af Parlamentet ønskede.

Begrundelsespligten i GPA art XVIII, stk 2 foreslås indskrevet i udbudsdirektiverne.⁶²⁾ Disses tærskelværdier foreslås tilpasset til GPA.

Sammenfattende er det karakteristisk for den igangværende revision af udbudsdirektiverne, at den - uanset at den allerede har taget lang tid - ikke er særlig vidtrækkende, men kun ændrer nogle få regler i udbudsdirektiverne, der åbenbart adskiller sig fra GPA (visse tærskelværdier og begrundelsespligten over for forbigåede tilbudsgivere), og ikke en gang fuldt ud gør det, se foran om reglen om teknisk dialog.

Europa-Kommissionen udsendte i efteråret 1996 en Grøn bog om offentlige anskaffelser,⁶³⁾ hvor den lægger op til en bred debat om problemerne ved de nuværende udbudsdirektiver og den mangelfulde efterlevelse af disse fra en række offentlige ordregivers side. Den igangværende revision af udbudsdirektiverne imødekommer ikke den kritik, Kommissionen selv rejser i Grønbogen og som er fremkommet i forbindelse med debatten om Grønbogen. En mere genennemgribende revision af udbudsdirektiverne er udskudt til et senere tidspunkt.

⁶²⁾ Se de foreslåede bestemmelser i art 12, stk 2 i indkøbsdirektivet, i art 7, stk 2 i bygge- og anlægsgdirektivet og i art 8, stk 2 i tjenesteydelsesdirektivet i KOM(96)623.

⁶³⁾ KOM(96)583. Findes på alle EU-sprog på internettet på adressen <http://europa.eu.int/en/record/green/gp9611/tender.htm>

Vedrørende retsvirkningen af bestemmelser i direktivpræambler, specielt vedrørende Rdir 93/93 om udbud i forbindelse med forsyningsvirksomheder

af
Jens Fejø

1. Problemstilling

Et ret hyppigt forekommende problem i daglige EU-fortolkningssituationer forekommer i tilknytning til betydningen af præambelbestemmelser. Nærværende bidrag søger at redegøre for den retlige betydning af bestemmelser i præambler primært til EU-direktiver. Der vil herved dels ske en generel redegørelse for præambelbestemmelseres betydning i forhold til EU-bestemmelseres fortolkning, dels en nærmere vurdering af en specifik præambelbestemmelse i Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, idet netop denne bestemmelse undertiden har været trukket frem til støtte for en unddragelse af direktivets anvendelse.

2. Generelt om præambeludsagn

Baggrunden for forekomsten af præambler i EU's retsakter skal findes i den bestemmelse i Traktaten om Oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, som angår *begrundelse*, nemlig artikel 190, hvori det hedder:

“De forordninger, direktiver og beslutninger, som vedtages af Europa-Parlamentet og Rådet i fællesskab samt de nævnte retsakter, som vedtages af Rådet eller Kommissionen, skal *begrundes* og henvise til de forslag og udtalelser, som skal indhentes i henhold til denne Traktat”.

I det EU-retlige system er det på denne baggrund blevet valgt at udforme præambler (de såkaldte “betragtninger”) til retsakterne, derunder direktiverne, og kravet i Traktatens artikel 190 indebærer, at præamblen skal indeholde den fornødne *begrundelse*.

EF-domstolen har i flere sammenhænge beskæftiget sig med betydningen af præambler i forhold til de bestemmelser, som findes i selve direktiverne.

I den første sag, der herved skal fremdrages, *Casa Fleischhandels-GmbH mod Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktorning*,¹⁾ udtalte EF-domstolen, at

“en betragtning i en forordning kan være et vejledende moment ved fortolkningen af en retsregel, men kan ikke i sig selv være en retsregel”.²⁾

I den konkrete sag fandtes ikke en til præamblen svarende bestemmelse i selve den dispositive tekst i forordningen, og Domstolen tillagde derfor ikke præamblen betydning ved fortolkningen af forordningen.

EF-domstolen har i en anden sag, *Kommissionen mod Danmark*,³⁾ uddybet sine synspunkter vedrørende betragtningerne i en EU-retsakt, i det konkrete tilfælde et direktiv, det såkaldte rejsegodsdirektiv, nr. 69/169/EØF, udstedt af Rådet.

Problemet var, om en undtagelsesbestemmelse i direktivet tillod medlemsstater at anvende en mængdemæssig begrænsning på 10 liter for det kvantum brændstof, som rejsende i et motorkøretøj under fritagelse for omsætningsafgifter og punktafgifter kunne indføre til vedkommende medlemsstat i transportable beholdere, også *når brændstoffet var af en anden type end motorbrændstof*. Under sagen gjorde Kommissionen på sin side gældende, at den af den pågældende medlemsstat (Danmark) gennem sin lovgivning indførte begrænsning, stred mod rejsegodsdirektivet, da den i direktivet fastsatte begrænsning efter *Kommissionens* opfattelse *kun* omfattede *motorbrændstoffer*, dvs. brændstof til eksplosionsmotorer. Direktivet bestemte, at varer, som rejsende, der kom fra henholdsvis tredjelande og Fællesskabets medlemsstater, medførte i deres personlige bagage, var fritaget for omsætningsafgifter og punktafgifter ved indførslen, for så vidt visse betingelser var opfyldt. Det hed således i direktivet: “Ved ‘personlig bagage’ forstås den samlede bagage, som den rejsende kan fremvise i tolden ved ankomsten, samt den bagage, som han senere fremviser sammesteds, såfremt det godtgøres, at den ved afrejsen blev indskrevet som rejsegods hos det selskab, der har varetaget hans befording. Transportable beholdere med indhold af brændstof betragtes ikke som personlig bagage. For hvert motorkøretøj er det dog tilladt i sådanne transportable beholdere toldfrit at medføre brændstof i en

¹⁾ Sag 215/88, dom af 13.7.1989, trykt i Samling af Afgørelser fra Domstolen 1989, side 2789.

²⁾ Præmis 31. Hertil kom, at i den konkrete sag fandtes den pågældende betragtning kun i den tyske version af den pågældende forordning (Kommissionens forordning 1500/76), men ikke i nogen af de andre sprogversioner af forordningen.

³⁾ Sag C-100/90, dom af 17.10.1991, trykt i Samling af Afgørelser fra Domstolen 1991, afdeling I, side 5089.

mængde, der ikke overstiger 10 liter, med forbehold af nationale bestemmelser vedrørende besiddelse og transport af brændstof”.

Den danske regering gjorde under sagen for EF-domstolen gældende, at den begrænsning, der var fastsat i sidste del af den netop citerede direktivbestemmelse, vedrørte *brændstoffer i almindelighed* og ikke blot motorbrændstoffer. Den anførte til støtte herfor, at flere sproglige versioner af den omhandlede bestemmelse, herunder den danske, anvendte en betegnelse, der dækkede brændstoffer i almindelighed.

