

Juridisk Institut

Julebog 1998



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
1998

Juridisk Institut – Julebog 1998

1. udgave, 1. oplag

© 1998 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 1998

ISBN 87-574-0564-6

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@djoef.dk

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

Forord

Juridisk Institut ved Handelshøjskolen i København fortsætter hermed traditionen med at udsende en Julebog som en jule- og nytårshilsen. Julebog 1998 indeholder ligesom de tidligere Julebøger fra Juridisk Institut artikler skrevet af instituttets videnskabelige medarbejdere med udgangspunkt i deres forskellige fagområder. Instituttet har i de sidste par år haft en god tilgang af yngre forskere, der bidrager til at øge mangesidigheden i instituttets forskningsprofil.

København, november 1998

Ruth Nielsen
instituttleder

Indholdsfortegnelse

Beskatning af gaver til fonde, af professor, lic.jur. Lennart Lynge Andersen	9
Transaktionsomkostningsingeniører, af adjunkt, ph.d. Thomas Riis	21
Legal protection of the child consumer regarding sales promotion of products in EU, by docent Elisabeth Thuesen	39
Regulering af værdipapirmarkedene i USA, af ph.d.-stipendiat, cand.jur. Helen Holdt	53
Revisionen af Domskonventionen og Luganokonventionen, af adjunkt cand.jur. Peter Arnt Nielsen	75
Skattemæssig overførsel af underskud i et komparativt og økonomisk perspektiv, af kandidatstipendiat, cand.merc.jur. Christina D. Tvarnø	97
Art. 90 i 90'erne, af adjunkt, ph.d. Ulla B. Neergaard	119
Hvor intetsigende er domme med intetsigende begrundelser? af kandidatstipendiat, cand.jur Bjørn Ryberg	133
Fremmed ret i videnskabelige værker - hvorfor og hvordan, af professor, dr.jur. Ole Lando	149
Fri bevægelighed for arbejdstageres persondata i Øresundsvirksomheder, af professor, dr.jur. Ruth Nielsen	163
“Société fermée européenne” Et europæisk anpartsselskab i støbeskeen? af adjunkt, ph.d. Søren Friis Hansen	183
Law & Economics - Retsregler og økonomiske modeller, af professor, dr.jur. Bernhard Gomard	207

Jule-, Påske-, pinse- og andre pakker, af forskningsprofessor Kjeld Hemmingsen	221
Afhjælpning af mangler i forbrugerkøb, af professor Peter Møgelvang-Hansen	229
Udbud og konkurrenceregler, af professor, dr.jur. Jens Fejø	251

Beskatning af gaver til fonde

af
Lennart Lynge Andersen

»De skiftende veldædige formål med en sådan transaktion [en fondsdannelse] bevirker som regel, at meddelelsen bliver modtaget med velvilje fra offentlighedens side.«

Thøger Nielsen, Revision & Regnskabsvæsen
1970 s. 24.

- 1. Problemstillingen*
- 2. Forholdene inden fondsbeskatningsloven*
- 3. Fondsudvalgets synspunkter*
- 4. 1986-loven*
- 5. 1995-loven*
- 6. 1998-lovforslaget*

1. Problemstillingen

Efter at der er gennemført fondslove i 1984, kom fondsbeskatningsloven i 1986. Det skete ved et tilfælde som led i skattereformen, idet der i flere år havde været politisk ønske om at ændre ved de fondsskatteretligeregler. Siden er loven foreløbig blevet ændret 38 gange. Sigtet med fondsbeskatningsloven har - foruden koordination med den øvrige skattelovgivning - været at give incitament til, at fondene foretager uddeling af årets overskud til fondens

formål, og det har i særlig grad været sigtet at begunstige fonde med såkaldt almenvelgørende/almennyttige formål.

Følger fondene dette mål, kommer en fond ikke til at betale skat. Der foreligger mig bekendt ikke undersøgelser om spørgsmålet, men en undersøgelse ville utvivlsomt vise, at de fleste fonde ikke betaler skat eller dog kun minimale beløb. Dette skyldes ikke alene de gunstige fradragsregler for aktuelle uddelinger, men også at fonde med almenvelgørende/almennyttige formål *dels* får en "præmie" på 25 % af årets uddelinger (fondsbeskatningslovens § 5, stk. 1) *dels* kan foretage fradrag for hensættelser, der dog skal være uddelt inden 5 år (§ 4, stk. 3-6). Der er i vore dage end ikke krav om, at hensættelserne skal være specificerede.

Fondsbeskatningsloven har på den baggrund en anden profil og indeholder nogle regler, der ikke kendes i skattelovene for (andre) juridiske personer eller for fysiske personer. Der er en række fællestræk, når det gælder indkomstsiden; forskellene kommer navnlig frem, når det gælder *fradrag og adgang til hensættelser med skattemæssig virkning samt ved beskatning af gaver, der tilfalder en fond*.

I forbindelse med den såkaldte *Pinsepakke* i juni 1998 var der forslag om at ændre fondsbeskatningsloven på flere punkter. Nogle af ændringsforslagene var funderet i ønsket om fælles regler for selskaber og fonde (f.eks. nedsættelse af skatteprocenten og afskrivningsreglerne), men på ét punkt var der foreslået en materiel ændring, der kun omfattede fondene. Det gjaldt reglerne om beskatning af gaver til fonde. Hverken forslaget om at nedsætte skatteprocenten eller forslaget om ændret beskatning af gaver til fonde blev dog gennemført, da det meste af den såkaldte "erhvervsdel" (foreløbig?) udgik under Folketingets behandling.

Baggrunden for, at jeg har taget emnet op, er navnlig, at der hermed ville have foreligget det tredje regelsæt på få år med hensyn til beskatning af gaver til fonde. Fondsbeskatningslovens første ordning i 1986 blev kritiseret navnlig ud fra lovtekniske grunde, hvorefter der skete en præcisering (og ændring/forenkling) af reglerne i 1995. 1995-lovens regulering af gavebeskatningen er ikke blevet kritiseret, hvorfor det var noget overraskende at se forslaget til Pinsepakke. Det samme gælder, hvis man søger at lægge et historisk perspektiv på emnet. Og endelig rejser der sig spørgsmål, om vi skal forvente ny toner på fondsbeskatningsområdet: Skal fondene ved direkte beskatning til at bidrage til samfundskassen?

2. Forholdene inden fondsbeskatningsloven

Det er enkelt at beskrive retstilstanden indtil den 1. januar 1987, hvor fondsbeskatningsloven trådte i kraft, idet gaver til fonde var skatte- og

afgiftsfrie, medmindre gaven (undtagelsesvis) blev anset for erhvervsmæssig indkomst, smh. f.eks. *U 1993.278 H*. Fra 1903 var fondene omfattet af regler om kommunal erhvervsbeskatning, og den generelle beskatning af erhvervsmæssig indkomst blev gennemført i 1922, jf. dagældende statsskattelovs § 2, nr. 5 g.

Skattelovskommissionens 1. betænkning fra 1948 (afsnit V, s. 10) afviste i almindelighed at beskatte gaver til fonde, da

»De Institutioner o. lign; som betænkes med Gaver, er meget ofte af almenvelgørende eller almennyttig Karakter, og en Beskatning af Gaver af denne Art kunne muligt modvirke lysten til at betænke Formaaler, der fortjener Støtte, hvilket ville være lidet heldigt. Dette Hensyn gør sig vel mindre stærkt gældende, hvor der til Nydelsen af et Legat er en vis Fortrinsret for Familie, eller hvor Legatet virker indenfor en snævrere Kreds, f. Eks. en eller flere Familier. Hvor Legatet - hvilket som oftest er Tilfældet - har til Formål at yde Hjælp i Trangstilfælde, til Uddannelse, Etablering e. lign., og hvor Uddeling sker efter en Bestyrelses Skøn til de bedst kvalificerede indenfor den pågældende Kreds, synes meget dog at tale for at opretholde den hidtil gældende Skattefrihed også for Gaver til Legater med snævrere Virkeomraade. Dette gælder derimod ikke for Gaver til Fideikommissar og Familielegater eller -stiftelser, der i Kraft af legal eller fundatsmæssig Successionsorden overgår til de berettigede, således at de pågældende ligefrem her en *Ret*, uafhængig af et Skøn fra Fideikommissar eller Legatbestyrelsen. Henlægges der Midler til Fideikommissar o. lign. ved Arveindsættelse svares der Afgift heraf. Der ses ikke at kunne anføres noget som helst til Støtte for, at saadanne Institutioner oprettes eller forøges ved Livsgaver, uden at der heraf svares Skat eller Afgift under nogen Form, og det er derfor foreslaaet, at Gaveafgift skal svares af Gaver af denne Art.«

3. Fondsudvalgets synspunkter

Fondsudvalget (1978-1982) havde som hovedopgave at udarbejde lovforslag til materiel, civil- og erhvervsretlig lovgivning på fondsområdet. Det skete i *Betænkning nr. 970/1982 om fonde*, der i 1984 førte til gennemførelsen af *lov om fonde og visse foreninger og lov om erhvervsdrivende fonde*. Med hensyn til den skatte- og afgiftspligtige stilling skulle »udvalget overveje, i hvilket omfang disse særlige regler fortsat kan anses for velbegrundede og i forbindelse hermed fremsætte udvalgets principielle synspunkter.....« Kommissoriet forudsatte, at der blev nedsat et underudvalg vedrørende disse

spørgsmål, og dette kapitel blev iøvrigt betænkningens fyldigste, se *Bet.* s. 217-432.

Spørgsmålet om beskatning af gave (og arv) gav anledning til følgende almindelige bemærkninger fra *underudvalget*, jf. *Bet.* s. 227 f:

»Hvis fonde konsekvent skulle beskattes af gaver, ville dette også omfatte de (større) gaver, som tjener til at tilvejebringe fondens grundkapital. Dette er en strengere beskatning end den, der gælder for aktieselskaber. Aktieselskaber beskattes nemlig ikke af de indskud, som tilvejebringer selve aktiekapitalen. En generel regel om gavebeskatning af fonde vil formentlig virke prohibitiv for gaver til fonde, i hvert fald for de gaver, der tilvejebringer grundkapitalen.

På den anden side vil en generel fritagelse for gavebeskatning medføre en forskel mellem fonde, der modtager gaver, og fonde, der modtager arv. En sådan forskel eksisterer allerede efter gældende ret, idet fonde ikke skal betale skat eller afgift af gaver, hvorimod de skal betale arveafgift. Til gengæld kan fonde succedere i arveladers skattemæssige stilling (kildeskattelovens § 33), hvilket ikke gælder gaver.

En ligestilling mellem arv og gave kunne her opnås enten ved at ophæve succession ved arv eller indføre den ved gaver.

Hvis succession for fonde ønskes afskaffet, kunne der - for at løse likviditetsproblemet - i stedet for beskatning i dødsboet overvejes en regel, hvorefter dødsboets skattetilsvær overføres til fonden som en egentlig gæld, der, hvis den ikke kan betales straks, afdrages over en årrække eller eventuelt betales ved videresalg af aktivet.

Til slut bemærkes, at betænkelighederne ved gavebeskatning og arveafgift for fonde har stærk tilknytning til generationsskifteproblemer, og de vil derfor mindskes, i det omfang avancebeskatningen ved overdragelse af aktiver reduceres.«

Fondsudvalgets medlemmer (der som nævnt alene skulle gøre rede for de principielle synspunkter) var enige om, at »en skattemæssig ligestilling mellem aktieselskaber og fonde fører til, at gaver til fonde til tilvejebringelse eller udvidelse af, hvad der svarer til kapitalgrundlaget (aktiekapitalen), ikke skal inddrages under indkomstbeskatning. Udvalget finder, at der heller ikke iøvrigt er tilstrækkelig begrundelse for at inddrage gaver under en indkomst-

beskatning. Herved peges på, at indkomstbeskatning af gaver vil virke stærkt hæmmende på ydelse af gaver til fonde.»

Herudover var der ikke enighed i udvalget. 8 medlemmer fandt, at afgift af gaver måtte overvejes i sammenhæng med arveafgiftsregler. 5 medlemmer fandt, at der ikke var grundlag for at inddrage gaver til fonde under en afgiftsordning, da det ville modvirke ydelse af gaver til fonde. Endelig fandt 2 medlemmer, at alle gaver burde belægges med en afgift på 35 % på linie med arveafgiften.

Selv om det falder uden for mit emne, er det interessant at bemærke, at *underudvalget* (med bemærkningen »En ligestilling mellem arv og gave kunne her opnås enten ved at ophæve succession ved arv eller indføre den ved gaver«) berørte et emne, der pludselig blev aktuelt i 1998 som en del af Pinsepakken. Ved § 3 i lov nr. 431 af 26. juni 1998 ændredes dødsboscattelovens § 29 bl.a. med den virkning, at en fond i fremtiden ikke kan arve med skattemæssig succession, se herom bl.a. *Charlotte A. Rasmussen*: Indskrænkning af muligheden for succession ved død i TfS 1998, nr. 561.

4. 1986-loven

På baggrund af underudvalgets meget grundige arbejde med den kommende beskatning af fonde var der anledning til at forvente, at gaver til fonde *enten* blev afgifts- og skattefrie, *eller* at der kom præcise regler i den første fondsbeskatningslov, nr. 145 af 19. marts 1986.

§ 3, stk. 3 og 4, fik imidlertid følgende ordlyd:

»Stk. 3. Skatteministeren eller den, han bemyndiger dertil, kan fritage fonde som nævnt i § 1, nr. 1, for beskatning af gaver, for så vidt der er tale om:

- 1) gaver, hvorved en fond oprettes,
- 2) gaver, hvorved en fonds grundkapital udvides, eller
- 3) gaver til fonde med udelukkende almenvelgørende eller i øvrigt almennyttige formål, når gaven består af bestemte aktiver eller beløb til erhvervelse eller forbedring af bestemte aktiver, og når aktivet direkte tjener til opfyldelse af fondens formål.

Stk. 4. Skattefritagelsen efter stk. 3, nr. 1 og 2, er betinget af, at der i stedet svares en afgift, der udgør 20 pct. ved stiftelse af fonde og 35 pct. ved udvidelse af grundkapitalen. Skatteministeren eller den, han

bemyndiger dertil, kan i særlige tilfælde helt fritage for afgiften efter denne bestemmelse.«

Det var en overraskelse, både i relation til indholdet og bestemmelsens læsbarhed. *Aage Spang-Hansen*, der havde deltaget i underudvalgets arbejde, bemærkede i Advokaten 1986 s. 340, at

»Imidlertid blev lovens regel - uvist af hvilken politisk grund - den, at alle former for kapitalindskud - også grundkapitalen ved stiftelsen - i princippet indkomstbeskattes i fonden.