EF-domstolen indledte sin afgørelse med at fastslå, at det måtte lægges til grund, at det var korrekt, at den anvendte betegnelse i flere sproglige versioner af den omhandlede bestemmelse alene dækkede begrebet *motorbrændstof*. Derimod anvendte andre sproglige versioner udtryk, der svarede til *fællesbetegnelsen brændstof*. Denne manglende entydighed i de sproglige udformninger af EU-direktivet førte EF-domstolen til at bemærke, at denne mangel på overensstemmelse måtte medføre, at den omhandlede bestemmelse måtte fortolkes ud fra sit *formål*. Herom var der imidlertid også uenighed mellem parterne. Kommissionen hævdede således, at formålet med bestemmelsen i direktivet var begrundet i hensynet til trafiksikkerheden, idet mange bilister i henhold til direktivets bestemmelser krævede afgiftsfritagelse for motorbrændstof i transportable beholdere i deres køretøjer, hvilket var baggrunden for, at Kommissionen i sit forslag til den ændring, som var foreslået af Kommissionen og var blevet gennemført med den omdiskuterede direktivbestemmelse, netop havde indsat en bestemmelse om en begrænsning af de mængder *motorbrændstof*, som afgiftsfrit kunne medføres i reservedunke. Når Rådet ved vedtagelsen af direktivet havde erstattet dette udtryk med udtrykket “transportable beholdere”, havde formålet hermed ikke været at udvide begrænsningen til at omfatte alle former for brændstof, men blot, at reglen skulle omfatte alle former for motorbrændstof, herunder også motorbrændstof af en anden type end den, der blev anvendt til det pågældende køretøj. Den danske regering hævdede imidlertid heroverfor, at et sådant formål ikke kunne være korrekt, da det ikke ville kunne forklare, hvorfor Kommissionen havde foreslået forskellige begrænsninger for indførsel fra tredjelande og for indførsel fra andre medlemsstater, nemlig henholdsvis 5 og 15 liter. EF-domstolen fandt, at såfremt formålet med den nævnte bestemmelse var at fremme trafiksikkerheden, forekom det uforståeligt, hvorfor en form for motorbrændstof som dieselolie, der ikke er let antændelig, skulle være omfattet af begrænsningen. Der forelå derfor efter Domstolens opfattelse ikke noget element, som gjorde det muligt at fastslå den omhandlede bestemmelses særlige formål.

Eftersom Domstolen således var nået frem til, at det hverken var muligt på grundlag af direktivteksten eller på grundlag af den omhandlede bestemmelses særlige formål at fastslå direktivbestemmelsens betydning, måtte der lægges vægt på, at de ved direktivet foreskrevne foranstaltninger, *således som det fremgik af en af betragtningerne i præambelen til direktivet*, udgjorde et yderligere skridt i retning af den

gensidige åbning af markederne i medlemsstaterne og af en tilvejebringelse af hjemmemarkedslignende forhold. Direktivet, hvis målsætning var at virkeliggøre en grundlæggende frihed, måtte derfor i tvivlstilfælde fortolkes på den måde, at denne frihed i størst mulig grad blev tilgodeset. Det måtte herefter lægges til grund, at den omtvistede bestemmelse i direktivet kun omfattede motorbrændstoffer.

Man må forstå EF-domstolens afgørelse i denne sag, når den anskues i lyset af den førstanførte *Casa Fleischhandels-GmbH*-dom, således at en bestemmelse i en direktivpræambel ikke selvstændigt kan være en retsregel, men at den kan være vejledende ved fortolkningen af en retsregel, som har fundet udtryk i selve direktivets dispositive tekst. Hvis der er tvivl om ordlyden af den dispositive tekst i direktivet, og hvis direktivets formål heller ikke lader sig fastslå med sikkerhed, vil præambelen/betragtningene kunne blive afgørende for fortolkningen af direktivet.

I en senere dom, *Annette Henke mod Gemeinde Schierke og Verwaltungsgemeinschaft "Brocken"*,⁴⁾ har spørgsmål om fortolkning af virksomhedsoverdragelsesdirektivet⁵⁾ været forelagt EF-domstolen til udtalelse. Sagens hovedproblem var, om bestemmelsen i direktivets artikel 1, stk. 1, hvorefter "Dette direktiv finder anvendelse på overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter til en anden indehaver som følge af overdragelse eller fusion". Ved EF-domstolens besvarelse af dette spørgsmål tog Domstolen udgangspunkt i betragtningerne til direktivet, idet den fremholdt:

"Som det fremgår af præambelen til direktivet, navnlig den første betragtning, er formålet med direktivet at beskytte arbejdstagerne mod de negative konsekvenser, det kan have for dem, at der på grund af den økonomiske udvikling både på nationalt plan og på fællesskabsplan sker ændringer i virksomhedernes struktur blandt andet i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter til andre indehavere som følge af overdragelse eller fusion".⁶⁾

På dette grundlag udtalte Domstolen videre, at "Direktivets begreb 'overførsel af virksomheder' omfatter således ikke en reorganisering af den offentlige forvaltning eller en overførsel af forvaltningsopgaver mellem offentlige myndig-

⁴⁾ Sag C-298/94, dom af 15.10.1996, trykt i Samling af Afgørelser fra Domstolen 1996, afdeling I, side 4989.

⁵⁾ Rådets direktiv 77/187/EØF af 14. februar 1977 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter.

⁶⁾ Præmis 13. Fremhævelsen er min.

heder. Denne fortolkning bekræftes i øvrigt af de ord, der i de fleste af direktivets sprogversioner er anvendt for genstanden for overførslen (virksomhed, Unternehmen, entreprise, impresa, [...], onderneming, empresa, yritys, företag; og: bedrift, Betrieb, business, établissement, stabilimento, [...], vestiging, establecimiento, centro de actividad) eller for erhververen (indehaver, Inhaber, chef d'entreprise, imprenditore, [...], ondernemer, empresário, empresario), og ingen af de andre sprogversioner taler herimod”.

Domstolens udgangspunkt i direktivets betragtninger skete således forud for, at den gik ind i en sammenligning mellem de sproglige versioner af direktivet. Dette kan i denne sag nok forklares ved det faktum, at Domstolen fandt, at ingen sproglige modsætninger fandtes, samtidig med, at den af Domstolen anlagte fortolkning stemte overens med de anvendte udtryk for genstanden for overførslen og med de anvendte udtryk for erhververen. Domstolens udsagn i præmis 13 må dermed ses som en bekræftelse på Domstolens tidligere udsagn allerede i *Casa Fleischhandels-GmbH*-dommen.

Endelig foreligger en dom fra 1997, som bør nævnes, hvor Domstolen i en straffesag mod *Paul Denuit*⁷⁾ var blevet stillet flere spørgsmål om bestemmelser i Rådets direktiv 89/552/EØF vedrørende udøvelse af tv-radiospredningsvirksomhed. På et af spørgsmålene svarede Domstolen, at kontrollen med, at udsendelsesmedlemsstaternes retsregler om fjernsynsudsendelser bringes i anvendelse, og med, at direktivets bestemmelser overholdes – under hensyn til den ordening, der ved direktivet er indført for fordelingen af forpligtelserne mellem de medlemsstater, hvorfra programmerne udsendes, og de medlemsstater, hvori de modtages – kun skal føres af den medlemsstat, hvorfra udsendelserne bringes, og at modtagermedlemsstaten ikke har ret til selv at føre en sådan kontrol. Domstolen tilføjede, at

”Denne fortolkning støttes af betragtningerne til direktivet. I tiende betragtning hedder det således, at alle de begrænsninger af friheden til at udøve tv-radiospredningsvirksomhed, som der henvises til i den niende betragtning, bør fjernes i henhold til traktaten. I tolvte og fjortende betragtning udtales det endvidere, at det er nødvendigt, men samtidig også tilstrækkeligt i denne henseende, at alle udsendelser er i overensstemmelse med lovgivningen i den medlemsstat, hvorfra den bringes, samt med direktivets bestemmelser. I femtende betragtning hedder det endelig, at forpligtelsen for den medlemsstat, hvorfra udsendelserne bringes, til at føre kontrol med overholdelsen af den ved direktivet samordnede nationale lovgivning efter fællesskabsretten er tilstrækkelig til at sikre fri udveksling af udsendelser uden fornyet kontrol på det samme grundlag i de enkelte modtagermedlemsstater [...]”.

⁷⁾ Sag C-14/96, dom af 29.5.1997, endnu ikke i domssamlingen.