Dette står ikke direkte i FBL men fremgår forudsætningsvis af § 3, stk. 3. Der synes her at være tale om et udslag af det sproglige artisteri, som kendetegner vor senere skattelovgivning. Et forbillede findes i Realrenteafgiftsloven, hvor den velvoksne skatteprocent der er tale om (40-60 %) forudsætningsvis finder udtryk i lovens for alle ikke forsikringsteknikere totalt uforståelige definitioner af begrebene afgiftssats og afgiftsgrundlag.

Det kan være, at vi her har en ny formuleringsteknik til gode inden for personbeskatningsområdet.«

Konsekvensen af den anvendte lovgivningsteknik var således, at reglerne kun kunne forstås, hvis man så efter i forarbejderne, der (bl.a. på dette punkt) blev inkorporeret i cirkulære nr. 133 af 28. november 1986 om beskatning af fonde, visse foreninger og institutter m.v., ajourført i 1992. Regelsættet var alligevel så uoverskueligt, at der måtte sættes et særligt skema ind i cirkulæret.

Ser man bort fra de lovtekniske indvendinger var reglernes indhold kort beskrevet, at gaver til fonde skulle beskattes eller afgiftsbelægges efter følgende principper:

(1) Gaver til fonde med almenvelgørende/almennyttige formål var skatte- og afgiftsfrie, medmindre gavgiver havde fradragsret for gaver. *Dette fulgte således de hidtidige regler.*

(2) Gaver til familiefonde var altid skatte- eller afgiftsbelagt. Satserne var forskellige, smh. oversigten i *Lennart Lyngse Andersen og Jørgen Nørgaard: Fonde og Foreninger II* (3. udg. 1993) s. 30. *Ordningen var satsmæssig ny, men den afspejlede - navnlig - politikernes holdning til etablering af familiefonde, smh. ndf.*

(3) Gaver til fonde med andre formål var skatte- og afgiftsfrie, medmindre gavebeløbet i sig selv kunne anvendes til uddeling, eller gavegiver havde fradragsret for gaver. I så fald var gaven indkomstskattepligtig. *Denne regel var ny.*

5. 1995-loven

Kritikken af den lovtekniske udformning blev taget til følge ved lov nr. 180 af 23. marts 1995, hvor man indsatte kriterierne for beskatning/afgiftspålæggelse direkte i § 3, stk. 3. Bestemmelsen blev præciseret ved lov nr. 399 af 22. maj 1996, da der havde vist sig en mindre fortolkningstvivl for familiefondes vedkommende, og ved lov nr. 487 af 12. juni 1996 indsattes § 3 A i loven med det formål at fjerne de skattemæssige incitamenter til at oprette fonde eller lignende institutioner i udlandet.

I § 3, *stk. 3*, hedder det følgende:

»Gaver til fonde omfattet af § 1, nr. 1 og 4, skal kun medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, hvis gaven skal anvendes til uddeling eller det i vedtægten er bestemt, at kapitalen i løbet af et nærmere fastsat tidsrum skal anvendes til uddeling. Gaver til fonde, i hvis vedtægter der tillægges medlemmer af bestemte familier fortrinsret til uddelinger fra fonden eller fortrinsret til at indtage bestemte stillinger m.v., jf. § 7 i lov om fonde og § 8 i lov om erhvervsdrivende fonde, medregnes ved opgørelsen af fondens skattepligtige indkomst, såfremt der er tale om en gave, hvorved en fonds grundkapital udvides. Af gaver, som ydes til stiftelse af fonde som nævnt i 2. pkt., svares en afgift på 20 pct., jf. dog 1. pkt.«

Efter fondsbeskatningslovens § 3A, *stk. 1*, skal personer, selskaber og fonde, der er fuldt skattepligtige i Danmark, betale en afgift på 20 % af de midler, der indskydes i udenlandske fonde eller trusts, såfremt fonden eller trusten beskattes væsentligt lavere end efter de danske regler. Afgiftspligten omfatter dog ikke de første 10.000 kr., og skatteministeren kan efter stk. 2 meddele dispensation, hvis midlerne anvendes i almenvelgørende øjemed til fordel for en større kreds af personer. Efter stk. 4 er der mulighed for at gå 5 år tilbage, hvis en tidligere fuldt skattepligtig atter bliver skattepligtig i Danmark. - Bestemmelserne fulgte reglerne om *international beskatning* fra 1995 til dørs.

Fortolkningen af fondsbeskatningslovens § 3, stk. 3, er blevet lettere, men bestemmelsen er stadig ikke let tilgængelig, idet den på den ene side knytter sig til de materielle fondslove, men på den anden side anlægger nogle sondringer, der er (fonds)skatteretligt funderede. Reglerne kan vist kun forstås, hvis man kender systemet i de materielle fondslove.

Som det ses, fastslår § 3, stk. 3, at gaver til fonde er indkomstskattepligtige i to tilfælde, (1) gaver til fonde med "direkte" udelingspligt eller hvor fondens vedtægt hjemler adgang til at uddele af kapitalaktiverne og (2) gaver til familiefonde hvorved grundkapitalen udvides. Endelig (3) afgiftsbelægges gaver til stiftelse af en familiefond, idet gaver dog er indkomstskattepligtig, hvis der er adgang til at uddele gaven.

Efter lov om fonde og visse foreninger kan almindelige fonde principielt kun uddele årets indkomst (samt event. overførte beløb fra tidligere år), og kapitalforbrug kræver i almindelighed fondsmyndighedens samtykke, jf. fondslovens § 9. Efter denne bestemmelses *stk. 5* kan en stifter dog foreskrive i vedtægterne, at der skal/kan ske kapitalforbrug i løbet af et nærmere fastsat tidsrum. Fondsloven anvender ikke ordet "grundkapital", således som fondsbeskatningsloven gør det, men begrebet må være synonym med *den bundne kapital*, smh. *Lennart Lynge Andersen: Fonde og Foreninger I* (4. udg. 1996) s. 100 f. I erhvervsdrivende fonde skal der være en grundkapital på mindst 300.000 kr., jf. § 9, stk. 1, i lov om erhvervsdrivende fonde. De erhvervsdrivende fonde er således ikke undergivet de samme, stramme kapitalregler.

Det står ikke ganske klart, hvorfor skattefolkene har været så ivrige efter at beskatte gaver, der kan anvendes til direkte uddeling, eftersom loven som nævnt iøvrigt giver kraftige incitamenter til uddeling. Efter bemærkningerne til § 3, stk. 3, synes tanken at have været, at beskatningen kunne afbødes gennem lovens fradragsregler, men det er aldrig lykkedes mig at trænge til bunds i dette spørgsmål. Derimod er "kampen" mod familiefonde af ældre dato. Som nævnt i afsnit 2 ovenfor var Skattelovskommissionen inde på spørgsmålet i den generelle vurdering af beskatning til fonde, og man behandler det yderligere s. 66 («har man foreslået Gaveafgiftspligt, hvor Gaver skænkes til oprettelse af eller henlægges til bestaaende Fideikommiss eller sådanne Familielegater, der i Kraft af legal eller fundatsmæssig Successionsorden overgår til de berettigede, idet det synes lidet rimeligt, at sådanne Institutioner skal kunne oprettes eller forøges ved Livsgaver, uden at der heraf skal betales Skat eller Afgift under nogen Form.» Når man dog ikke fik stukket kniven dybere ind (som der reelt var lagt op til i citaterne) skyldes det, at man i samme åndedrag gav familiefondsstiftere (eller nok mere præcist: deres rådgivere) et "legalt smuthul". Kommissionen foreslog, at

fideikommisbesiddere o.l. (fortsat) skulle være formueskattepligtige og anførte herom s. 111:

»Bestemmelsen er imidlertid udvidet saaledes, at den ogsaa omfatter Indtægtsnydere af Kapitaler, der vel ikke kan siges at være bundet i et egentlig Fideikommis, men som dog har til Formaal at virke til Fordel for en eller flere bestemte Slægter, de saakaldte Familielegater. Grænsen mellem Familiefideikommisser og Familielegater har i Praksis vist sig særdeles vanskelig at drage. Dertil kommer, at den, der nyder Indtægten af et Familielegat, i alle de Tilfælde, hvor han har erhvervet Retten i Henhold til en fundatsmæssig fastsat Successionsorden og nyder Indtægten af hele Legatkapitalen eller af en bestemt Andel i denne, indtager en Stilling, der meget ligner Fideikommisbesidderens. Det særegne for disse Tilfælde ligesom for Fideikommisser er, at en Formuemasse er udskilt og sikret til Fordel for en bestemt Slægts eller flere bestemte Slægters Medlemmer, og tjener disse paa samme Maade som en nedarvet Formue, og man kan ikke se bort fra, at den begrænsede Rækkevidde af de hidtil gældende Beskatningsregler utvivlsomt i mange Tilfælde kan have virket tilskyndende til Oprettelsen af saadanne Familielegater.«

Man kan her se sveden perle frem på panden hos de advokater, der havde specialiseret sig i oprettelse af familiefonde, men de læste selvsagt også fortsættelsen, der lød:

»Saaledes som Bestemmelsen er formuleret, omfatter den ikke Legater, der vel er oprettet til Fordel for en bestemt Slægt, men hvor Indtægten uddeles portionsvis af Legatbestyrelsen efter Ansøgning.«

Kommissionens tankegang var ikke ny, eftersom den også fandtes s. 158 i *Arvelovskommissionens Betænkning af 1941*, og det blev senere gentaget i Rigsdagstidende 1952/53, tillæg B, sp. 371 i forbindelse med gennemførelsen af Grundloven af 1953. *Betænkning nr. 291/1961 om Arvelovgivningen* s. 126 henholder sig hertil og »har herefter anset spørgsmålet om oprettelse af familiefideikommisser for endeligt løst.« I den sammenhæng, jeg skriver, er det centrale imidlertid, at den citerede eftersætning betød, at ønsket om at beskatte familiefondene faldt til jorden, eftersom det selvsagt var en enkel sag at indrette vedtægterne således, at afgørelsen lå hos fondsbestyrelsen. Verden - også min - ville have set anderledes ud, hvis man dengang havde grebet om nalden.

Også i Fondsudvalget var der modstandere af familiefonde, jf. *Bet.* s. 51 ff, men resultatet (fondslovens § 7 og erhvervsfondslovens § 8) blev, at der fortsat kan oprettes familiefonde, dog at kredsen af ufødte generationer, der lovligt kan gøres fortrinsberettigede, blev indskrænket. Medlemmerne var opmærksomme på, at vi formentlig skal langt ind i det næste århundrede, før dette får nogen gennemslagskraft, smh. *Bet.* s. 52.

Der blev først effektivt taget fat ved fondsbeskatningsloven. *Jens Drejer, Peter Loft og Jesper Pålsson*: Skattereformen og fondsbeskatning (1986) udtaler herom s. 57, at » Det var fra politisk side et ønske, at familiefonde, der i henhold til registreringslovene (sic!) kan tillægges flere ufødte generationer privilegier, skal beskattes fuldt ud af gaver til kapitaludvidelse.« Som gennemgangen ovenfor viste, var skridtet større, og også på anden måde fik familiefonde ikke den milde behandling, andre fonde har fået i fondsbeskatningsloven.

6. 1998-lovforslaget

Efter at gaverreglerne blev fikserede i loven i 1995, har der ikke været kritik af reglerne, der i det virkelige liv formentlig kun rammer familiefondene, idet almindelige fonde med § 9, stk. 5, - hjemmel er sjældne. Det var derfor overraskende, at reglerne blev foreslået ændret i sommeren 1998.

Regeringens "Pinsepakke" blev fremsat den 2. juni 1998. I § 1 i lovforslag nr. L 100 om ændring af forskellige skattelove blev det foreslået, at skatteprocenten for aktieselskaber m.v., der i dag er 34, for indkomståret skulle udgøre 30 og for indkomståret 2000 og følgende 26. Samme regel blev fastslået for fondene. Herefter hed det i § 2: " § 3, stk. 3 [i fondsbeskatningsloven] ophæves."

I de almindelige bemærkninger til forslaget hed det:

»Forslaget skal ses i sammenhæng med, at fonde får gavn af nedsættelsen af fondsbeskatningen, men ikke deltager i finansieringen på samme måde som selskaber. Forslaget indebærer samtidig en væsentlig forenkling af fondsbeskatningen, idet alle afgrænsninger mellem forskellige typer fonde og fondsmidler i forbindelse med gaver fjernes. Forslaget ligger i naturlig forlængelse af tankerne bag 1993-skattereformen om neutralitet og baseudvidelse.«

Af lovforslagets skema vedrørende provenuvirkningen af forslagene fremgik, at regeringen påregnede et provenu på 100 mio. kr. per år i anledning af forslaget om at beskatte gaver til fonde.

Motiverne til 1998-lovforslaget er meget summariske, idet de kan kortes ned til følgende: Vi ønsker, at gaver til fonde skal beskattes i fremtiden.

Overordnet kan det konstateres, at lovændringen er imod fondsbeskatningslovens ideologi. Konsekvensen er, at gavegiver eller fonden skal spytte i bøssen og hermed bidrage til samfundskassen. Hermed ændrer man reelt også kapitalkravene i de materielle fondslove. Efter fondslovens § 8 skal en almindelig fond ved stiftelsen have en kapital på mindst 250.000 kr., og efter erhvervsfondsblovens § 9 skal en erhvervsdrivende fond have en grundkapital på mindst 300.000 kr. Der er mulighed for dispensation for de almindelige fondes vedkommende. Disse bestemmelser må fortolkes således, at midlerne skal være til stede i fuldt mål, d.v.s. at der skal tages højde for beskattningen, når der stiftes en ny fond.

Lovforslaget kan hævdes at være en tilnærmelse af reglerne for beskatning af gaver til fonde til reglerne for beskatning af arv, der tilfalder fonde. Efter bobeskatningsloven skal der som hovedregel betales 36,25 % i boafgift, idet fonde med almenvelgørende/almennyttige formål dog har mulighed for afgiftsfritagelse, jf. boafgiftslovens § 3, stk. 2. Der knytter sig nogle uafklarede spørgsmål til denne bestemmelse, smh. *Lennart Lynge Andersen i Julebog 1997* s. 212 f.

Alt i alt kan det selvsagt ikke antages, at incitamentet til at give gaver til fonde bliver øget. Om der er grund til at antage det modsatte, er det for tidligt at udtale sig om. Det kan kun være en fornemmelsessag, men det er min erfaring, at de fleste gavegivere ikke tænker i skattebaner - navnlig når det gælder mindre gaver - men at det gør gavegivers revisor.