Det fremgår således klart af dette svar, at EF-domstolen som *supplement* til den fortolkning af direktivet, som den havde anlagt, har ønsket at tillægge direktivets præambel betydelig vægt. Dette må antages at være udtryk for, at når et direktiv har opstillet et system for en bestemt fremgangsmåde, vil bestemmelser i de betragtninger, som fremgår af direktivets præambel yde et betydeligt yderligere fortolkningsbidrag til det pågældende direktiv.

3. Forsyningsvirksomhedsdirektivet og dets præambel, punkt 13.

a. Bestemmelsen i punkt 13

Ved forsyningsvirksomhedsdirektivet, Rdir 93/38/EØF er der indført pligt for forsyningsvirksomheder (dvs. virksomheder inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation) til at respektere de herpå særligt rettede procedurer for indkøb m.v. I relation til direktivet rejser det særlige problem sig, hvorledes præambelens punkt 13 forholder sig til forskellige bestemmelser i direktivets dispositive del.

Det hedder i præambelens punkt 13:

“13) dette direktiv finder ikke anvendelse på de nævnte virksomheders aktiviteter, som falder uden for vand-, energi-, transport- og telekommunikationssektorerne, eller som falder inden for disse sektorer, men er undergivet almindelige konkurrencevilkår på markeder, hvortil adgangen er fri”.

Det er sidste del af punkt 13 – som angår aktiviteter, hvor der er tale om almindelige konkurrencevilkår på markeder, hvortil adgangen er fri – der i denne sammenhæng tildrager sig interessen.

b. Indskud om direktivernes placering i det retlige system

Der er grund til indledningsvis at anføre, at udbudsdirektiverne, derunder Rdir 93/38/EØF opstiller krav til medlemslandenes retstilstand, derunder lovgivning, med hensyn til visse krav, som skal være gennemført i national lovgivning med henblik på gennemførelse af udbudsprocedurerne. Udbudsdirektiverne, derunder Rdir 93/38, stiller derimod ikke krav om, at der ikke må eller kan være gennemført udbudskrav i overensstemmelse med direktiverne i de situationer, hvor en undtagelse inden for direktivet er til stede. Dette skyldes, at der ikke er tale om en total harmonisering. Af denne grund kan medlemsstaterne – uden at virksomhederne kan rette indvendinger herimod – vælge at stille øgede krav til udbud. Hvis en undtagelse fra et direktiv foreligger, må det således anses for tilladeligt i forhold til det EU-retlige

system at gennemføre national lovgivning, som f.eks. stiller krav om foretagelse af udbud, som normalt ville kræves til opfyldelse af flere eller alle direktivets krav til fremgangsmåden herved.

c. Forholdet mellem præambelens punkt 13 og forskellige bestemmelser i Rdir 93/38

Ved en gennemgang af direktivets dispositive tekst vil det ses, at der ikke deri findes nogen enkeltbestemmelse, som præcist svarer til præambelens punkt 13. Forskellige bestemmelser i direktivet kan imidlertid med vægt siges at være udtryk for det princip, som er formuleret i punkt 13, for så vidt angår aktiviteter, som er undergivet almindelige konkurrencevilkår på markeder, hvortil adgangen er fri. Herved må især fremhæves direktivets bestemmelser i artikel 7, stk. 1, artikel 8, stk. 1 og artikel 20, stk. 2, litra h).

Artikel 7, stk. 1, bestemmer:

“Dette direktiv gælder ikke for kontrakter, der indgås med henblik på videresalg eller udlejning til tredjemand, såfremt ordregiveren ikke har særlige eller eksklusive rettigheder til at sælge eller udleje kontraktens genstand, og andre virksomheder frit kan sælge eller udleje den på de samme betingelser som ordregiveren”.

I *artikel 8, stk. 1* hedder det (om televirksomheder, jf. henvisningen i bestemmelsen til artikel 2, stk. 2, litra d)):

Dette direktiv gælder [ikke] for kontrakter, som ordregivere, som udfører en af de former for virksomhed, der er omhandlet i artikel 2, stk. 2, litra d), indgår om indkøb, der udelukkende har til formål at gøre det muligt for dem at udføre en eller flere tele-tjenester, når andre virksomheder frit kan yde den samme tjeneste i samme geografiske område og på vilkår, som i det væsentlige er identiske.

I *artikel 20, stk. 2, litra h)* hedder det:

“2. Ordregiverne kan anvende en procedure uden forudgående udbud
[...]
h) for varer, der noteres og købes på et råvaremarked”.

d. Vurdering

På grundlag af de indledningsvis gennemgåede domme fra EF-domstolen må den pågældende præambelbestemmelse i punkt 13 i Rfo 93/38 antagelig finde anvendelse på følgende måde:

i) Generelt ad direktivet

Forsyningsvirksomhedsdirektivet indeholder visse bestemmelser, som er søgt begrundet med udsagnet i præambelens punkt 13. Af denne grund må det særlig antages, at punkt 13 alene finder anvendelse på de bestemmelser, som kan betragtes som udslag af det i punkt 13 udtrykte udsagn. Punkt 13 vil med andre ord ikke kunne finde anvendelse som selvstændig retsregel, jf. herved *Casa Fleischhandels-GmbH*-dommen.

ii) Ad direktivets artikel 7, stk. 1

Denne bestemmelse i direktivet må antages at skulle fortolkes i lyset af præambelens punkt 13. Dette må antagelig indebære, at der i tvivlstilfælde skal lægges vægt på, om en foreliggende situation må anses for ikke entydigt afgjort ved direktivbestemmelsen, samtidig med at det vil blive af betydning, om virksomheden i det konkrete tilfælde er undergivet almindelige konkurrencevilkår på et frit tilgængeligt marked.

iii). Ad direktivets artikel 8, stk. 1

Det samme som netop omtalt vedrørende artikel 7, stk. 1 må antages også her at være tilfældet.

iv) Ad direktivets artikel 20, stk. 2, litra h)

For denne bestemmelses vedkommende må tilsvarende gælde, idet det dog her må anses for nødvendigt, at der består reel konkurrence på det pågældende råvaremarked, hvilket f.eks. næppe vil være tilfældet, hvis dette marked er karakteriseret ved betydelige adgangshindringer eller særpositioner for større dele af markedsaktørerne.

4. Afslutning

EF-domstolens forskellige udsagn om betydningen af direktivbestemmelser har vel været afgivet i forbindelse med konkrete spørgsmål, som har været forelagt for Domstolen, og Domstolens svar har som følge heraf været særligt ansporet til at foretage sine analyser på basis heraf. Det må imidlertid antages, at Domstolen med sine udsagn har valgt at give så vejledende svar som muligt på de rejste spørgsmål, at disse svar har kunnet anvendes også på andre situationer, end dem, hvorom der direkte har været spurgt. Af denne grund må jeg anse det for sandsynligt, at en fortolkning i givet fald af præambelbestemmelser om offentlig udbud vil ligge inden for de samme baner, som Domstolen tidligere har afstukket.

Kontraktretten og dens tilpasningsevne¹⁾

af
Peter Møgelvang-Hansen

1. Om skøn og regel

En klassisk juridisk problemstilling angår skismaet skøn kontra regel. De spørgsmål, der traditionelt behandles under denne overskrift, angår fordele og ulemper ved to diamentralt forskellige måder at udforme retsregler på.

Nogle væsentlige karakteristika - positive og negative - ved de respektive reguleringsmetoder kan skematisk udtrykkes i følgende slagord, der sætter sagen på spidsen:

SKØN

REGEL

Positiv version

konkret retfærdighed	lighed for loven
individuel hensyntagen	retssikkerhed
fleksibilitet	forudberegnelighed
tilpasningsevne	stabilitet

Negativ version

vilkårlighed	paragrafrytteri
magtmisbrug	stivnede systemer

Langt de fleste er formentlig enige i, at *alle* de anførte positivt ladede slagord dækker over forhold, som er værdifulde for den retlige regulering; hvem ønsker ikke konkret retfærdighed? Og hvem kan ikke tilslutte sig, at der bør være lighed for loven? Tilsvarende, men med modsat fortegn, med hensyn til de angivne negative slagord; hvem er ikke modstander af en retlig regulering karakteriseret ved vilkårlighed eller paragrafrytteri?

¹⁾ Artiklen bygger på forfatterens tiltrædelsesforelæsningsnoter den 24. april 1997.

Når spørgsmålet skøn kontra regel kan siges at høre til blandt juraens evige problemer, hænger det da også sammen med, at det dækker over, at de forskellige målsætninger, der almindeligvis opstilles for retlig regulering, ikke fuldt ud er indbyrdes forenelige, men trækker i forskellige retninger. Det er ikke et spørgsmål om enten-eller, men om både-og, dvs. en afvejning. Hvad denne afvejning fører til, beror på vurderinger, der i høj grad er bundet til tid og sted, og som veksler fra retsområde til retsområde.

Disse forhold gør sig også gældende for den del af retssystemet, der har at gøre med etablering, indhold og håndhævelse af aftaleforpligtelser, dvs. kontraktretten.

Når spørgsmålet om skøn kontra regel stilles op som sket her, dækker det i virkeligheden over flere varianter. Det omfatter således i hvert fald to hovedspørgsmål, som er forskellige, men dog indbyrdes sammenhængende. Det ene hovedspørgsmål angår afgørelsen af den enkelte sag. Spørgsmålet om skøn kontra regel går her ud på, hvorvidt afgørelsen af den konkrete tvist skal træffes ud fra forholdsvis vage regler, som tillader udstrakt hensyntagen til sagens konkrete omstændigheder og parternes individuelle forhold, eller ud fra forholdsvis præcise generelle regler, som kun i ringe grad tillader sådan individuel hensyntagen. Det synes i første række at være denne problemstilling, der har været i fokus i diskussioner af skøn kontra regel, og som er søgt anskueliggjort i det foregående.

Hovedeksemplet på meget vage, skønspregnede regler er på kontraktrettens område generalklausulen i aftalelovens § 36, hvorefter »en aftale kan ændres eller tilsidesættes helt eller delvis, hvis det vil være urimeligt eller i strid med redelig handlemåde at gøre den gældende.« Bestemmelsen sigter da også i første række mod at fungere som en "sikkerhedsventil", som muliggør hensyntagen i tilfælde, hvor anvendelse af almindelige principper og regler, ud fra en konkret helhedsvurdering ville føre til urimelige resultater.

Aftalelovens § 36 kan imidlertid også, ligesom andre generalklausuler,²⁾ ses som et udviklingsredskab til opstilling af en mere bastant retlig regulering, hvilket leder frem til det andet hovedspørgsmål, som er det, jeg behandler nærmere i det følgende. Denne variant af konflikten mellem skøn og regel angår ikke så meget regelgrundlaget for afgørelsen af den enkelte sag som spørgsmålet om udviklingen af kontraktrettens regler, dvs. kontraktrettens tilpasningsevne på det generelle plan.

At de to hovedspørgsmål i et vist omfang hænger sammen, viser sig i, at det kontraktretlige system ikke uden hyppig lovgivning kunne tilpasse sig

²⁾ Som fx. markedsføringslovens § 1 og culpapreglen.

samfundsudviklingen, hvis det i et og alt bestod af præcise regler, idet der herved ville ske en fastlåsning af retstilstanden.

På den anden side er der selvsagt ikke noget i vejen for, at det kontraktretlige regelsystem har en indbygget fleksibilitet, som tillader tilpasning af de generelle regler til samfundsudviklingen, uden at dette nødvendigvis indebærer, at de konkrete sagers afgørelse kommer til at bero på et skøn. Eller sagt med andre ord: Tilpasningen kan bestå i, at en forholdsvis præcis regel afløses af en anden regel, der er lige så præcis eller for den sags skyld mere præcis.

Det, der sigtes til, når der i overskriften tales om kontraktrettens tilpasningsevne, er således spørgsmålet om, hvorledes og i hvilket omfang systemet af kontraktretlige regler kan justeres og udvikles, således at det kommer til at modsvare ændrede samfundsforhold og samfundsvurderinger, uden at det er nødvendigt med lovændringer.

2. Samspillet mellem lovgivning, teori og retspraksis

2.2.1. Kontraktretten her i landet og i de øvrige nordiske lande er kun i begrænset udstrækning skrevet ned i lovform. Modsat de fleste lande på kontinentet har vi i de nordiske lande ikke i nyere tid givet os i kast med ambitiøse forsøg på at skrive det hele ned i en lov, der kan sammenlignes med f. Eks. Bürgerliches Gesetzbuch, Code Civile, Codice Civile etc.

Nordisk lovgivning på kontraktrettens område er punktvis; i nogle tilfælde således, at lovgiveren har skrevet de regler ned, som efter retspraksis også ville gælde, selv om der ikke var givet nogen lov, i andre tilfælde (og det er navnlig inden for de seneste årtier) således, at lovgiverne har ønsket at indføre nye regler, fordi man har ment, at de regler, der fulgte af retspraksis ikke svarede til de aktuelle samfundsmæssige behov.

I de nordiske lande er det således ikke i lovgivningen, men retsvidenskaben, der har været og er primusmotor ved systematiseringen af de kontraktretlige regler, dvs. opstillingen af kontraktretten som et sammenhængende system. Systematiseringen af de enkeltregler, der kan udledes af retspraksis og den spredte lovgivning, og etableringen af enkeltreglernes indbyrdes sammenhæng i henholdsvis hovedregler og undtagelser er bla. i mangel af almen kodifikation ikke noget på forhånd givet. Lovregler, retspraksis eller andre retskilder, som for hvert sit delområde fastslår, hvilken regel der gælder i en bestemt relation, lader sig ikke ud fra et på forhånd fastsat system sortere i hovedregler og undtagelser. Det kan heller ikke udelukkes, at enkeltregler, som på ét tidspunkt opfattes som undtagelser, i lyset af udviklingen på et senere tidspunkt kan blive hovedreglen.

Disse forhold, som i den nordiske retslitteratur er påpeget af navnlig *Thomas Wilhelmsson*,³⁾ er ensbetydende, at der i det kontraktretlige system er indbygget et udviklingspotentiel, som inden for visse grænser muliggør ændringer uden lovgivning.

2.2.2. Til konkret illustration af disse synspunkter kan peges på udviklingen af reglerne om vederlagets fastsættelse, når der ikke er fastsat noget herom i parternes aftale:

I 1979 ændredes den danske købelov således, at købelovens § 72 i forbrugerkøb afløste lovens § 5 om prisens fastsættelse, når intet herom kan udledes af parternes aftale. Efter § 5 skal køberen som udgangspunkt betale, hvad sælgeren kræver, mens § 72 indeholder den mere købervenlige regel, at sælgeren skal betale, hvad under hensyn til salgsgenstandens art og beskaffenhed, gængs pris ved aftalens indgåelse samt omstændighederne i øvrigt må anses for rimeligt.

Det er, eller i hvert fald var, god latin i dansk kontraktret at se købelovens § 5 som en lovfæstelse af et almindeligt princip, der som sådan også kan anvendes på vederlagets fastsættelse i de ikke lovregulerede kontraktforhold, fx reparationer.

I det omfang § 72 fører til andre resultater end princippet i § 5, er det tidligere hovedprincip (= § 5) med sikkerhed brudt i forbrugerkøb. Men hvad med de ikke lovregulerede kontraktforhold, fx. reparationer?