Lovforslaget har positive sider. Ændringen forenkler og simplificerer regelsættet, og det forekommer navnlig positivt, at sondringen mellem midler, der kan uddeles straks, og midler, der er bundet, udgår af loven. Sondringen har aldrig været velbegrundet. Samtidig medfører lovændringen, at der bliver fælles regler for familiefonde og andre fonde. De nye regler ville således være lettere at administrere, selv om der synes at være langt op til skønnet på 100 mio. kr. i provenu.

Det står mig ikke klart, hvad der ligger i motivernes ord om »baseudvidelse» - der vel blot er et af de mange politiske slagord à la ”regelstorm”, der forsøder vor tilværelse, medens vi venter på årtusindeskiftet - men forslaget - der vel kan forventes gentaget - rejser spørgsmålet, om der i fremtiden skal spilles i andre tonearter på fondsbeskatningsområdet, således at fondene skal til at betale skat. Med denne nævnte ændring af dødsboskatteloven, der afskaffer succession på et sensitivt område, er der lagt op til, at der ikke bliver tale om en enlig svale.

Vælger man at tænke anderledes i fondsskatteretten - hvad der på nogle punkter kan være behov for - forekommer det mest rimeligt, at dette sker efter et udvalgsarbejde og ikke, som det skete i 1998, puttes ind i "pakke", der indeholdt langt mere vidtgående forslag både for fysiske og juridiske personer.

Transaktionsomkostningsingeniører¹⁾

af
Thomas Riis

Mange jurister er kritiske over for nytten af Law & Economics, men få fraskriver det dog enhver relevans. Det forekommer i øvrigt at være et noget vidtgående og ubegrundet synspunkt at mene at økonomisk teori er fuldstændig uden relevans i en juridisk sammenhæng - i givet fald måtte det indebære enten at den økonomiske videnskab er værdiløs, eller at jura ikke berører økonomiske problemstillinger. Og begge dele må anses for udelukket.

Herefter kan man fokusere på det mere interessante spørgsmål om hvilken indsigt der kan opnås ved hjælp af Law & Economics; og hvorledes økonomisk teori og økonomiske modeller kan bruges i en juridisk sammenhæng. Der findes forskellige mere eller mindre gode svar på disse spørgsmål. Grundlæggende er Law & Economics et redskab der for det første kan give en bedre forståelse af komplekse samfundsmæssige problemer og herigennem belyse generelle sammenhænge i det økonomiske system; og for det andet kan systematisere og raffinere det som jurister kalder for godtkøbsbetragtninger eller billighedsbetragtninger - og på denne måde kan der genereres juridiske argumenter. I juridisk teori og praksis finder man almindeligvis ikke grundige analyser vedrørende godtkøbsbetragtninger. Man møder formuleringer som "af almindelige samfundsmæssige hensyn", "ifølge sagens natur" og "ifølge forholdets natur": Udsagn som alle henviser eller appellerer til "common sense"-betragtninger uden at tage afsæt i en systematisk behandling. Men det er ikke ensbetydende med at sådanne betragtninger ikke kan underlægges en systematisk behandling - og det er her økonomisk teori kan komme ind. Givet at det er i disse to forhold man hovedsageligt skal søge nytten af Law & Economics, så skal man nok ikke forvente revolutioner enden viden som kan løse alle juridiske problemer, men det er et redskab der kan bidrage til større præcision i den juridiske argumentation.

¹⁾ Artiklen bygger på en præsentation ved Nordisk Handelsretslærerkonference, København d. 11.-12. september 1998.

I stedet for at stille spørgsmålet om hvad økonomisk teori kan bruges til i en juridisk kontekst, kan man prøve at vende problemstillingen om og stille spørgsmålet: Hvad kan erhvervsjura bruges til i en økonomisk kontekst? Det der ligger i denne øvelse, er at erhvervsjura herved gives en økonomisk begrundelse. *Ronald Gilson* som er juraprofessor ved Stanford University, gav svaret i en artikel fra 1984.²⁾ Personer som behersker erhvervsjura, kan virke som transaktionsomkostningsingeniører³⁾ ved at strukturere eller designe private transaktioner mest hensigtsmæssigt. *Gilson* ønskede at gøre op med en etableret myte om at juristers opgave blot er at dele eksisterende værdi - det vil sige sikre deres klienter den største del af kagen. Han mente derimod at erhvervsjuristens opgave er at forøge den samlede værdi - altså ikke blot at bestemme størrelsen af kagens enkelte stykker, men at forøge kagens samlede størrelse. I neoklassiske økonomers perfekte verden med blandt andet fuld information og ingen transaktionsomkostninger, er der ikke behov for erhvervsjurister. Markedets imperfektioner skaber imidlertid incitamenter for private entreprenører der kan forbedre markedsmekanismen, og det er i den sammenhæng medarbejdere med kendskab til erhvervsjura gør sig gældende. Erhvervsjurister bidrager således til at gøre markedet mere effektivt. *Gilsons* hypotese er at erhvervsjurister skaber værdi ved at etablere transaktionsstrukturer som reducerer transaktionsomkostninger og dermed muliggør en mere præcis værdiansættelse af de goder som omsættes på markedet.⁴⁾ Dette leder til spørgsmålet: Selvom der er behov for sådanne transaktionsomkostningsingeniører der kan få markedet til at fungere mere effektivt, hvorfor skal denne rolle så varetages af erhvervsjurister? Ifølge *Gilson* skyldes det eksistensen af forskellige former for retlig regulering som påvirker transaktioner ("regulatory influences"). Transaktioner er underlagt retlig regulering af forskellig slags, og erhvervsjuristen er i stand til at forstå denne reguleringspræcise indhold og sikre at transaktionen får det ønskede resultat.⁵⁾ Reduktionen af transaktionsomkostninger kan tage forskellige former, men én måde hvorpå det sker, er ved at reducere den retlige usikkerhed der er knyttet

²⁾ *Ronald J. Gilson*: "Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing", 94 *Yale Law Journal* 239-313 (1984). Se også *Gilsons* og *Mnookins* evaluering 10 år senere, *Ronald J. Gilson & Robert H. Mnookin*: "Symposium on Business Lawyering and Value Creation for Clients", 74 *Oregon Law Review* 1-14 (1995).

³⁾ Se også *Nicolai J. Foss*: "Økonomisk teori og det erhvervsjuridiske studie" i *Lennart Lyngé Andersen m.fl.* (red.): "Hvad kan en erhvervsjurist?", Juridisk Institut, Handelshøjskolen i København, 1994, s. 90 ff.

⁴⁾ *Ronald J. Gilson*, *ibid.*, s. 255.

⁵⁾ *Ibid.*, s. 296 ff.

til transaktioner. Ved at reducere den retlige usikkerhed sikrer juristen at retsordenen rent faktisk vil håndhæve det som bliver aftalt.

Gilsons mission var imidlertid ikke at begrunde at økonomistuderende skulle lære erhvervsjura, men at jurastuderende skulle have kendskab til økonomisk teori for at blive bedre transaktionsomkostningsingeniører. Ved at anse erhvervsjuristen som transaktionsomkostningsingeniører det nødvendigt at have kendskab til det underliggende teorigrundlag som er økonomisk teori. Han kritiserede eksisterende undervisning ved de juridiske uddannelsesinstitutioner for ikke at tage i betragtning at juristen varetager denne funktion som transaktionsomkostningsingeniør,⁶⁾ men alene at fokusere på dogmatisk analyse. Han efterlyste en åbenhed i den dogmatiske analyse. Det er angiveligt et meget væsentligt forhold hvis man skal nyttiggøre Law & Economics, at man i den juridiske undervisning en gang imellem vender blikket fra retsreglernes indre logik og interesserer sig mere for samfundsvidenskabelige hjælpediscipliner.

Et forhold som *Gilson* ikke beskæftigede sig med, er at viden om og forståelse af retlig regulering er et resultat af juristens traditionelle opgave - nemlig den retsdogmatiske analyse. Så i den noble bestræbelse på at åbne retsvidenskaben for samfundsvidenskabelige hjælpediscipliner, må det ikke overses at den retsdogmatiske analyse stadig er en af erhvervsjuristens vigtige arbejdsopgaver.⁷⁾

Såfremt en af erhvervsjuristens primære opgaver er under hensyn til den eksisterende retlige regulering af transaktioner at afgøre hvorledes en konkret transaktion skal struktureres så den får det mest hensigtsmæssige indhold, så vil det være formålstjenligt at klargøre hvilken passende kombination af juridisk og økonomisk viden som bedst understøtter denne opgave. I et forsøg på at vurdere dette må man prøve at identificere og håndtere de barrierer der forhindrer et frugtbart samspil mellem økonomi og jura.

1. Faglige barrierer mellem økonomi og jura

Det er et problematiske ægteskab der er indgået mellem Law og Economics. I hvert fald hvis man vurderer det på grundlag af den foreliggende litteratur. Mange jurister er kritisk indstillet overfor dette område i juraens grænseland.

⁶⁾ Denne opfattelse står i modsætning til f.eks. *Anthony Kronman*: "The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession", Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1993.

⁷⁾ Se også *Børge Dahl*: "Erhvervsjura som ledelsesredskab", FSRs Årsskrift 1990, s. 97-114.

Det er meget tydeligt i Skandinavien, men gør sig også gældende i retsøkonomiens hjemland USA hvor der findes en lang række artikler der prøver at besvare spørgsmålet om hvorfor Law & Economics ikke er mere populært blandt jurister. De mulige forklaringer er mange. Man kan prøve at inddele dem i nogle kategorier der dog uundgåeligt vil udgøre et ufuldstændigt og ikke særlig præcist system. Men det kan bidrage til et overblik over påstande om hvad der forhindrer et frugtbart samspil mellem økonomi og jura.

Et antal af disse påstande kan samles under betegnelsen *lægmandsforklaringer*. Det bruges her som udtryk for den mere generelle kritik hvor det er svært at reducere kritikken til nogle specifikke punkter. Mange jurister mener simpelthen ikke at Law & Economics er nyttig i løsningen af juridiske problemer. En almindelige reaktion er: "De resultater som teorien udsiger, kendte vi i forvejen uden at have studeret økonomi". Eller også hævdes det ganske simpelt at den økonomiske analyse er irrelevant i en juridisk sammenhæng. Dette kritikpunkt dækker over den sandhed at der er nogle begrænsninger på anvendeligheden af økonomisk analyse i en juridisk sammenhæng. Men samtidig kan det også være et udtryk for at kritikeren ikke har tilstrækkelig viden om den økonomiske metode m.v.⁸⁾ En mere avanceret kritik af denne type siger at retsøkonomisk analyse er flertydig og kan begrunde en hvilken som helst retlig regel.⁹⁾ Denne kritik er næppe fuldstændig forfæjlet, men den er unuanceret og giver et misvisende billede. Det er åbenbart at man kan opstille økonomiske modeller som hver for sig understøtter forskellige ikke-forenelige løsninger på et bestemt juridisk problem. Det hænger basalt set sammen med at økonomiske modeller er baseret på et sæt forudsætninger der kan være i mere eller mindre god overensstemmelse med virkeligheden. Og med et sæt forudsætninger kan man komme frem til en løsning, og med et andet sæt forudsætninger kan man komme frem til den modsatte løsning. Således kan man opstille forskellige scenarier og herefter vurdere hvilket scenario der stemmer bedst overens med den konkrete situation.

En anden kategori af påstande hævder at henholdsvis Law & Economics og jura dækker *forskellige interesseområder*, således at personer der arbejder med Law & Economics primært beskæftiger sig med hvorledes forskellige retlige regler kan maksimere samfundsmæssig velfærd, mens juristen almindeligvis

⁸⁾ Synspunktet kan være mere eller mindre rendyrket: I en blød form kan det indebære en indrømmelse af at Law & Economics giver en vis omend begrænset indsigt der er nyttig i løsningen af juridiske problemer; men det er for besværligt og tidskrævende at lære sig denne anderledes metode - det kan simpelthen ikke betale sig.

⁹⁾ *Duncan Kennedy*: "Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique", 33 *Stanford Law Review* 387-445 (1981).

er mere interesseret i hvordan han eller hun kan tilgodese sine klienters interesser.¹⁰⁾ Juristen ses på denne måde i den traditionelle advokatrolle. Dertil er der vel blot at sige at Law & Economics trods alt vedrører andet end blot analyse af regler med henblik på at maksimere samfundsmæssig velfærd. Det følger allerede af betegnelsen "transaktionsomkostningsingeniør" som netop tager sigte på at nyttiggøre Law & Economics med det eksplicitte formål at varetage klientens interesser - og herved betones altså rådgiverrollen. Hvis man opfatter erhvervsjuristen med kendskab til Law & Economics som transaktionsomkostningsingeniør, er formålet at strukturere private transaktioner med henblik på at tilgodese private økonomiske interesser, og de vil ikke nødvendigvis være sammenfaldende med samfundsmæssige interesser. Noget tilsvarende er det alt for firkantet og unuanceret at anse det for juristens formål alene at tilgodese sine klienters interesser. Jurister har også det formål mere neutralt at afklare forskellige retlige forhold, f.eks. ved udarbejdelse af responsa.

Ifølge en tredje kategori af påstande eksisterer der en *særegen fagkultur* for såvel økonomi som jura. Det indebærer blandt andet forskellig retorik, forskelligt sprog og andre forskellige formidlingsformer samt historisk betingede metodeelementer.¹¹⁾ Hvis det er korrekt - og det kan vel med rimelighed siges at økonomer og jurister betjener sig af forskellig terminologi - så er der trods alt tale om en menneskeskabt uforenelighed som vil kunne udlignes hvis udøverne af de to fagområder har et tilstrækkeligt åbent sind.

Denne løsning rækker dog næppe til at udligne *videnskabsteoretiske forskelle* mellem økonomi og jura som er den sidste kategori af påstande som skal nævnes. Der er her tale om en uforenelighed der er fagområderne iboende. For at disse forskelle kan fjernes, må der enten kræves forskellige tillempninger i teorigrundlaget eller en eksplicitering af forskellene så der kan tages højde herfor i teorianvendelsen. Problemerne udmøntes blandt andet i forskellige rationaler, forskelligt analyseniveau og forskellige forudsætninger. For så vidt angår rationale kan der peges på at jura vedrører "retfærdighed" og økonomi vedrører effektivitet eller efficiens. Analysen i økonomisk teori foregår almindeligvis på et generelt niveau og betjener sig af abstraktioner,

¹⁰⁾ Edward A. Bernstein: "Law & Economics and the Structure of Value Adding Contracts: A Contract Lawyer's View of the Law & Economics Literature", 74 Oregon Law Review 189-237 (1995).

¹¹⁾ James Boyd White: "Economics and Law: Two Cultures in Tension", 54 Tennessee Law Review 161-202 (1987), s. 198 ff. "The difference between law and economics is perhaps most sharp on ... the attitude towards one's own language and the world", s. 201. Se også Bruce A. Ackerman: "Law, Economics, and the Problem of Legal Culture", 1986 Duke Law Journal 929-947, s. 930 ff.

mens jura er konkret.¹²⁾ Denne forskel kommer til udtryk i en kritik af økonomisk teori der hævder at økonomisk teori indebærer en grov forenkling af virkeligheden som ikke tager højder for samfundets og menneskenaturens kompleksitet - og derfor er et dårligt egnet redskab til løsning af juridiske problemer.¹³⁾ Virkeligheden er kompleks - og det er økonomisk teori ikke - i hvert fald ikke i samme omfang. Det anføres sædvanligvis som en kritik, men er måske snarere en styrke ved Law & Economics. Det er et fagområde der er baseret på abstraktioner, og som herigennem belyser de generelle sammenhænge.

Antagelser om f.eks. menneskelig adfærd og markedets form spiller en afgørende rolle i økonomisk teori. Således opererer økonomisk teori med mennesketypen "homo economicus" som forudsættes at være rationel hvilket blandt andet indebærer at han har stabile og givne præferencer, og at han maksimerer. Homo economicus foretrækker meget frem for lidt hvis han skal betale det samme for det, og hans præferencer ændres ikke fra den ene dag til den anden. Der er ingen central mennesketype der ligger til grund for juridisk teori. Juraen betjener sig dog af mennesketypen "bonus pater familias" som ikke behøver at være rationel, og som sagtens kan ændre sine præferencer fra dag til dag. Det eneste krav der stilles til bonus pater familias, er at han er nogenlunde fornuftig bedømt på grundlag af en eller anden normalitetsstandard.

En særlig påstand som er knyttet til forskelle i det videnskabsteoretiske grundlag, er blevet præsenteret af den amerikanske juraprofessor *Avery Wiener Katz*. Han fremfører den tese at den væsentligste barriere for et frugtbart samspil mellem økonomi og jura er at økonomer stiller et metodologiske krav om positivisme. Og i den sammenhæng definerer han positivisme som et videnskabssyn der indeholder en klar sondring mellem normative og deskriptive udsagn - det vil sige en klar sondring mellem hvad der er, og hvad

¹²⁾ *Thomas Ulen* præsenterer en variation af dette synspunkt idet han beskriver økonomisk metode som en deduktiv metode der primært tager sigte på at få et korrekt billede af de overordnede sammenhænge, mens et korrekt billede af enkelthederne ikke tillægges samme betydning. Det forholder sig ifølge *Ulen* anderledes med juridisk metode som er induktiv og orienteret mod en præcis og nøjagtig beskrivelse af enkelthederne på bekostning af helheden, jf. *Thomas S. Ulen*: "Firmly Grounded: Economics in the Future of Law", 1997 Wisconsin Law Review 433-463, 446. *Ulen* mener imidlertid at denne metodeforskel kan vendes til en styrke: "... I believe that the use of economics to study legal rules, processes, and institutions has given rise to a new set of analytical skills that does not seem to me to exist anywhere else in the social sciences - the ability to combine theoretical insights with close attention to practical details".

¹³⁾ Se f.eks. *Arthur Allan Leff*: "Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism", 60 Virginia Law Review 451-482 (1974).

der bør være, en klar sondring mellem kendsgerninger og værdier. Som en konsekvens heraf mener han ikke at jurister stiller samme strenge krav til en klar sondring mellem positive og normative udsagn. Om det er korrekt, er vel svært at afgøre, men det er bemærkelsesværdigt at *Alf Ross* i "Ret og retfærdighed"¹⁴⁾ i stærke vendinger kritiserede økonomer for ikke at sondre mellem normative og deskriptive udsagn.¹⁵⁾ *Ross* mente at velfærdsøkonomer gjorde krav på en rolle som moralsk overhøjhed der angiver den rigtige økonomiske politik.¹⁶⁾

En anden amerikansk juraprofessor *Herbert Hovenkamp* mener ligesom *Avery Wiener Katz* at der er én opfattelse af positivisme inden for det juridiske fagområde og en anden opfattelse inden for det økonomiske fagområde. Ifølge *Hovenkamp* er økonomisk positivisme hovedsageligt forbundet med forudsigelser, mens juridisk positivisme primært er knyttet til forklaringer.¹⁷⁾ Denne opfattelse er også baseret på visse iboende uoverensstemmelser mellem jura og økonomi, men forekommer samtidig unødvendigt firkantet. Det kan således næppe anses for kontroversielt at mene at jura går ud på at fremkomme med forudsigelser om hvorledes domstolene vil afgøre fremtidige retlige konflikter, og at økonomi tillige søger at give forklaringer på effekter af økonomisk relevans.

¹⁴⁾ *Alf Ross*: "Om ret og retfærdighed", København 1953, s. 383.

¹⁵⁾ For en lignende, men mere detaljeret kritik af økonomisk teori se bl.a. *Duncan Kennedy*: "Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problem: A Critique", 33 *Stanford Law Review*, 387-445 (1981): "If we wish to use economic analysis to generate a determinate ideal private law regime, we have to make a series of value judgements that are more controversial, because more overtly political, than that involved in saying that we should make changes whose benefits to the gainers exceed the costs to the losers. Inasmuch as liberal scholars think their policy recommendations are based only on efficiency, they are mistaken", s. 388 f.

¹⁶⁾ Retfærdigvis skal det siges at *Ross* mente at mange juridiske forfattere begår samme synd, jf. *Alf Ross*: "Videnskab og politik i den juridiske doktrin", 65 *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 252-257 (1952).

¹⁷⁾ *Herbert Hovenkamp*: "Positivism in Law & Economics", 78 *California Law Review* 815-852 (1990). *Hovenkamp* beskriver juridisk positivisme som en metode til at foretage juridiske studier som er videnskabelige i en eller anden forstand; og ifølge *Hovenkamp* har juridiske positiver det til fælles at de opretholder en skarp sondring mellem udsagn om "law" (gældende ret) og moralske udsagn (s. 818). Denne sondring er tillige meget væsentlig for *Ross*, men *Ross* ville utvivlsomt tage afstand fra at juridisk positivisme i den *Hovenkampske* betydning snarere er knyttet til forklaring end til forudsigelse.

2. Law & Economics' mange ansigter

En del af kritikken af Law & Economics skyldes måske en entydig opfattelse af Law & Economics. Hvis det er korrekt, vil en større indsigt i fagområdet kunne fjerne noget af kritikken. Der er en lang række skoler og særdiscipliner inden for Law & Economics - i princippet lige så mange som der er inden for økonomisk teori da Law & Economics er anvendelsen af økonomisk teori på retlige forhold.

Den entydige opfattelse af Law & Economics er typisk identisk med den mest yderligtgående fløj fra Chicago-skolen eksemplificeret med den tidlige *Richard Posner*.¹⁸⁾ Denne skole er karakteriseret ved at det normative princip om økonomisk efficiens¹⁹⁾ - det vil sige påstanden om at retlig regulering bør formes på en sådan måde at den maksimerer økonomisk efficiens - fremhæves som et altoverskyggende og dominerende princip. Dette princip kombineres med et positivt udsagn om at "common law" er efficient. Omfortolket til skandinaviske forhold vil det være ensbetydende med en påstand om at domstolsafgørelser er efficiente - det vil grundlæggende sige at der eksisterer nogle mekanismer som bevirker at domstolsafgørelser maksimerer økonomisk efficiens.

2.1. Chicago Law & Economics

Chicago Law & Economics anvendes ofte som betegnelse for alt mainstream Law & Economics,²⁰⁾ og med den indfaldsvinkler det naturligvis nærliggende at sætte lighedstegn mellem Chicago Law & Economics og Law & Economics i almindelighed. Men man må samtidig gøre sig klart at med denne forholdsvis brede definition kommer Chicago Law & Economics til at omfatte et stort antal teoretikere der ikke udgør en homogen gruppe. Og mange af dem ser *ikke* økonomisk efficiens som et ophøjet normativt princip, eller hævder at common law er efficient.

Blandt andre forhold kan nævnes enkelte væsentlige fællestræk ved Chicago Law & Economics. Økonomiske agenter (forbrugere og virksomheder) antages at være rationelle og maksimere under hensyn til deres konsistente og stabile målsætninger (præferencer). Det fører til at økonomiske agenter foretager

¹⁸⁾ *Richard Posners* seneste værker forekommer mere pragmatiske.

¹⁹⁾ Som udtryk for økonomisk velfærd anvendes Kaldor-Hicks-efficiens og ikke det mindre kontroversielle Pareto-efficiens.

²⁰⁾ *Nicholas Mercuro & Steven G. Medema*: "Economics and the Law - From Posner to Post-Modernism", Princeton University Press, Princeton New Jersey, 1997, s. 51.

handlinger vedrørende forbrug og produktion hvis de marginale fordele herved er større end de marginale omkostninger. Det tages således ikke i betragtning at andre normer - sociale normer der er kulturelt eller historisk bestemt - kan påvirke økonomiske agents handlinger. Normer anerkendes altså kun hvis der er økonomiske incitamenter knyttet til dem. I en snæver juridisk sammenhæng har det ført til problematikken som man kan kalde "efficient retsstridig adfærd". Det vil sige at økonomiske agenter må forventes at handle retsstridigt hvis det kan betale sig. Mest karakteristisk er dette synspunkt blevet udviklet inden for kontraktsretten med problemkredsen "Efficient breach of contract" som på økonomisk grundlag identificerer nogle situationer hvor det økonomisk set mest hensigtsmæssige resultat opnås ved at en part tillades at bryde en aftale.

Sammenhængen mellem retlige regler og økonomiske agents adfærd kan alternativt beskrives ved at sige at retlige regler fungerer som priser.²¹⁾ Hvis en stor del af befolkningen ikke overholder en bestemt regel, er det fordi prisen for ikke-overholdelse er for lav. Set fra lovgivers side kan problemer vedrørende ikke-overholdelse af retlige regler således reduceres til et spørgsmål om sanktioner. Den tekniske forklaring i Law & Economics er at retlige regler skaber økonomiske incitamenter som så igen påvirker de økonomiske agents adfærd.

Disse forhold følger af den umiddelbare anvendelse af neoklassisk mikroøkonomi.²²⁾ Det forholder sig anderledes med det sidste fællestræk ved Chicago Law & Economics som skal nævnes her: Økonomisk efficiens som normativt princip. Dette punkt som er hentet fra økonomisk velfærdsteori, er mere kontroversielt - og er ikke i samme omfang en etableret sandhed i økonomisk teori. Økonomisk efficiens som normativt princip har fået en egenartet og langt mere central rolle i Law & Economics-traditionen - sammenlignet med princippet som noget perifer rolle i almindelig mikroøkonomi. Fælles for Chicago-skolen er at økonomisk efficiens er noget godt som retsordenen bør understøtte. Mere moderate tilhængere af Chicago-skolen ser imidlertid ikke økonomisk efficiens som det eneste normative princip for retlig regulering, men anerkender andre politiske mål.

Resultatet af dette teoretiske grundlag er at Chicago Law & Economics er blevet integreret i en udtalt konservativ laissez faire-ideologi: Det bedste lovgiver og domstolene kan gøre er sædvanligvis at blande sig så lidt som

²¹⁾ Jf. Robert Cooter & Thomas Ulen: "Law and Economics", Second Edition, Addison-Wesley, Reading Massachusetts, 1997, s. 3 og 7.

²²⁾ Se også Lewis A. Kornhauser: "The Great Image of Authority", 36 Stanford Law Review 349-389 (1984), 353 ff.

muligt i private arrangementer.²³⁾ Man kan let få den opfattelse at minimal statsindblanding er en trosætning for de mest yderligtgående udøvere af Chicago Law & Economics. Et stykke ad vejen er det overbevisende at markedet sørger for at løse problemer - også af juridisk karakter - men man savner en kvalificering af hvornår markedet er utilstrækkeligt. Det er helt åbenbart uacceptabelt at indrette hele samfundet efter et markedsprincip. Det ville blandt andet betyde at offentlige embeder skulle kunne købes. Den ledige plads som højesteretsdommer går til den højestbydende eller mere præcist den med den største betalingsvillighed.²⁴⁾ Den ideologiske dagsorden for Chicago Law & Economics har primært været at legitimere markedsarrangementet ved at belyse fordele ved markedet sammenlignet med alternative reguleringsformer.

2.2. New Haven School of Law & Economics

Tilgangen er ganske anderledes inden for New Haven School of Law & Economics. Udgangspunkt er her den moderne avancerede velfærdsstat. Den ideologiske opgave udøverne af New Haven School of Law & Economics har stillet sig selv, går i videre udstrækning på hvorledes man kan begrunde yderligere former for retlig regulering. Når dette nævnes er det primært for at påpege at den ideologiske slagside mod det meget liberalistiske ikke er fagområdet, Law & Economics, iboende. Ideologiske set kan der altså være langt større sympati for statsindgreb blandt udøvere af Law & Economics end Chicago-folkene giver udtryk for.

Ifølge New Haven-skolen er formålet med Law and Economics at:

- 1) definere de økonomiske begrundelser for statsindgreb (public action)
- 2) analysere politiske og bureaukratiske institutioner med henblik på at få et realistisk billede af disse institutioners funktion
- 3) definere domstolenes rolle i dette moderne regelskabende system²⁵⁾

²³⁾ *Mark Kelman*: "A Guide to Critical Legal Studies", Harvard University Press 1987, s. 126, 151, 167.

²⁴⁾ *Kenneth Arrow*: "Gifts and Exchanges", i *Philosophy and Public Affairs* 342 (1972).

²⁵⁾ Jf. *Nicholas Mercuro & Steven G. Medema*, *ibid.*, s. 79, som citerer *Susan Rose-Ackerman*: "Rethinking the Progressive Agenda: The Reform of the American Regulatory State", Free Press, New York 1992.

New Haven-skolen lægger stor vægt på en realistisk beskrivelse af den retlige regulering, og da administrative processer og administrative beslutninger spiller en stadig større rolle i den moderne velfærdsstat, bliver disse forhold centrale i analysen.

Det økonomisk teorigrundlag er i mindre omfang neoklassisk teori, men snarere Public Choice-teori (teori vedrørende ikke-markedsmæssige beslutninger) og politologi. De fastholder dog ligesom Chicago-folkene en økonomisk begrundelse for statsindgreb - nemlig eksistensen af markedssvigt - det vil sige en efficiensbegrundelse. Skønt de grundlæggende mener at statsindgreb bør begrænses til at justere markedssvigt, siger de i samme åndedrag at statsindgreb skal foretages under hensyn til andre politiske målsætninger - først og fremmest fordelingsmæssige målsætninger, men tillige selvstændige målsætninger om *retfærdighed* og *rimelighed*.