Den retlige problemstilling kan her siges at være: kan man (dvs. den juridiske dogmatik og retsanvendelsen) nøjes med at konstatere, at der med § 72 er indført en undtagelse fra det almindelige princip, eller skal man gå det skridt videre og spørge, om der herefter basis for fortsat at operere med § 5 som det hovedprincip, man falder tilbage på i mangel af konkret holdepunkt for andet? I givet fald bør det almindelige kontraktretlige princip omformuleres, fx. således, at "princippet i § 72" herefter er den almindelige regel i forbrugerforhold og som sådan det princip, der på dette område faldes tilbage på i mangel af holdepunkter for andet i fx. reparationsaftaler.

I dansk ret synes det at være den almindelige opfattelse, at princippet i § 72 (også) på de ikke lovregulerede områder har fortrængt princippet i § 5 som den almindelige regel i forbrugerforhold. jf. således *Børge Dahl*: *Consumer Legislation in Denmark* (1981) s. 32 og betænkning 1133/1988 om

³⁾ Jf. navnlig *Social Civilrätt* (Helsinki, 1987)s. 23ff med redegørelse for retsstoffets "konfliktfyldte" karakter, de "allmänna läror" og mulighederne for såkaldt "principväxling" ("switching of the principles"). For en udførlig kritisk gennemgang af bogen henvises til *Claes Sandgren*. *Social avtallsrätt* i JT 1992-93.456ff og 643ff.

forbrugertjenesteaftaler s. 115f og fx. Forbrugerklagenævnets Årsberetning 1982.17.

I det anførte eksempel om udviklingen af de ulovbestemte regler om prisens fastsættelse i forbrugerkøb var det ændret lovgivning på et beslægtet område, som hævdes at have været den udløsende faktor for tilpasningen af den almindelige regel.

Der er for så vidt alene tale om et eksempel på analog anvendelse af lovgivning.

2.2.3. For at sætte en sådan udvikling i gang er ændret lovgivning på beslægtede områder imidlertid ikke nødvendig. Også andre retligt relevante forhold, fx. afsmitning fra EU-retten, kan tænkes at påvirke retsudviklingen på lignende måde, uden at der er tale om analogislutning i gængs forstand.

Som eksempel kan nævnes Højesterets dom i *U 1994.823*. Denne dom vedrører ganske vist ikke en kontraktretlig problemstilling, men viser efter min opfattelse, at de anførte synspunkter ikke er fremmede for danske domstole.

Ved denne afgørelsen blev statueret, at domstolene også uden udtrykkelig lovhjemmel undtagelsesvis kan tillægge søgsmål vedrørende gyldigheden af en administrativ afgørelse opsættende virkning. Denne opfattelse var på domstidspunktet i det mindste tvivlsom, idet det snarere synes at have været den almindelige opfattelse, at domstolene i mangel af særlige holdepunkter i den pågældende lov ikke havde sådan beføjelse.⁴⁾ Det var da også det resultat, som landsretten var nået til i den pågældende sag. Antages således, at det almindelige princip indtil *U 1994.823 H* gik ud på, at der ikke uden særligt holdepunkt i lovgivningen kunne tillægges sagsanlæg opsættende virkning, er dommen udtryk for, at "hovedregel" og "undtagelse" byttede plads.

En af de faktorer, der havde betydning for Højesterets dom, var EF-domstolens afgørelse i den såkaldte *Factortame I-sag* (*Samlingen 1990I.2465*). I denne sag statuerede EF-domstolen bla., at medlemsstaternes domstole af hensyn til EF-retten effektive gennemførelse kan være forpligtet til at negligere nationale regler, som generelt afskærer suspension af retsvirkningerne af en national retsakt, hvis EF-retlige gyldighed er genstand for tvist.

U 1994.823 H angik et område, som lå uden for rækkevidden af *Factortame I*. Mens der inden for det område, der dækkes af *Factortame I*, ikke kunne være tvivl om, at der skal være mulighed for, at retten kan tillægge

⁴⁾ Jf. herved *Per Walsøe* i *U 1995 B.130f* med henvisning til bla. *Poul Andersen*. Se også *Jørgen Als Andersen* i *Fm 1990.126ff*, *Henrik Zahle* i *J 1995.368ff* samt *Erik Werlauff* i *U 1996 B.41ff*.

søgsmål opsættende virkning, stillede spørgsmålet sig anderledes på "restområdet".

2.2.4 Meningen med at gøre så forholdsvis meget ud af de anførte eksempler har været at belyse, at der på (og undertiden uden for) kontraktrettens område er et ganske stort udviklingspotential, som gør det muligt at tilpasse kontraktretten til samfundsudviklingen uden lovgivning.

Konstateringen af, at en sådan tilpasning er mulig, er selvsagt ikke ensbetydende med, at der uden videre kan opstilles klare kriterier for, hvornår den bør udnyttes. Det kræver selvstændig vurdering og stillingtagen til de pågældende retlige spørgsmål. I det omfang muligheden er til stede, kan man ikke argumentere mod en tilpasning, blot med henvisning til, at der mangler hjemmel til en given løsning, men må fremkomme med en reel retlig argumentation.

I det følgende søges kontraktrettens postulerede tilpasningsevne og grænserne herfor belyst gennem eksempler på muligheden for med udgangspunkt i de gammelkendte kontraktretlige principper at håndtere forskellige aktuelle spørgsmål.

3. Økonomiske følger af professionsansvar

3.1. Professionsansvaret befinder sig i grænselandet mellem erstatnings- og kontraktretten. Ifølge den konventionelle lære inden for erstatningsretten (uden for kontraktforhold) drejer det sig om at retablere tingenes tilstand, dvs. i økonomisk henseende stille skadelidte, som om den ansvarspådragende adfærd ikke havde fundet sted. Skadelidte skal have tilbage (i kroner), hvad han har mistet, men erstatningen må ikke stille ham bedre, end han ellers ville være stillet.

Heroverfor er det inden for kontrakterstatningsretten den konventionelle lære at beskytte primært de økonomiske forventninger, der skabes ved indgåelse af aftaler. Misligholdes aftalen på ansvarspådragende måde, har den anden part krav på at blive stillet i økonomisk henseende, som om aftalen var blevet opfyldt og forventningerne indfriet (*positiv opfyldelsesinteresse*).

Inden for kontrakterstatningsretten er der tillige mulighed for at udmåle erstatning i forbindelse med misligholdelse efter princippet om negativ kontraktinteresse, som fører til, at den berettigede skal stilles, som om parterne ikke havde kontraheret med hinanden.

Hvor erstatningsudmåling efter princippet om den positive opfyldelsesinteresse tager sigte på at substituere naturalopfyldelse ved at indfri de økonomiske forventninger, der er skabt ved kontrakten, sigter udmåling efter princippet om den negative kontraktinteresse mod at kompensere løftemod-

tageren for den forringelse af hans formue, der skyldes, at han har disponeret i tillid til, at den anden part ville opfylde sine forpligtelser efter kontrakten.

Begge udmålingsprincipper bygger på en differencebetragtning. Det, som skal dækkes, er forskellen mellem på den ene side kundens faktiske økonomiske status og på den anden side den økonomiske position, han ville have befundet sig i i en hypotetisk situation, henholdsvis (ved positiv opfyldelsesinteresse) hans økonomiske status for det tilfælde, at den anden part havde opfyldt sine forpligtelser efter aftalen og (ved negativ kontraktinteresse) hans økonomiske status for det tilfælde, at han ikke havde modtaget den ansvarspådragende tjenesteydelse.