Opmærksomheden er rettet mod Public Policy-valg, og den type spørgsmål der arbejdes med, kan f.eks. have formen om offentligretlig regulering er mere hensigtsmæssig på et område end privatretlig regulering. Hvis en barrierer for at kunne nyttiggøre Law & Economics er at praktiserende jurister har svært ved at se hvorledes de kan bruge denne viden til glæde for deres klienter, må det indrømmes at New Haven-skolen ikke hjælper meget her på idet fokus hovedsageligt er på samfundsmæssige mål og interesser.

Der findes et antal andre specialiseringer inden for Law & Economics-traditionen. New Haven-skolen er blot nævnt her som et alternativ til Chicago Law & Economics og som et eksempel på at det ideologiske grundlag ikke nødvendigvis er konservativt i ordets oprindelige betydning.

3. Forsøg på en præcisering

Det blev indledningsvis nævnt at Law & Economics i en juridisk kontekst kan give en bedre forståelse for komplekse samfundsmæssige problemstillinger og kan generere argumenter for en bestemt løsning på et juridisk problem under hensyn til de faktiske omstændigheder.

Kontraktsretten indeholder et veletableret princip om aftalefrihed. Det er i god overensstemmelse med økonomisk teori og kan udledes af Coase-teoremet som siger at i en verden hvor ejendomsrettigheder er fuldstændige og præcist defineret, og hvor der ikke er omkostninger forbundet med at indgå og håndhæve aftaler, vil markedsmekanismen (det vil sige den frie og ubegrænsede ret til at indgå aftaler) medføre at ressourcerne allokeres derhen hvor de tillægges størst værdi. I denne verden har kontraktsretten og retssystemet som sådan alene den funktion at håndhæve aftaler efter deres indhold - uanset hvad dette indhold så end måtte være. Inden for aftaleretten findes imidlertid ugyldighedsgrunde og habilitetsregler som bevirker at

domstolene ikke vil håndhæve enhver aftale uanset dens indhold, og disse regler udgør en begrænsning på aftalefriheden. Det kan der være meget udmærkede grunde til - herunder økonomiske grunde.

I Law & Economics-litteraturener udviklet problemstillingen som er blevet kaldt "efficient breach of contract" som kan oversættes til "efficient misligholdelse". Umiddelbart kan det måske nok virke stødende at udvikle en model som tilskynder til misligholdelse af kontraktforpligtelser under visse nærmere omstændigheder. Især hvis man anser et løfte for moralsk bindende.²⁶⁾ Det har angiveligt været den herskende opfattelse i tidligere juridisk teori: Det er uhæderligt at løbe fra sit løfte, og retsordenen bør understøtte hæderlig. Moderne *juridisk* kontraktsteori hælder dog til den opfattelse at et løfte er bindende af hensyn til omsætningen, og herved tænkes på at bindende løfter reducerer usikkerheden ved transaktioner og skaber sikkerhed i omsætningen. Det er i realiteten en økonomisk begrundelse for at løfter bør være bindende.

Udgangspunktet inden for juraen er ganske klart - et løfte er bindende for afgiveren, og det bliver håndhævet af domstolene. Law & Economics-synsvinklen indebærer en mere generel vurdering af aftalesituationen. Hvorvidt et løfte skal være bindende, og hvorledes misligholdelse skal sanktioneres, afhænger af i hvilket omfang løsningen bidrager til økonomisk efficiens. Ved hjælp af økonomisk teori kan man identificere nogle aftalesituationer hvor misligholdelse potentielt er mere efficient end at opfylde en aftale efter dens indhold.

Det centrale ræsonnement i teoridannelsen vedrørende "efficient breach of contract" er at såfremt løftegiveren vinder mere ved at bryde sit løfte end den anden part mister herved, og den anden part fuldt ud kompenseres for at løftet ikke opfyldes, så bør løftegivere have mulighed for at løbe fra sit løfte - det vil sige den anden part bør ikke kunne kræve naturalopfyldelse, men derimod erstatning. I en juridisk sammenhæng er vi her inde i samspillet mellem kontraktsretten og erstatningsretten. Denne beskrivelse af "efficient breach of contract" er knyttet til det økonomiske velfærds-kriterium "Pareto-kriteriet" som er et ganske stærkt kriterium: Hvis man kan foretage en omfordeling af ressourcer som stiller en bedre uden at andre derved stilles dårligere, er der tale

²⁶⁾ Se således *Charles Fried*: "Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation", Harvard University press, Cambridge, Massachusetts (1981), *Robert L. Birmingham*: "Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency", 24 Rutgers law Review 273-292 (1970), s. 281, og endvidere *Henry Ussing*: "Aftaler på formuerettens område", 3. udgave, G.E.C. Gads Forlag (1950), s. 22 og 24 f. *Ussing* finder imidlertid at begrundelsen for løfters bindende kraft skal søges i omsætningshensyn og er således helt på linie med den økonomiske begrundelse.

om en Pareto-forbedring som er ensbetydende med en økonomisk velfærdsforøgelse.

Man kan forestille sig en hushandel hvor Andersen aftaler at sælge sit hus til Børgesen for 1 mio. kr. Andersen tillægger huset en værdi på 900.000 kr., og Børgesen tillægger huset en værdi på 1,1 mio. kr. Ifølge den økonomiske model skal huset tilfalde den som tillægger det størst værdi, det vil sige Børgesen. Begge parter er glade fordi ved salgets gennemførelse opnår Andersen en gevinst på 100.000 kr., og Børgesen opnår en gevinst af samme størrelse.

Så den samlede gevinst ved hussalgets gennemførelse er 200.000 kr. Efter aftalens indgåelse, men inden handlen er gennemført, får Andersen en henvendelse fra Christensen som tillægger huset en værdi på 1,2 mio. kr., og han tilbyder at købe huset for 1,2 mio. kr. Ifølge den økonomiske model bør Christensen kunne købe huset da han tillægger det størst værdi. Problemet er blot at Andersen allerede har aftalt med Børgesen, at han kan købe huset for 1 mio. kr. Spørgsmålet er om Andersen skal have lov til at bryde aftalen med Børgesen mod at betale erstatning for Børgesens tab på 100.000 kr. Hvis der er en økonomisk begrundelse for dette, kunne man argumentere for at retssystemet skulle understøtte sådanne aftalebrud mod kompensation.

Ved første øjekast kunne man ud fra en økonomisk betragtning fristes til at sige ja. Andersen sælger huset til den højstbydende - det er tydeligvis i hans interesse. Børgesen som troede han havde købt et hus, får i stedet fuld kompensation for det tab han har lidt - han får 100.000 kr. udbetalt.²⁷⁾ Børgesen er stadig glad for ordningen fordi han er lige så godt stillet som hvis han havde fået huset. Handlen giver Børgesen den samme gevinst nemlig 100.000 kr. Andersen er endnu gladere end i den første situation fordi nu får han en gevinst på 200.000 kr. i stedet for blot 100.000 kr.

Men modargumentet ligger lige for. Andersen bør bindes af sit oprindelige løfte til Børgesen om at sælge huset til 1 mio. kr., og Børgesen kan så videresælge huset til Christensen. Dette vil også føre til det økonomisk mest hensigtsmæssige resultat. Gevinsten deles imidlertid ikke i samme forhold ved de to mulige løsninger. I det første tilfælde vinder Andersen 200.000 kr. (1,2 mio. - 900.000 - 100.000), og Børgesen vinder 100.000 kr. Hvis Andersen er *bundet af sit løfte* til Børgesen, vinder Andersen derimod kun 100.000 kr. (1 mio. - 900.000), mens Børgesen vinder 200.000 kr. (1,2 mio. - 1 mio.) Så mens den økonomisk synsvinkel ved første øjekast alene kan sige noget om hvem der bør få huset i sidste ende (Christensen), så er måden hvorpå han får det, af

²⁷⁾ Eksemplet er hentet fra *Thomas Ulen*: "The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies", 83 *Michigan Law Review* 341-403 (1984), og er endvidere anvendt i *Robert Cooter & Thomas Ulen*, *ibid.*, s. 218 ff.

afgørende betydning for fordelingen af gevinsten ved handlen. Og fordeling af gevinst har økonomisk teori ikke så forfærdelig meget fornuftigt at sige om. Den samfundsmæssige interesse går således alene på at Christensen skal have huset. Men det er af stor økonomisk betydning for henholdsvis Andersen og Børgesen hvorledes det sker: Hvem skal have den yderligere gevinst på 100.000 som kan realiseres ved et salg til Christensen?

Den økonomiske analyse kan dog strækkes noget videre. Fra en økonomisk synsvinkel beror den mest hensigtsmæssige løsning på hvilke transaktioner der er knyttet flest omkostninger til. Umiddelbart kunne man mene at der er flere omkostninger knyttet til at handle huset to gange frem for en gang hvilket taler for at Andersen skal kunne løbe fra sit løfte og sælge til Christensen mod at betale 100.000 kr. til Børgesen. Det forudsætter imidlertid for det første at der er retlig sikkerhed for at Børgesen får sin kompensation, og for det andet at denne kompensation er korrekt udmålt. Retlig sikkerhed for at Børgesen får sin kompensation, vil sige at han er sikker på at kunne anlægge en sag i anledning af aftalebrud, og endvidere at han er sikker på at blive tilkendt erstatning i den anledning. Hvis dette står lysende klart for de involverede parter, vil der ikke være behov for at anlægge sag med påstand om erstatning. Korrekt udmåling af erstatning vil sige at Børgesen får den præcise difference mellem den værdi han tillægger huset, og den først aftalte salgsspris. Og her ligger nogle betydelige informationsproblemer: Hvordan skal man finde ud af hvilken værdi Børgesen rent faktisk tillægger huset?

Man kan prøve at skitsere en situation hvor det ville være mere nærliggende at acceptere at Andersen skulle have lov til at løbe fra sit løfte - mod at betale erstatning til Børgesen. Børgesen kan være afskåret fra at videresælge til Christensen. Det kunne f.eks. være tilfældet hvis Christensen havde nogle tidsmæssige begrænsninger på sit tilbud. Hvis han ikke kunne købe huset øjeblikkeligt, ville han købe en anden bolig og derfor ikke længere være interesseret i huset. I et sådant tilfælde ville der være tungere vejende argumenter for at tillade Andersen at sælge direkte til Christensen. Desværre kan det ikke entydigt konkluderes at det ville være den efficiente løsning idet der stadig vil være retlig usikkerhed med hensyn til om Børgesen får sin kompensation; og retlig usikkerhed skaber risiko for omkostningsfulde retssager. Og der vil også stadig være informationsproblemer vedrørende den korrekte udmåling af erstatning fordi i udgangspunktet vil der ikke være andre end Børgesen der ved hvilken værdi han tillægger huset.

Det her skitserede eksempel er meget simpelt og kan raffineres i en række forskellige henseender. Andersen og Børgesen kan f.eks. aftale bod såfremt Andersen efter aftalens indgåelse, men inden handlens gennemførelse ønsker at sælge til anden side. Herved kan Børgesen signalere hvilken værdi han tillægger huset. Endvidere vil en faktisk hushandel være mere kompleks end

den her nævnte. Der kan således være behov for at aftale risikofordeling i tilfælde af udefra kommende begivenheder der forringer salgsgenstandens værdi inden aftalens gennemførelse. Disse spørgsmål skal dog ikke forfølges nærmere her.

Uanset de usikkerhedsmomenter der er, selv i et meget simpelt eksempel, og uanset hvilken værdi man i øvrigt vil tillægge denne model vedrørende "efficient breach of contract", så er den i hvert fald nyttig i en henseende idet den bryder med juridisk vanetænkning om at et løfte er bindende for afgiveren uanset omstændighederne, og den danner basis for et noget mere nuanceret syn. Helt basalt påpeger "efficient breach of contract"-modellen at der er to årsager til at anse et løfte for bindende. Dels kan der være en moralsk årsag: Løfter er bindende fordi retssystemet bør understøtte hæderlighed, og som en konsekvens heraf bør løfter være bindende i alle tilfælde. Og dels en økonomisk årsag: Løfter er bindende fordi det i de fleste tilfælde skaber økonomisk efficiens; men der kan være tilfælde hvor forholdene ændrer sig efter at løftet er afgivet, og disse ændringer bevirker at hensynet til økonomisk efficiens tilgodeses ved at løftegiveren ikke er bundet.

Demæst kan man udskille den økonomiske begrundelse og behandle den mere systematisk - uden af den grund at afvise den moralske. Når man har fået klarlagt de økonomiske sammenhænge, kan man afveje resultatet over for de moralske hensyn der måtte være. Den systematiske økonomiske behandling vil tage form af forskellige scenarier som igen er knyttet til forskellige forudsætninger. Som ovenfor nævnt vil de forudsætninger være knyttet til hvilke informationer man har om parternes præferencer. Og man må så overveje hvilket scenario der bedst passer til den konkrete sag - det vil sige hvilke forudsætninger der bedst beskriver den konkrete situation. Det kan ikke afvises at der i "gældende ret" allerede i et eller andet omfang er indarbejdet disse efficienshensyn. Den økonomisk teori giver dog mulighed for en mere systematisk behandling af problemstillingen.