3.2. Erstatningen for fx professionelt uforsvarlig rådgivning kan altid kræves udmålt således, at kunden (ud over tilbagebetaling af eventuelt vederlag) får dækket den forringelse af hans formueforhold, som han måtte være påført ved rådgivningen. I relation til sådanne erstatningsposter, der er i overensstemmelse med princippet om negativ kontraktinteresse, er det normalt ikke påkrævet at tage stilling til, hvilke økonomiske dispositioner kunden ville have foretaget, hvis han ikke havde fulgt rådet, hvorfor tabsudmålingen i almindelighed ikke giver anledning til særlige bevismæssige problemer. Tabet kan normalt opgøres som forskellen på kundens formueforhold før og efter, med fremskrivning af "før"-forholdene. Jf. f. eks. Pengeinstitutankenævnets sag 95/1995:

»Mødet den 10. marts 1994 kom i stand som følge af, at indklagede havde rettet henvendelse til klageren, hvis kapitalpensionsmidler var indsat på en kontantkonto, og havde gjort ham opmærksom på mulighederne for at få et større afkast af indeståendet, end den almindelige kontoforrentning gav. Indklagedes medarbejdere var på mødet bekendt med, at klagerens kapitalpensionskonto skulle frigives ved hans 64. år i juli 1995. De måtte derfor anse det for en nærliggende mulighed, at en eventuel obligationsbeholdning skulle realiseres på dette tidspunkt. Det må lægges til grund, at medarbejderne på trods heraf ikke drøftede investeringens tidshorisont med klageren. Ankenævnet finder, at indklagedes medarbejdere under disse omstændigheder ikke har ydet en faglig korrekt rådgivning ved at anbefale klageren at investere i lange, lavt forrentede obligationer, og at indklagede derfor er erstatningsansvarlig over for klageren.

Som følge heraf bør indklagede, såfremt klageren inden 4 uger fra kendelsens afsigelse fremsætter krav herom, tilbagekøbe obligationerne til en kurs, som - under hensyn til den højere forrentning, klageren har

opnået i den forløbne tid - økonomisk stiller ham, som om obligationsinvesteringen ikke var foretaget, og midlerne var forblevet indestående på en almindelig konto. Denne tilbagekøbskurs kan beregnes som klagerens købskurs med fradrag af

$$\frac{(\text{dir. obl. rente} \div \text{indklagedes gns. rente}) \times \text{dage} \times \text{købskurs}}{100 \times 360} \text{ „}$$

3.3. I mangel af holdepunkter for andet går rådgivning og lignende tjensteydelser ud på at præstere en fagligt forsvarlig indsats (*obligation de moyen*) og ikke et bestemt resultat (*obligation de résultat*). Der er med andre ord normalt tale om et bestræbelsesansvar og ikke et resultatansvar. Dette har afgørende betydning for, hvad udmåling af erstatning efter princippet om positiv opfyldelsesinteresse fører til.

Når den tjensteyderens forpligtelse, som det almindeligvis er tilfældet, "kun" består i at yde en professionelt forsvarlig indsats (og altså ikke at hidføre et bestemt resultat), fører erstatningsudmåling efter princippet om positiv opfyldelsesinteresse til, at kunden i økonomisk henseende skal stilles som om, tjensteyderen havde ydet en sådan indsats (hvad han altså ikke gjorde).

Har kunden f. eks. fulgt et råd om at omprioritere sin ejendom, fordi han derved ville opnå et provenu på 25.000 kr., men bliver overskuddet kun 10.000 kr., fordi rådgiveren har begået en regnefejl eller overset en omkostningspost, kan udmålingsprincippet om positiv opfyldelsesinteresse ikke (ved bestræbelsesansvaret) føre til en erstatning på de 15.000 kr., og dermed ej heller til indfrielse af kundens forventning om, at omprioriteringen ville indbringe ham i alt 25.000 kr. I bestræbelsestilfældene skal positiv opfyldelsesinteresse stille kunden, som om rådgiveren havde ydet en professionelt forsvarlig indsats, hvilket i det anførte eksempel ville have bestået i, at der ikke var begået regnefejl eller overset en omkostningspost. En professionelt forsvarlig indsats ville have ført til, at kunden havde fået at vide, at omprioriteringsprovenuet ville blive 10.000 kr. og ikke 25.000. I dette tilfælde ville heller ikke udmåling efter princippet om negativ kontraktinteresse føre til, at kunden havde krav på erstatning, idet han takket være omprioriteringen opnåede en forbedring af sin økonomiske status (blot ikke så stor som stillet i udsigt) og altså har bedre økonomisk status end i udgangspositionen.

Ændres det anførte eksempel på et enkelt punkt, således at omprioriteringsprovenuet på grund af regnefejl eller lignende ikke som lovet blev på 25.000 kr., men ligefrem negativt, ville der heller ikke være grundlag for erstatning udmålt efter princippet om positiv opfyldelsesinteresse, fordi et professionelt

forsvarligt råd jo netop ville være gået ud på, at provenuet ville blive negativt; derimod kan der i dette tilfælde være basis for erstatning funderet i princippet om negativ kontraktinteresse, dvs. retablering af økonomisk status quo.

3.4. I kraft af særlige holdepunkter kan tjensteyderens forpligtelse gå videre end til at præstere en professionelt forsvarligt indsats, idet han i det enkelte tilfælde kan have påtaget sig at indestå for et bestemt resultat. I så fald fører erstatningsudmåling efter princippet om positiv opfyldelsesinteresse til, at kunden kan kræve at blive stillet økonomisk, som om det pågældende resultat var indtrådt. I de ovenfor anførte eksempler ville et resultatansvar føre til, at kunden kunne kræve en erstatning, der udlignede den økonomiske forskel på det faktiske forløb af omprioriterings-sagen og det forløb, som banken havde stillet ham i udsigt.

Hvor tjensteyderen har givet en udtrykkelig garanti (tilsikring/indeståelse) for et bestemt resultat, er der selvsagt ingen tvivl om, at der foreligger en resultatforpligtelse. I øvrigt kan spørgsmålet give anledning til tvivl i det praktiske liv. Som i så mange andre kontraktretlige sammenhænge kan tilsikringen/garantien også foreligge stiltiende. Hvor meget eller hvor lidt der kræves i så henseende, beror på en samlet konkret vurdering. Som eksempel på tilfælde, hvor der i kraft af stiltiende tilsikring er statueret resultatansvar, kan nævnes Pengeinstitutankenævnets sag nr. 227/1991 om en "investerings-pakke", som ifølge et af den pågældende bank udarbejdet detaljeret regneeksempel ville resultere i et "pakkeoverskud" på ca. 15.000 kr. Da skattevæsenet ikke ville acceptere "regnestykket", var kunden afskåret fra at få "pakkeoverskuddet". Pengeinstitutankenævnet fandt imidlertid, at banken skulle betale kunden et beløb, der stillede ham, som om arrangementet havde fået det økonomiske resultat, der var stillet i udsigt.

3.5. I løbet af de seneste årtier er kravene om professionel optræden utvivlsomt blevet skærpet i domspraksis. Det er nærliggende at antage, at grænsen mellem meddelelse af "rene" oplysninger og forpligtende løfter (stiltiende tilsikring/garanti) er blevet forskubbet med den virkning, at der alt andet lige lettere statueres et resultatansvar.

I de seneste år er i forskellige sammenhænge peget på, at afstanden mellem den traditionelle erstatningsudmåling og udmåling efter princippet om den positive opfyldelsesinteresse ved resultatforpligtelser er for stor, og at der i praksis kan være behov for at kunne "lande på" et mellemstandpunkt.

Mulighed herfor er således indført fra 1994 ved lov om omsætning af fast ejendom, hvis § 24, stk. 2, er sålydende:

»Er der til skade for forbrugeren foretaget en forkert beregning af provenu ved salg, jf § 20, 3. pkt, og er forbrugeren i god tro, har forbrugeren krav på godtgørelse af forskellen mellem den forkerte og en korrekt beregning. Er der til skade for forbrugeren foretaget en forkert beregning af ejerudgift ved køb, jf § 19, stk 1, 4. pkt, og er forbrugeren i god tro, har forbrugeren krav på rimelig godtgørelse af forskellen mellem den forkerte og en korrekt beregning. Har forbrugeren i god tro handlet i tillid til rigtigheden af en værdiansættelse, og afviger denne væsentligt fra en korrekt værdiansættelse, har forbrugeren krav på rimelig godtgørelse af forskellen.«

Og ifølge § 3 stk. 1, 2. pkt. i lov om forbrugerbeskyttelse ved erhvervelse af fast ejendom har sælgeren krav på en rimelig godtgørelse fra den bygningssagkyndige, hvis sælgeren har måttet betale et beløb til køber på grund af fejl, der burde have været omtalt i en bygningssagkyndigs tilstandsrapport.

I den juridiske teori⁵⁾ er det endvidere gjort gældende, at de erstatningsretlige principper, også uden sådan særlig lovhjemmel tillader en større fleksibilitet end den, der umiddelbart synes at følge af de konventionelle læresætninger. I lyset af retsudviklingen blev der således argumenteret for på den ene side, at tilstedeværelsen af en egentlig garanti for et bestemt resultat ikke altid er nødvendig for, at forventninger kan nyde erstatningsretlig beskyttelse, og på den anden side at denne erstatningsretlige beskyttelse kan bestå i en konkret fastsat godtgørelse, som dog ikke kan overstige den positive opfyldelsesinteresse ved resultatansvar. Der er mao rejst spørgsmål om, hvorvidt der er basis for, at "hovedregel" og "undtagelser" bytter plads.

Synspunkter af denne art blev bl.a. lagt til grund i praksis ved Pengeinstitutank-nævnet, der afgjorde et forholdsvis stort antal sager på grundlag af en sådan "mellemløsning". Som eksempel kan Pengeinstitutankenævnets sag 33/1993 om en bankkunde, der af sin bank fik at vide, at en omprioritering ville resultere i et kontant overskud på 5.000 kr. Nævnet lagde til grund, at kunden på forespørgsel havde fået oplyst af banken, at dette overskud fremkom, uden at kunden skulle betale de sædvanlige ydelser på de gamle lån, mens omprioriteringssagen verserede. Bankens beregning var imidlertid baseret på det stik modsatte. I stedet for overskuddet på 5.000 kr. resulterede omprioriteringen i et underskud på ca. 20.000 kr. Kunden, der havde disponeret i tillid til bankens oplysninger, blev af Nævnet tilkendt en godtgørelse for den ulempe, som var forbundet med, at han fejlagtigt var

⁵⁾ Jf. *Peter Blok* : "Fejl, forventning og godtgørelse" i *Festskrift til Børge Dahl* (1994) s. 29ff.

bibragt den opfattelse, at hans økonomiske stilling var ca. 25.000 kr. bedre, end tilfældet var. Godtgørelsen fandtes passende at kunne fastsættes til 10.000 kr.

Et andet eksempel er en kendelse afsagt 5. Juli 1995 af Voldgiftsretten for bygge- og anlægsvirksomhed og refereret i *KFE* 1996.39. Sagen angik et arkitektfirma, som havde påtaget sig at bistå en kroejer i forbindelse med et ombygningsprojekt. Under byggeriet viste det sig, at byggeudgifterne var løbet løbsk, idet de oversteg de budgetterede med mere end en million kr. Byggeriet blev herefter indstillet, og kroejerens konkursbo krævede arkitektfirmaet pålagt erstatningsansvar for et beløb, der blev opgjort til differencen mellem de faktiske og de budgetterede omkostninger. Voldgiftsretten fandt ikke grundlag for at antage, at der skulle foreligge en tilsikring og dermed et resultatansvar. Derimod fandtes arkitektfirmaet at have gjort sig skyldig i en massiv overtrædelse af sine kontraktmæssige forpligtelser. Under disse ganske særlige omstændigheder kunne det ikke afvises, at bygherren havde lidt et tab. Tabet fastsattes skønsmæssigt til 75.000 kr. uden nærmere angivelse af udmålingsprincippet. Det bærende synspunkt synes at have været, at der var trang til en vis reaktion/kompensation, selv om almindelige konventionelle udmålingsprincipper ikke kunne føre til dette resultat. I en redaktionsnote til sagsreferatet i *KFE* hedder det da også:

»Jørgen Hansen siger med fuld føje: »De værste tilfælde er dem, hvor bygherren kun har et ganske bestemt beløb til disposition...Som nævnt kan det være vanskeligt erstatningsretligt at sige, at bygherren har lidt noget tab, men den praktiske konsekvens vil kunne være, at bygherren er ruineret«.

Retspraksis i disse sager - og i sager angående glemte ydelser - er utvivlsomt teoretisk velbegrunder, men for en praktisk betragtning uden sammenhæng med virkelighedens verden. Principielt er det naturligvis rigtigt, at budgetoverskridelsen modsvares af oppebårne merydelser, men hvis bygherren ikke ønsker disse merydelser mod merbetaling - eller ikke kan nyde godt af dem som følge af konkurs - vil det formentlig være vanskeligt for den ikke juridisk kyndige bygherre at forstå, at han ikke har lidt noget tab. Den foreliggende kendelse kan måske tages som udtryk for en begyndende kursændring, idet det blev lagt til grund, at der var lidt et ganske vist beskedent tab«

Spørgsmålet om holdbarheden af Pengeinstitutankenævnets praksis gav anledning til en del debat,⁶⁾ og ved *U* 1995.545 Ø blev Pengeinstitut-

⁶⁾ Jf. bl.a. *Morten Wegener* i *Juristen* 1995.60 ff., *Morten Samuelsson og Kjeld Søgaard*: *Rådgiveransvaret* (1993) s. 178 og *Morten Samuelsson* i *Lov & Ret* 1995/4 s. 6 ff., *Lars*

ankenævnets afgørelse i den omtalte sag 33/1993 tilsidesat som uhjemlet. Og efter *U 1996.200 H* er det slået fast, at der ikke uden lovhjemmel er grundlag for "a switching of the principles" i form af resultatansvar uden tilsikring. Flertallet i Højesteret fremkom med følgende meget brede udtalelse:

»Behovet for eventuelt at kompensere forbrugere for skuffede forventninger som følge af fejlagtige oplysninger som de omhandlede må vurderes ud fra bredere retspolitiske synspunkter og ses i sammenhæng med, hvilke andre forbrugerbeskyttende foranstaltninger der kan anvendes i den forbindelse. Sådanne foranstaltninger, herunder en eventuel hjemmel til at yde økonomisk godtgørelse, må i givet fald tilvejebringes af lovgivningsmagten.«⁷⁾

3.6. Til fordel for udvikling af et almindeligt princip om resultatansvar uden tilsikring kan bla. peges på trangen til at styrke den private retshåndhævelse. Den almindelige tendens i retning af markedsbaserede løsninger kan således siges at skærpe behovet for effektive civilretlige sanktioner, ikke mindst på professionsansvarsområdet.

I nær sammenhæng hermed kan peges på de synspunkter, som er lagt til grund i EF-domstolens praksis vedrørende spørgsmålet om medlemsstaternes effektive gennemførelse af direktiver. Medlemsstaternes forpligtelser i så henseende illustreres af sag 14/1983, *von Colson*, dom af 10. april 1984, *Samlingen 1984.1891*, hvor det almene krav blev formuleret som en forpligtelse til

»inden for sin nationale retsorden at træffe alle foranstaltninger, der er nødvendige for at sikre direktivet fuld virkning i overensstemmelse med dets formål«.

Sagen udsprang af Tysklands gennemførelse af direktivet om mænds og kvinders lige adgang til beskæftigelse mv. (76/207/EØF). Direktivets art. 6 pålægger bla. medlemsstaterne at gennemføre de nødvendige bestemmelser

Bo Langsted i *Juristen* 1995.76 ff og *Erik Werlauff* i *U 1995 B* s. 48. Se også *Erik Werlauff*: *Bank og kunde* (1997) s. 36 ff, *Stig Jørgensen* i *Ånd og Rett. Festskrift til Birger Stuevold Lassen* (1997) s. 519 ff samt *Bernhard Gomard* i *Festskrift til Ole Lando* (1997) s. 173 f.