4. Afslutning

For at kunne nyttiggøre Law & Economics er det i første omgang nødvendigt at erkende teoriområdets begrænsninger. Law & Economics kan ikke anvendes til udformning af entydige og definitive løsninger på juridiske problemer. Forventningerne skal ikke overspændes. Økonomiske analyser nuancerer, systematiserer og belyser - de fremskaffer ikke revolutionerende indsigt til løsning af juridiske problemer. Heroverfor bidrager Law & Economics på et helt generelt niveau imidlertid til større enhedstænkning inden for retsvidenskaben. Law & Economics skal lære jurister at tænke i andre baner. Fremfor alene at arbejde med retsreglernes indre logik skal jurister tænke i

incitamenter og overveje hvilke incitamenter en bestemt retlig regel skaber. De økonomiske incitamenter skal herefter afvejes med andre hensyn som den retlige regulering tilgodeser. Som funktionel disciplin forener Law & Economics retsvidenskabens traditionelle specialer - f.eks. forenes udmålingsprincipper i erstatningsretten med aftaleretlige principper i problemstillingen om "efficient breach of contract".²⁸⁾

Dette forudsætter at retsvidenskaben åbnes for samfundsvidenskabelige hjælpediscipliner. Der må brydes med opfattelsen af retsvidenskab som en autonom disciplin. For personer med en hovedsagelig juridisk baggrund består arbejdsopgaven i at anvende eksisterende økonomisk indsigt i en juridisk sammenhæng - og ikke at udvikle nye økonomiske modeller; dette arbejde bør overlades til fagøkonomer. Et frugtbart samspil mellem jura og økonomi understøttes af en fornuftig arbejdsdeling mellem jurister og fagøkonomer. Fagøkonomernes interesser er kommet til udtryk i de centrale tidsskrifter på området som f.eks. *Journal of Law and Economics*. Nobelprismodtageren *Ronald Coase* udtalte således: "I don't think that I would ever have come to the University of Chicago had it not been for the existence of the *Journal of Law and Economics*. That's what I wanted to do. I wanted to get what Aaron²⁹⁾ had started going for the whole profession - and when I say the profession, I mean the economic profession; I have no interest in lawyers or legal education".³⁰⁾

Titlen på denne artikel, "Transaktionsomkostningsingeniører", er ikke i udpræget grad dækkende for artiklens indhold idet transaktionsomkostningsingeniør blot er én funktion som juristen med kendskab til Law & Economics kan varetage. Betegnelsen skal imidlertid fremhæves for dens markedsføringsmæssige kvaliteter - og der tænkes her på markedsføring af Law & Economics som fagområde. Den henviser til de "rigtige videnskaber", naturvidenskaberne,³¹⁾ og endvidere beskrives økonomisk teori herved som et

²⁸⁾ Jf. *Thomas Ulen*: "Firmly Grounded: Economics in the Future of the Law", 1997 Wisconsin 433-463, s. 451 f.

²⁹⁾ *Aaron Director* som var den første redaktør af *Journal of Law and Economics*.

³⁰⁾ *Nicholas Mercuro & Steven G. Medema*, *ibid.*, s. 56, som citerer *Edmund W. Kitch*: "The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970", 26 *Journal of Law and Economics* 163-233, 192 (1983).

³¹⁾ "Economics is thus an attempt to apply the methodology of physics to social phenomena, in the spirit of logical positivism....", *James Boyd White*: "Economics and Law: Two Cultures in Tension", 54 *Tennessee Law Review* 161-202 (1987), s. 170. *Boyd White* er jurist og humanist og har en kritisk holdning til økonomisk teori. Ideen om en enhedsvidenskab der bygger bro mellem naturvidenskaberne og åndsvidenskaberne

redskab der står til rådighed for de politiske beslutningstagere, og økonomen placeres i en teknikerrolle - forhold som vil kunne tage noget af brodden af *Alf Ross*' kritik af anvendelsen af økonomisk teori i retsvidenskaben.³²⁾

(videnskaber om mennesker), er bl.a. beskrevet i *Nils Gilje & Harald Grimen*: "Samfunnsvitenskapenes forutsetninger", Universitetsforlaget, Oslo 1993, s. 57 ff.

³²⁾ Se *Alf Ross*: "Om ret og retfærdighed", København 1953, s. 383.

Legal protection of the child consumer regarding sales promotion of products in EU

by
Elisabeth Thuesen

1. Children as consumers

Nowadays, children have become visible on the market as consumers. They exercise a considerable influence on the family purchases as well as they seek to satisfy their particular needs¹⁾. Children constitute a particular client group considered as a special market segment²⁾. However, as consumers they constitute a weak group which may be easy targets for persuasive sales methods because of their lack of experience and various stages of maturity. Their aptitude for evaluating the substance of advertisements depends not only on their personal development, but also on the influence exercised on them from the environments through their education and instruction which is closely related to the cultural elements of their society. Children not only purchase for themselves. They may also persuade parents and relatives to act to their benefit. So, marketing measures regarding children may also reach other groups of consumers.

2. The trans-border commercial message

The continuing integration into the European Union englobes both economic and non economic aspects of the life of the citizens in the Member States. The amount of measures of public relation concerning life style and cultural concepts going across the frontiers is increasing.

¹⁾ See the proposal of 3.4.1998 for a guideline regarding children, youngsters and marketing, issued by the Danish Consumer Ombudsman (Børn, unge og markedsføring - Forbrugerombudsmandens udkast af 3.4.1998 til vejledning), point 1. The Danish text of the proposal which is updated latest 30.7.1998, can be found on the Internet, adress: www.fs.dk. Go to: Jura - markedsføring.

²⁾ See Berlingske Tidende 10.8.1998, section Kultur, p. 4: Kronikken: Mag.art., dr. pæd. Birgitte Tufte: Børnene - det nye segment.

For a child, the goods and services to be purchased represent symbols for creating identity and attachment to their environments. Commercial life and private life do not constitute distinct areas in the mind of a child. Therefore, cultural elements from the private sphere may be successfully applied in business. Children of the same age may conceive a commercial message differently in the various countries, and so, the character of protection may not be the same everywhere. However, a common foundation based on national minimum rules of protection exists in all the EU Member States although the protection systems are different.

It is the purpose of this presentation to analyze the existing Community level of legal protection regarding marketing related to children in order to consider the efficiency of this protection.

3. The EU regulation of marketing law and the national law

3.1. The concept of marketing law

The marketing law provides for the promotion messages and other measures for marketing the products. Promotion of unsafe products is contrary to good marketing practices, so the products have to comply with the requirements regarding safety, health and similar product qualities before they are admitted to be put into circulation in the market.

3.2. EU Treaty and the free movement of goods and services

The European regulation of marketing law is based on the principle of free movement laid down in the Treaty on the European Community which is part of the Treaty on the European Union.

By The Maastricht Treaty the European Union has been founded. This Treaty has been signed at Maastricht on February 7, 1992, and entered into force on the 1st of November 1993. The Union englobes the Treaty on The European Community (TEC), which constitutes the EEC-Treaty supplied by certain provisions, hereunder rules on consumers and on culture, furthermore the Coal and Steel Treaty and the Euratom Treaty. Also new areas - not subject to supranationality - has been incorporated into the Union.

The Amsterdam Treaty, signed in Amsterdam on October 2, 1997, has amended the Maastricht Treaty and the Treaties englobed therein. Only the Treaty on the European Community (TEC) is relevant for the present text. As the Amsterdam Treaty has not yet been ratified by all the signing States, the TEC provisions shall be indicated by their number in the Maastricht Treaty

(M-provisions) as well as by the number in the Amsterdam Treaty (A-provisions).

The rules on the free movement of goods are laid down in the TEC M art. 30 (A art. 28) and the TEC M art. 36 (A art. 30). The corresponding rules on services are found in the TEC M art. 59 - 60 (A art. 49 - 50). The principle of subsidiarity laid down in the TEC M art. 3B paragraph 2 (A art. 5) pronounces that in areas which do not fall within its exclusive competence, the Community shall take action only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States and therefore be better achieved by the Community. To a certain extent, the consumer protection rules may be subject to this principle.

3.3. EU harmonization of national consumer law

The TEC art. 129 A (A art. 153) lays down the principle that the Community has to protect the health, safety and economic interests of the consumers and facilitate their access to get adequate information. The TEC A art. 153 paragraph 5 pronounces that the Member States may maintain or introduce stricter measures of protection in accordance with the Treaty.

However, the substantial part of rules of consumer protection is found in national law. It is the task of the EU to promote the collaboration between the Member States through harmonization of the national legislation³⁾ which has been accomplished only in selected areas of consumer law. Already before the adoption of the Amsterdam Treaty, the EU has admitted stricter consumer rules to subsist in the Member States when they are applied in the same manner on domestic and foreign objects. The EC Court of Justice recognizes the importance of the consumer protection which may constitute legitimate barriers to trade. In respect of the subsidiarity principle the EU does not intend to unify consumer legislation. The various regulations of consumer matters may continue to subsist as the rules are based on the cultural concepts and values of the local societies, in particular the way of bringing up children and prepare them for the life within the society. According to TEC M art. 128 (A art. 151) has to contribute to the flowering of the cultures of the Member States and respect their diversity while collaborating on the common cultural heritage.

In national marketing law the measures of protection do not follow the legislation on minority and do not in general fix a particular age limit. However, special rules of protection often provide for children up to 14 years of age. Measures regarding TV programmes on Nordic level lay down the age

³⁾ The harmonization is based on the TEC M art. 100 A (A art. 95).

limit of 16 years and the Danish rules on protection concerning TV programmes fix the age limit to 18 years⁴⁾.

4. Regulation of the product's market access

Products have to comply with certain requirements for getting access to the market. An EU harmonization of standards mainly concerning product safety has taken place. The sanctions regarding damages caused by unsafe products are laid down in the Directive on product liability⁵⁾.

4.1. Product Safety in general

The Directive on product safety⁶⁾ provides for consumer products in general, according to art. 2 (a). Art. 2 (b) provides that a safe product means a product which, under normal or reasonably foreseeable conditions of use, including duration, does not present any risk or only the minimum risks compatible with the product's use, taking into account specific points, hereunder the categories of consumers at serious risk when using the product, in particular children. Art. 3 requires the producers to place only safe products on the market and provides for information and warnings to the consumers and measures to be taken in case of products bearing risks when they are not in conformity with community or national rules according to art. 4. The control measures are administered by the national authorities.

4.2. Safety regulation of particular products

The Directive on Machinery⁷⁾ regulates the safety and health requirements for machines in general. The Directive also includes machines which are part of

⁴⁾ Proposal of 3.4.1998 of the Danish Consumer Ombudsman for a guideline concerning children, youngsters and marketing, point 3, see reference note 1.

⁵⁾ Council Directive of 25.7.1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC).

⁶⁾ Council Directive of 29.6.1992 on general product safety (92/59/EEC).

⁷⁾ Directive 98/37/EC of the European Parliament and of the Council of 22.6.1998 on the approximation of the laws of the Member States relating to machinery, J.O. L 207, 23.7.1998, p. 1.

toys. However, certain kinds of toys may be subject to exceptions such as steam boilers and machines subject to special legislation.

A particular regulation considering children is laid down in the Toys Directive⁸⁾.

The general ruling laid down in these directives provides that the producer has to comply with the requirements and certify the compliance by the EC-mark on the goods for sale. No product control before marketing is foreseen except for products considered dangerous by their nature. The producer has to keep a description of the ingredients, composition, proceeding of the product and a declaration of the compliance with the rules. Only when there are reasons for suspecting a product or when the safety of the product fails, measures are taken. The product has to be withdrawn from the market, and the buyers are compensated. In case where the product has caused damage the rules on product liability are applied.

Children's games are closely related to the local culture. In Denmark, a traditional game is the hopscotch play where a hopscotch stone (hinkesten) is pushed around with the foot inside a diagram (hinkerude) drawn with chalk in a courtyard. As the stone has to be heavy it is made from glass. The question has been raised if the stone has to be prohibited as it is made from glass which may go to pieces. The Annex II paragraph 1 and 2 of the Directive - referring to the art. 2 on the products being safe when they are used in an intended and foreseeable way - provides that the degree of risk inherent in the toy must be commensurate with the ability of the users to cope with it. As the hopscotch stone has been applied for more than 100 years as a traditional children game without causing any damage it seems to be legal according to the Directive.

5. EU regulation of the promotion messages through trans-border advertising

No general EU regulation of advertising is established. However, a minimum level of protection of the consumers has been reached by the regulation on misleading advertising in general and by the provisions regarding TV advertising.

⁸⁾ Council Directive 88/378/EEC of 3.5.1988 on the approximation of the laws of the Member States concerning the safety of toys, J.O. L 187, 16.7.1988, p. 1, amended by Council Directive 93/68/EEC of 22.7.1993, J.O. L 220, 30.8.1993, p.1.

5.1. Misleading and comparative advertising

The Directive 84/450 on Misleading Advertising has been amended through the Directive 97/55 which includes comparative advertising⁹⁾. According to art. 2, paragraph 2, misleading advertising means "any advertising which in any way deceives or is likely to deceive the persons to whom it is addressed or whom it reaches and which, by reason of its deceptive nature, is likely to affect their economic behaviour...". The directive includes any advertising regardless of the media applied for promotion and protects everybody who is reached and whose economic behaviour is likely to be affected by the message. Children constitute a sensible group exposed to being misled through wrongful, incomplete or unclear messages because of their inexperience and stage of maturity whatever they act as consumer buyers by disposing of their own money or persuade their parents of purchasing products to their benefit. Art. 3 provides that in determining whether advertising is misleading, account shall be taken of all its features, in particular information concerning f. ex. the availability, the fitness for purpose, the use or results to be expected from the use of the advertised products, as well as price information. Whether a violation of directive has taken place in concrete cases may be brought before the EC Court of Justice. In the *Nissan case*¹⁰⁾, cars from Belgium for resale in France were advertised as new cars available at lower prices than Nissan cars sold by a French sole distributor. In fact, the Belgian cars possessed fewer accessories than the French ones. The Court decided that the advertising could only be misleading where a significant number of consumers had ignored that the lower price was related to the availability of fewer accessories. However, apart the question of evidence, it depends on the cultural elements such as the level of instruction and education in the local society whether a significant number of consumers is misled by the advertising or is able to get the real essence of the message. For children these elements are important for their understanding of advertising messages. The concepts may vary from one local entity to another.

According to art. 1, comparative advertising is admitted when certain conditions are met. For example, it may not be misleading; it has to compare

⁹⁾ Council Directive of 10.9.1984 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising (84/450/EEC) and Directive 97/55/EC of the European Parliament and of the Council of 6.10.1997 amending Directive 84/450/EEC concerning misleading advertising so as to include comparative advertising.

¹⁰⁾ Case C-373/90 *Procureur de la République v. X*, ECR 1992, I, p. 131. See S. Weatherill: EC Consumer Law and Policy, Great Britain 1997, p. 106 - 107.

goods or services meeting the same needs of intended for the same purpose; the comparison has to be objective and may not create confusion. When the advertising is intended for or reached by children, special attention has to be paid to these conditions.

5.2. Regulation of TV advertising

5.2.1. The TV Directive

A special regulation of advertising is laid down in the TV Directive¹¹⁾ which provides for trans-border broadcasting. Amendments¹²⁾ of the directive which have been adopted in 1997 have to be implemented into the legislation of the Member States not later than 31.12.1998. Here, the directive provisions refer to the amended directive.

Television advertisement constitutes a powerful medium which may influence weak groups such as minor persons. The advertiser may exploit symbolic, immaterial values for business purposes and create pictures of identity which do not correspond to the real conditions of life to which the these groups are submitted. Therefore the Directive provides for rules of protection regarding such groups.

Art. 2 paragraph 1 lays down the principle that each Member State shall ensure that all television broadcasts transmitted by broadcasters under its jurisdiction comply with the rules of that Member State. Art. 2 a, paragraph 1 (formerly art. 2 paragraph 2), provides that Member States shall ensure freedom of reception and shall not restrict retransmissions on their territory of television broadcasts from other Member States when they comply with the directive. According to art. 3, Member States shall remain free to impose more detailed or stricter rules on the broadcasters under their jurisdiction.