⁷⁾ Dommen er kommenteret af *Per Walsøe* i *U 1996 B* s. 199ff. Se også *Vibe Ulfbecks* analyse af dommen i *U 1997 B* s. 6ff.

for, at enhver person, der anser sig for krænket ved forskelsbehandling, »kan gøre sine rettigheder gældende for retlige instanser«, men indeholder ikke i øvrigt bestemmelser om sanktioneringen.

EF-domstolen fastslog, at direktivet forpligter til gennemførelse af tilstrækkeligt effektive foranstaltninger og privat påtale, samt at sådanne foranstaltninger fx. kan bestå i pligt for arbejdsgiveren til at ansætte den pågældende eller sikre denne passende økonomisk godtgørelse, der eventuelt kan forstærkes med en bøde, men at det er overladt til medlemsstaterne frit at vælge mellem de forskellige løsninger. Den valgte sanktionering skal imidlertid

»være egnet til, at domstolene kan sikre en faktisk og effektiv beskyttelse. Sanktionen skal endvidere have en reelt afskrækkende virkning over for arbejdsgiveren. Heraf følger, at når medlemstaten har valgt at sanktionere overtrædelsen af forbudet mod forskelsbehandling gennem en erstatning, skal denne i hvert fald stå i et rimeligt forhold til det opståede tab.

Heraf følger, at national lovgivning, der begrænser erstatningskravet for personer, der har været udsat for forskelsbehandling ved adgang til beskæftigelse til en rent symbolsk godtgørelse f. eks. dækning af omkostninger i forbindelse med ansøgningen, ikke imødekommer kravene om en effektiv gennemførelse af direktivet«.

Selv om EF-domstolen kalder den erstatning, det efter tysk ret kunne blive til i den foreliggende sag, (dvs. forsendelsesomkostninger, i Danmark 3,75) for symbolsk, synes et sådant erstatningsbeløb ikke desto mindre dække det fulde økonomiske tab udmålt efter almindelige erstatningsprincipper (negativ kontraktinteresse). Når domstolen taler om et rimeligt forhold mellem erstatning og "det opståede tab", ligger der således heri en afvisning af, at de traditionelle tabsudmålingsprincipper lever op til effektivitetsprincippet i denne type sager.

På grund af det nævnte direktivs udtrykkelige krav om privat påtale, synes effektivitetskravet at indebære, at medlemsstaternes valgfrihed med hensyn til sanktionsvalget på dette område reelt består i at give adgang til naturalopfyldelse /positiv opfyldelsesinteresse og/eller en bodslignende erstatningsanktion ("godtgørelse")⁸⁾, men således at begge løsninger selvsagt

⁸⁾ Danmark har valgt at supplere de almindelige ulovbestemte erstatningsregler med regler om godtgørelse, og ved uberettigede afskedigelser med regler om underkendelse af afskedigelsen, dvs. naturalopfyldelse. Se nærmere ligestillingslovens §§ 14-16.

kan suppleres, men (på grund af den direktivdikterede private påtale) ikke erstattes af (offentligt påtalte) strafferetlige sanktioner.

4. Kontraktret og etik

Mens U 1996.200 H formentlig har stoppet de omtalte bestræbelser på udvikling af de ulovbestemte erstatningsudmålingsprincipper, kan der på et andet område siges at være sket en styrkelse af den private retshåndhævelse/retsbeskyttelse gennem en udvikling, som har en del træk fælles med de ovenfor (under 2) skitserede synspunkter. I de senere år ses således flere eksempler på, at "etiske" krav via generalklausuler og/eller culpapreglen (eller andre vage principper) er transformeret til retlige krav. Som eksempel kan nævnes Pengeinstitutankenævnets sag 289/1996, hvor flertallet udtalte:

»Vi finder, at der påhviler et pengeinstitut en almindelig pligt til som led i rådgivning af kontohavere med et indestående på lavt forrentede konti af en størrelsesorden som i nærværende sag til at henlede sådanne kontohaveres opmærksomhed på alternativ placering af kontienes indestående.

Indklagede opfyldte for så vidt denne pligt ved at sende skrivelsen af 3. juni 1994 til A. Det lægges imidlertid til grund, at indklagede var bekendt med, at A var stærkt dement, og at der af denne grund var givet et familiemedlem fuldmagt til at disponere over hendes konti. Indklagede burde derfor have sikret sig, at fuldmægtigen var bekendt med det råd, der blev givet A ved skrivelsen af 3. juni 1994, f.eks. ved at sende fuldmægtigen en kopi af skrivelsen. Dette ses efter de foreliggende oplysninger ikke at have været tilfældet. Det er nærliggende at antage, at fuldmægtigen - såfremt denne havde været bekendt med skrivelsen af 3. juni 1994 - ville have medvirket til, at indeståendet på klagerens grundkonto og aktionærkonto var blevet forrentet i overensstemmelse med det tilbud, der var indeholdt i skrivelsen. Vi stemmer derfor for, at indklagede bør yde boet en rentekompensation, der fastsættes som nedenfor bestemt.«

5. Kontraktret og offentligretlig regulering

Inden for erstatningsretten er det en kendt sag, at offentligretlige sikkerhedsforskrifter medvirker til den nærmere fastlæggelse af indholdet af

culpareglen. Normalt gælder herved en såkaldt "Schutzzweck"-begrænsning, idet den offentligretlige regels relevans for den erstatningsretlige bedømmelse antages at være betinget af, at det er det udelukkende, eller i alt fald delvis, formål med reglen at regulere, hvad der er forsvarlig adfærd i den konkrete skadesituation, som foreligger til erstatningsretlig bedømmelse.

På lignende måde kan offentligretlige krav tænkes at blive tillagt kontraktretlig relevans ved hjælp af fx. generalklausuler, såsom aftalelovens § 36, eller forudsætningslæren. Som et vidtgående eksempel kan fra svensk praksis nævnes Högsta Domstolens dom i *NJA 1993.163 (ND 1994.188)*, som synes at være baseret i et almindeligt synspunkt om, at en det er en berettiget forventning, at en aftalepart har iagttaget offentligretlig lovgivning, og at en skuffelse af denne forventning kan have kontraktretlige konsekvenser, tilsyneladende uden at der gælder en ubetinget "Schutzzweck"-begrænsning på linje med den, der kendes fra erstatningsretten.

Den svenske sag angik spørgsmålet om bankers pligt til at give en kautionist oplysning om hovedpersonens økonomiske forhold inden kautionens forpligtelses etablering og må ses i lyset af, at der efter svensk banklovgivning påhviler bankerne en almindelig - traditionelt i indskyderbeskyttelseshensyn funderet - pligt til at kreditvurdere deres udlånskunder og til at forlange sikkerhed for udlån. Högsta Domstolen udtalte:

»Bestämmelserna [om kreditvurdering af låntager og sikkerhedsstillelse] ingår som ett led i skyddet för insättarnas medel... och tar alltså inte primärt sikte på att reglera enskilda kontraktsförhållanden som det aktuella. Har emellertid bestämmelserna åsidosatts bör likväl - åtminstone i mera kvalificerade situationer - detta kunna uppfattas så att banken därmed åsidosatt grundläggande förutsättningar för ett borgensåtagande.«

Dette synes at indebære, at banken efter svensk ret har en almindelig civilretlig pligt til på forhånd at meddele kautionisten sådanne væsentlige negative oplysninger vedrørende hovedpersonens økonomi, som den kendte eller burde kende til (om den havde foretaget en fagligt forsvarlig kreditvurdering), og kautionsløftet i givet fald vil kunne tilsidesættes efter forudsætningslæren.