Advertising has to be inserted between the programmes, and emissions may be interrupted only under strict conditions. According to art. 18 it is the general rule that the proportion of advertising and teleshopping may not exceed 20% of the daily transmission time.

Rules on protection of children are laid down in the art. 16 paragraph 1 which provides that television advertising may not cause moral or physical detriment

¹¹⁾ Council Directive of 3.10.1989 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities (89/552/EEC).

¹²⁾ Directive 97/36/EC of the European Parliament and of the Council of 30.6.1997 amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities.

to minors. The advertising may not exhort minors to buy a product or service by exploiting their inexperience or credulity, nor encourage minors to persuade parents to do purchases. In the amendment is added the art. 16 paragraph 2 concerning teleshopping which complies with the paragraph 1 and shall not exhort minors to contract for the sale or rental of goods and services. Furthermore it is prohibited for every broadcasting regardless of the nature of the emissions to include programmes which might seriously impair the physical, mental or moral development of minors, according to art. 22 paragraph 1. It is provided in the paragraph 3 that in case where such programmes are broadcast in unencoded form Member States have to ensure that they are preceded by an acoustic warning or by a visual symbol throughout their duration. The amendment has introduced the rule laid down in the art. 22 b, that the EU Commission shall investigate advantages and drawbacks of further measures facilitating the control exercised by parents or guardians over the programmes that minors may watch and furthermore, consider whether it is desirable to equip new television sets with a technical device enabling parents or guardians to filter out certain programmes. Also other measures for augmenting the control of broadcasting watched by minors are to be considered.

5.2.2. TV advertising in EU case law

In recent case law the EC Court has decided a question concerning the "television without frontiers" and misleading advertising broadcast from one Member State into another Member State. In the case *De Agostini*¹³⁾ some broadcasters established in UK and in Sweden broadcasted programmes via satellite to Denmark, Sweden and Norway. The Swedish Consumer Ombudsman made an application to the Swedish court Marknadsdomstolen for injunctions to restrain De Agostini (Svenska) Förlag AB and TV-Shop i Sverige AB from using certain marketing practices in television advertising concerning a children's magazine (Case C-34/95), skin-care products (Case C-35/95) and a detergent (Case C-36/95). Marknadsdomstolen referred to the EC Court two questions on the interpretation of the TEC art. 30 and art. 59. In the case 34/95 a programme advertising for a children's magazine on dinosaurs was published in series by the company De Agostini. In order to get a model dinosaur all the issues in the series had to be purchased. Marknadsdomstolen found the advertising contrary to good marketing practices in Sweden. Furthermore the Swedish broadcasting law provides that advertising must not be designed to attract the attention of children. The EC pronounced the general

¹³⁾ Konsumentombudsmannen (KO) v. De Agostini (Svenska) Förlag AB and TV-Shop i Sverige AB (joined cases C-34/95, 35/95 and 36/95), judgment of 9.7.1997.

rule that a Member State may not be deprived of the possibility of taking measures against an advertiser in relation to such advertising, provided that those measures do not prevent the retransmission, as such, in its territory of television broadcasts coming from another Member State. When domestic and foreign products are affected in the same manner, the Member State may apply national rules on selling arrangements. Furthermore, fair trading and consumer protection are overriding requirements of general public importance which may justify obstacles to the free movement of goods. However, the national rule has to be proportional with and reasonable in relation to the intention of the measures.

The TV advertising violated in particular the Swedish rule that a TV advertising programme may not intend to attract children which are less than 12 years old. The Court pronounced that a Member State may not stop retransmission of a broadcast coming from another Member State or introduce measures of control against foreign television advertising directed at minors, when the programme complies with the EC rules. But it is not prohibited to apply stricter national rules to TV broadcast under the jurisdiction of the national State when no obstacles prevent the transmission of programmes from abroad. So the national concept of good marketing practices has to be respected, but only to the extent where it does not interfere with the broadcasting of advertising programmes from other Member States which are in accordance with the EU rules on advertising. The decision is in accordance with the judgment in *the case Leclerc-Siple*¹⁴⁾ where national rules prohibiting the broadcasting advertisements for the distribution sector by television broadcasters established within the Member State were compatible with the TEC art. 30. Corresponding to the principle pronounced in *the Keck & Mithouard case*¹⁵⁾ the national prohibition was admitted when selling arrangements concerning domestic and foreign products are equally affected.

6. EU regulation of other promotion measures.

6.1. In general

A part the principles pronounced in the TEC art. 129 A (A art. 153) no legislation provides for promoting measures in general.

In case law, a Court decision has established a guiding line for the distributor's marketing promotion.

¹⁴⁾ Case C-412/93, judgment of 9.2.1995, ECR 1995, I, p. 179.

¹⁵⁾ Cases C-267/91 and 268/91, judgment of 24.11.1993, ECR 1993, I, p. 6097.

In the *Dior/Evora case* ¹⁶⁾ the EC Court has decided on the appropriate use of a trade mark and copy right in a market context. In accordance with the exhaustion principle a reseller could make use of a trade mark in order to bring the public's attention to further commercialization of trademarked goods. The goods were Dior luxury products of high standard which the reseller had procured through parallel import. The court admitted the Dutch reseller Evora in the Christmas 1993 promotion to use advertising leaflets where he depicted bottles and packaging of the perfume products named Sauvage, Poison etc. The advertising was carried out in a manner customary to retailers in this market. The Court pronounced that a balance had to be struck between the protection of the reputation and prestigious image of the trade mark and the reseller's legitimate interest in reselling the goods by using the customary advertising methods of the trade sector. The reseller did not violate the trade mark or the copy right when he acted fairly and did not seriously damage the immaterial values of the goods. According to the decision a distributor, when he uses a trade mark in connexion with the marketing of products intended for children, f. ex. LEGO bricks, should be admitted to present the product in a way where he can reach the children in their own local society and apply measures which are familiar to them when he complies with the law.

6.2. Special measures of promotion. Lotteries and collateral gifts

6.2.1. EU case law

Lottery activities and gifts constitute marketing measures which are particularly attractive for children. These categories of promotion are subject to restrictions within the national legislation of various Member States which may constitute barriers to trade. Questions on the compatibility with the principle of free movement for goods and services have been considered by the EC court.

The Schindler case ¹⁷⁾ concerned the activities of promoting the German lottery "Süddeutsche Klassenlotterie" in the United Kingdom. The agents Gerhart and Jörg Schindler had dispatched envelopes from the Netherlands to UK citizens containing the invitation to participate in the lottery with forms for participating included. The envelopes were confiscated by the English customs authorities as the national legislation prohibited such activities. The agents

¹⁶⁾ Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV v. Evora BV, case C-337/95, judgment of 4.11.1997, ECR 1997, I, p. 6013.

¹⁷⁾ Her Majesty's Customs and Excise v. Gerhart Schindler and Jörg Schindler, case C-275/92, Judgment of 24.3.1994, ECR 1994, I, p. 1039.

Schindler protested and brought a court action against the customs authorities. The English court referred questions on the compatibility with the EU law concerning the free movement of lotteries. The EC court has pronounced that lotteries constitute a service of economic nature within the meaning of TEC art. 60 which falls within the scope of the TEC art. 59. So, a lottery is subject to free movement and the national prohibition restricts the freedom to provide services. However, as the legislation involved no discrimination based on nationality, the prohibition was considered justified for reasons of consumer protection and maintenance of order in society. The Court pronounced that the restrictions had to be seen in the light of the social and cultural features of each Member State as regards the manner in which lotteries are operated, the size of stakes and allocation of the profits to be obtained. So it is admitted that lotteries arranged for children in a Member State should be carefully watched and suitably restricted and adapted to the level of development of the children in the society.

National legislation concerning free gifts for sales promotion in relation to the purchase of consumer goods has been considered by the EC Court in *the case Oosthoek*¹⁸⁾ where the Court has admitted national restrictions for the offering of free gifts in the form of books to purchasers of an encyclopaedia although the legislation created disparities between the sale in Belgium where the promotion measures were admitted, and the Netherlands where the prohibition restricted the trade. The Court made its decision for reasons of consumer protection and measures of misleading consumers. On this basis it may be concluded that strict national restrictions regarding gifts related to purchases of products for children and children's purchases is supposed to be admitted, as children are particularly sensible to such marketing measures and cannot be expected to evaluate the real values they get from the purchase.

6.2.2. Compatibility of Danish consumer protection rules with the EU rules

The Danish consumer legislation on marketing practices presents an example of national law complying with the EU rules according to the EU Court practice. The Danish Marketing Practices Act pronounces in the § 1 the general rule that business activities shall be carried on in accordance with good marketing practices. Furthermore, the Act includes rules on special marketing measures, hereunder providing for collateral gifts and for lot and prize competitions.

¹⁸⁾ Oosthoek 's Uitgeversmaatschappij BV, Case 286/81, judgment of 286/81, ECR 1982, p. 4575.

6.2.2.1. Collateral gifts

The Act § 6 (1) prohibits collateral gifts or similar inducement unless such gift or inducement is of negligible value. The provision also prohibits the use of these marketing measures in advertising unless the value is negligible. According to the Consumer Ombudsman, the value of 2 - 3 DKK is admitted, corresponding to objects such as small paper pictures or plastic figures. Such things are normally attractive for children and harmless unless they are part of arrangements where the gifts and not the sales objects should be the attractive item. The use of gift series shall normally be contrary to good marketing practices according to § 1. The § 6 paragraph 3 - paragraph 7 provides for particular exceptions in relation to the sale of flights.

6.2.2.2. Drawing of lot and prize competitions

The Act § 9 prohibits the drawing of lot and prize competitions or any other arrangement where the results are wholly or partly dependent on chance, provided that such participation is conditional upon purchase. However, this marketing measure is admitted when the amount of the individual prize and the total value of prizes are within the limits as fixed by the Minister of Industry and Coordination. Lot and prizes are admitted for marketing measures directed towards children under 15 years of age provided that the amount of each single prize does not exceed 5 DKK and the total amount of the prizes do not exceed 50 DKK¹⁹⁾.

The International Chamber of Commerce (ICC)²⁰⁾ has issued a codex on advertising practice which lays down guidelines for fair advertising. Such guidelines contribute to clarify the sense of good marketing practices in national law in relation to children. The Codex pronounces that advertising may not exploit the credulity or inexperience of children or misuse their sense of loyalty and may not represent anything which could injure them spiritually, morally or physically, according to art. 13. The annexed guidelines concerning advertising for children provide that advertising may not create probability of confusion with editorial articles. Advertising may not express toleration of illegal violence, undermine social values or expose the children to unsafe situations, nor may it encourage the children to persuade others to make

¹⁹⁾ See Bekendtgørelse om fastsættelse af beløbsgrænser i konkurrencer hr. 1152 af 16.12.1994 § 1 (2). According to § 1 (1), the amounts for persons over 15 years of age are 100 DKK for each single prize The total amount of prizes may not exceed 1.000 DKK.

²⁰⁾ The International Chambe of Commerce has adopted the Codex for advertising practice in Paris 2.12.1986.

purchases. It may not be misleading or confer the children with an unrealistic conception of real economic values.

The Danish Consumer Ombudsman (abbreviated: CO) who controls the marketing practices, holds the authority to establish guidelines and engage into agreements with the enterprises on particular marketing measures. The CO has issued guidelines on toys and objects used by children. Recently, the CO has elaborated the proposal of 3.4.1998 for a guideline regarding children, youngsters and marketing²¹⁾, mentioned in the section 1. The proposal is not only addressed to the enterprises, but also to schools and institutions for children as well as to parents.

7. National marketing law and the principle of subsidiarity in EU Law

The EC Treaty lays down the subsidiarity principle in the TEC M art. 3B paragraph 2 (A art. 5) which provides: "In areas which do not fall within its exclusive competence, the Community shall take action ... only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States and therefore, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved by the Community". The Protocol on the application of the Subsidiarity Principle and the Principle of Proportionality annexed to the Amsterdam Treaty establishes criteria for the application of these principles. According to the point 3 of the protocol "the criteria shall relate to areas for which the Community does not have exclusive competence". According to the point 7 "Community measures should leave as much scope for national decision as possible" in respect of the requirements of the Treaty. Furthermore is pronounced: "Care should be taken to respect well established national arrangements and the organization and working of Member States legal systems....".

On this basis it should be expected that although EU measures of legal harmonization are progressing, the regulation of what is considered as good marketing practices in the local society should still be submitted to national ruling. Guidelines such as those laid down by the Danish Consumer Ombudsman seem to fall within the area to be best achieved by the Member States. The national regulation on marketing measures regarding children expresses the cultural concepts of education of children within the Member State, including the transfer of traditions and cultural heritage as well as the adoption of new cultural values.

However, the particular national measures may need to be supported by a general EU law harmonization. For example, the Danish guide line proposal

²¹⁾ See note 1.

regarding children, youngsters and marketing²²⁾, point 8, provides for school sponsoring where enterprises offer free teaching materials, equipment etc. It is pointed out that such measures may include disguised advertising. The material and gifts have to be presented in a way which does not encourage the children and their parents to prefer the products of the giver or otherwise unduly influence them. According to the point 6 direct mailing, distance selling, adherence to clubs, engagements into subscriptions etc may be subject to restrictions. Similarly, according to the proposal point 7, the TV advertising may not exploit children and youngsters in an unacceptable way neither as consumers nor as actors in publicity films. As enterprises and TV broadcasters operate across the borders, a general harmonization of the minimum level of protection within these areas seems to be needed.

9. Efficiency of the legal EU protection regarding children in relation to marketing

The area of protection of children related to marketing measures has to be developed in respect of the particularities of the national society. But national rules have to be supported by general supranational measures in order to enforce them in trans-border relations. Furthermore, there is an increasing need for rules on international level regarding the regulation of the Internet marketing measures regarding children. A mere EU protection is not sufficient. However a balanced cooperation between national law and Community harmonization has to continue, as a European legal protection should constitute a strong foundation for the development of international protection rules.

Abbreviations:

ECR: Reports of the Court of Justice of the European Communities

CO: The Danish Consumer Ombudsman

TEC: Treaty on The European Community

²²⁾ See note 1.

Regulering af værdipapirmarkederne i USA¹⁾

af
Helen Holdt

1. Formål

Investorer, udstedere og mellemmand, der indgår international værdipapirhandel med enten amerikanske investorer, mellemmand eller værdipapirer, risikerer at være underlagt reglerne gældende i USA. Derfor introduceres her værdipapirhandelsloven gældende for aktiehandel i USA. Desuden behandles Securities and Exchange Commissions (SEC) funktioner og kompetence. SEC er den føderale tilsyns-myndighed for værdipapirhandel i USA.

Formålet er at illustrere kendetegnene for US-markederne og reguleringen af disse.

1.1. Kun føderal lov

Det amerikanske retssystem er et føderalt system. Det betyder, at værdipapirhandlen på US-markeder som udgangspunkt er underlagt både føderale lovregler og lovreglerne i hver enkelt stat. Staternes værdipapirhandelslove kaldes 'Blue Sky Laws'.²⁾ 'Blue Sky Laws' varierer meget fra stat til stat. I 1996 blev der indført føderale lovregler, som begrænsede staternes regulering af værdipapir-handlen.³⁾ For eksempel begrænsedes staternes mulighed for at regulere broker-dealere samt at kræve registreringer af værdipapirer på det primære marked.

¹⁾ Denne artikel bygger hovedsageligt på informationer fra James D. Cox, Roberts W. Hilman, Donald C. Langevoort: "Securities Regulation - Cases and Materials", Second edition, Aspen Law & Business, 1997. Brug af andre kilder er angivet i de følgende noter.

²⁾ Det oprindelige formål med statslovene var at sikre investorer mod udstedere som ville sælge værdipapirer som ikke havde mere værdi end "end et vist antal meter af den blå himmel (Blue Sky)".

³⁾ The National Securities Markets Improvement Act of 1996.

SEC er eneste tilsynsmyndighed over de føderale love. Reguleringen af international handel er underlagt SECs kompetence. Det relevante retsområde er derfor udelukkende de føderale regler gældende for aktiehandel foretaget på US værdipapirmarkeder eller med US aktører. 'Blue Sky Laws' gældende for værdipapirhandel på det amerikanske aktiemarked behandles derfor ikke.

2. De bagvedliggende hensyn og universial midlet

I 1929 krakkede de amerikanske værdipapirmarkeder. Faldet af værdipapirenes værdi i forbindelse med krakket var meget stort. For flere værdipapirer stoppede handlen fuldstændig. Den totale værdi af alle noterede værdipapirer på New York Stock Exchange var før krakket i 1929 \$89 milliarder og faldt til \$15 milliarder i 1932.⁴⁾ Kongressen foretog høringer vedrørende årsagerne til krakket og kom til det resultat at det særligt skyldtes dårlig praksis hos de markedsprofessionelle, vildledende informationer om værdipapirer, insider handel og en høj grad af spekulative forretninger. Som følge heraf vedtog Kongressen de følgende år en række love gældende for værdipapirmarkedet. Af disse er særligt to love af betydning for reguleringen af aktiemarkederne:

1. The Securities Act of 1933.

2. The Securities Exchange Act of 1934.

Begge love bygger på et princip om, at markedsaktørerne - særligt de udstedende selskaber - skal afgive omfattende oplysninger, for at investorerne på bedste måde kan foretage investeringsbeslutninger som bygger på viden i stedet for held. Behovet for information om det udstedende selskab er vigtig, specielt fordi værdien af aktier er langt mere uhåndgribelig end værdien af håndgribelige ting såsom huse, biler mv. Aktiens værdi er tæt forbundet med selskabets fremtidige indtjenings- og succes-muligheder. For at kunne vurdere aktiens værdi skal investorerne derfor sikres lige adgang til blandt andet informationer som kun det udstedende selskab besidder. Disse oplysninger er lige vigtige både for investorer på det primære som på det sekundære marked. Oplysningerne anvendes af investorerne til at vurdere markedsprisen på værdipapiret og herud fra bestemmer investoren om han vil handle eller ej. Således er oplysningsforpligtelser ('disclosure') universialmidlet i begge love.

⁴⁾ James D. Cox, Roberts W. Hilman, Donald C. Langevoort: "Securities Regulation - Cases and Materials", Second edition, Aspen Law & Business, 1997, side 5.

3. The Securities Act of 1933

The Securities Act of 1933 (1933-loven) gælder for udstedelser på det primære marked og var den første af de føderale love udstedt efter krakket i 1929. Loven angår offentlige udbud af værdipapirer på det primære marked. Formålet med loven er at yde beskyttelse til investorerne på dette marked. Opgaven ifølge 1933-loven er specifik og veldefineret: registrering af offentlige udbud af værdipapirer som ikke på anden måde er undtaget lovens krav.

For at aktier kan udbydes til almenheden i USA, skal værdipapiret forinden registreres hos SEC. Ved registreringen skal det udstedende selskab indlevere informationer, der afdækker alle betydelige aspekter af selskabets forretninger og værdipapirer. Oplysningerne, der afgives, er omfattende og detaljerede og dækker områder såsom selskabets forretninger og aktiviteter og ledelse, finansielle oplysninger og hvorledes udbudet af værdipapiret vil ske. SEC underkaster informationen gentagne bearbejdelser og udkast. Formålet med registreringsprocessen ifølge 1933-loven er at udarbejde et prospekt, som skal udsendes til fremtidige investorer.

4. The Securities Exchange Act of 1934

Formålet med the Securities Exchange Act of 1934 (1934-loven)⁵⁾ er at regulere handlen på det sekundære marked. 1934-loven er udarbejdet for at:⁶⁾

1. Stifte the Securities and Exchange Commission (SEC).
2. Regulere børser og OTC markeder.
3. Hindre svig og manipulation på markederne.
4. Sikre investorernes adgang til pålidelige informationer om værdipapirerne, der handles på markederne. Dette sker gennem registrering og oplysningsforpligtelser.

⁵⁾ Se nærmere herom Andre E. Owens: "The Securities Exchange Act of 1934", Practising Law Institute, Corporate Law and Practice Course Handbook Series, PLI Order No. B4-7208, september 1997, side 429f.

⁶⁾ Hvert af de anførte mål for 1934-loven behandles i de følgende afsnit 5-8.

1934-loven's primære middel til sikring af disse mål er - som i 1933-loven - oplysningsforpligtelser pålagt markedsdeltagerne. Hovedhensynet bag reguleringen ifølge 1934-loven er værdipapirmarkedets integritet. Opgaverne, der skal løses af SEC, jf. 1934-loven, er i modsætning til 1933-loven meget åbne. 1934-loven giver en overordnet ramme, hvor SEC gives betydelig frihed i valg af midler til at udøve opgaven med at opfylde målene anført ovenfor under punkt 2,3 og 4.

1934-loven er blevet ændret flere gange. Her angives de vigtigste ændringer.

- I 1964 blev loven ændret således, at de gældende registreringskrav om oplysningsforpligtelser også omfatter OTC markedet, hvilket fremgår af section 12(g), hvorunder bl.a. handel med Nasdaq/NMS aktier er omfattet.⁷⁾
- Ved the Securities Acts Amendments i 1975 fik SEC pålagt at sørge for, at der blev udviklet et national marked system⁸⁾ (NMS) for værdipapirer.
- Ifølge the Securities Enforcement Remedies Act i 1990 tilegnes en række nye sanktionsmidler til SEC, som SEC kan anvende med stor fleksibilitet. Målet er at lette SEC's bestræbelser på at sikre, at markedsdeltagerne overholder værdipapirhandelslovene.⁹⁾ Denne ændring har betydning for SEC's betydelige håndhævelsesmuligheder, som er behandlet i afsnit 5.2.
- Delstaternes kompetence over værdipapirhandlen på det føderale niveau begrænses i the National Securities Markets Improvement Act of 1996. I denne ændring tildeles SEC større kompetence til at undtage små børser fra lovkrav, jf. section 36 i 1934-loven.¹⁰⁾

⁷⁾ Se afsnit 6.1.

⁸⁾ National Market System.

⁹⁾ Harold S. Bloomenthal and Holme Roberts & Owen: "Securities Law handbook", 1998 Edition, West Group, 1998, side 1456.

¹⁰⁾ SEC Release no. 34-38672, 17 CFR Part 240, website-udgaven, side 73. SEC Release 34-39884, 63 FR 23504-01, FR-udgaven, side 23537.

5. Securities and Exchange Commissions opbygning og kompetence

Securities and Exchange Commission (SEC) blev stiftet ifølge section 4 i 1934-loven. Kommissionen består af 5 kommissionærer.¹¹⁾ Disse udnævnes af USA's præsident med Senatets samtykke. Kun tre kommissionærer kan være fra det samme politiske parti. Valgperioden er på fem år. Valgperioderne for hver enkelt kommissionær er forskudt, således at valgperioden for en af kommissionærerne udløber hvert år. USA's præsident vælger een af kommissionærerne til at fungere som formand for Kommissionen.¹²⁾ SEC's opgave er at administrere og håndhæve de føderale værdipapirhandelslove, samt overvåge værdipapirmarkedene i USA.¹³⁾ Kommissionen er et organ til drøftelse af de problemer, som bringes på møderne af SEC's stab.

SECs opgaver udøves primært gennem SEC's stab, som består af cirka 2.900 ansatte. Staben repræsenterer et bredt udbud af fagområder såsom revisorer, jurister, finans analytikere, økonomer, ingeniører, forskere og administrativt personale. Stabens primære opgave er at udøve de daglige opgaver og at forberede særlige problemområder til diskussioner i Kommissionen. Staben er organiseret i divisioner og kontorer.¹⁴⁾

The Office of the General Counsel' har vidtrækkende ansvarsområder og fungerer som Kommissionens primære rådgiver. Staben fra dette kontor repræsenterer SEC i alle administrative appelsager indleveret til Kommissionen og i alle slags retssager indleveret af eller imod Kommissionen. Kontoret fungerer som juridisk rådgiver til Kommissionen og udarbejder fortolkninger af love og reguleringer, udarbejder forslag til regler og lignende.

¹¹⁾ Se mere herom Andre E.Owens: "The Securities Exchange Act of 1934", Practising Law Institute, Corporate Law and Practice Course Handbook Series, PLI Order No. B4-7208, september 1997, side 433f.

¹²⁾ Harold S. Bloomenthal and Holme Roberts & Owen: "Securities Law handbook", 1998 Edition, West Group, 1998, side 1.

¹³⁾ Harold S. Bloomenthal and Holme Roberts & Owen: "Securities Law handbook", 1998 Edition, West Group, 1998, side 1.

¹⁴⁾ Der er fire divisioner: 1.The Division of Corporate Finance. Denne division har det overordnede ansvar for administrering af oplysningskravene i de føderale værdipapirhandelslove. Divisionens stab gennemgår de indleverede rapporter og meddelelser ifølge lovene. 2.The Division of Market Regulation har ansvaret for at overvåge de sekundære markeder, inklusiv registrering af børs og broker-dealere. 3.The Division of Investment Management har ansvaret for de føderale love specielt gældende for investeringsselskaber og investeringsrådgivning(Investment Company Act og Investment Advisers Act). 4.The Enforcement Division tager sig af administrative sanktionssager eller sagerne for domstolene.

5.1. SECs fortolkning af 1934-loven

1934 er en udpræget rammelov, og SEC gives ifølge loven vidtrækkende frihed til at fortolke og implementere de enkelte bestemmelser i loven. Derfor har SEC's offentliggørelser af fortolkningerne af lovens bestemmelser stor betydning for forståelse af bestemmelserne indhold. Der er flere måder, hvorpå SEC afgiver sådanne opfattelser af fortolkninger. Heraf er særlig 'releases' og 'no-actions letter' af betydning.

5.1.1. SEC releases

En SEC release er en slags pressemeddelelse, som er meget omfattende. En release følger altid et forslag, vedtagelse, en ændring af regler eller kan indeholde politiske udtalelser fra Kommissionen. Heri angiver Kommissionen meget udførligt hvorfor forslaget, vedtagelsen eller ændringen gives, med omhyggelige kommentarer om tidligere praksis og angivelse af de mål, som søges opnået ved Kommissionens handling.

Ved en regelændring vil SEC typisk udgive 3 releaser. I den første release vil SEC præsentere de brede linier i Kommissionens overvejelser om emnet uden at stille konkrete forslag. Dette kaldes et 'concept release'. Efter udgivelsen af 'concept release', samt modtagelse af kommentarer fra almenheden, vil SEC typisk komme med et nyt release, der er mere specifikt og hvori der forslås konkrete regler. Det sidste release vil da komme efter endnu en kommentarperiode - hvorved de endelige regler vedtages.

Af denne grund er releases vigtige fortolkningsdokumenter ved en analyse eller behandling af områder, som hører ind under 1934-loven.

5.1.2. No-action letters

No-action letters afgives af SEC's stab. Igennem no-action letters besvarer staben individuelle spørgsmål fra markedets aktører angående stabens fortolkning af de føderale værdipapirhandelslove anvendt på helt bestemte transaktioner eller forretninger. Hovedudtrykket i et positivt svar til en afsender er oftest, at staben anbefaler Kommissionen ikke at iværksætte aktioner (no-action) overfor afsenderens forretning eller transaktioner. Formålet med no-actions letters er at give en vis sikkerhed for de personer, som planlægger iværksættelsen af bestemte værdipapirtransaktioner.

No-action letters repræsenterer ikke Kommissionens officielle synspunkt på det behandlede område, men er et udtryk for *stabens* opfattelse af lovens fortolkning, som udføres i forbindelse med den daglige administration af området. Af denne grund er et no-action letter ikke bindende for private parter,

som ønsker at få prøvet og udfordre transaktionens retsmæssighed ved domstolene.¹⁵⁾

5.2. SEC's sanktionsmidler

Kommissionen har en række midler, den kan anvende for at sikre, at markedsdeltagerne overholder de føderale værdipapirhandelslove. SEC har betydelig kompetence til at bedømme, hvilke af de mulige midler der skal anvendes i det enkelte tilfælde.

5.2.1. Undersøgelser

Kommissionen kan efter eget skøn foretage sådanne undersøgelser ('investigations') som SEC finder passende, for at undersøge om der er sket, er ved at ske, eller sandsynligvis vil ske en overtrædelse af en af bestemmelserne i de føderale love jf. section 21(a) i 1934-loven. Udførelsen af sådanne undersøgelser sker i overensstemmelse med SEC's egne opstillede regler.¹⁶⁾ Enhver kilde kan være anledning til, at SEC's stab starter en undersøgelse.

De indledende undersøgelser består ganske enkelt i, at staben stiller uformelle spørgsmål til de involverede parter. Hvis staben ikke via de indledende undersøgelser overbevises om, at lovene overholdes, kan Kommissionen bemyndige staben til at starte en formel undersøgelse.

Under en formel undersøgelse kan staben udstede vidneindkaldelser, og parternes forklaringer afgives under ed. Staben kan kræve udlevering af alle dokumenter af betydning for belysning af sagen. Staben har stor diskretion i bestemmelsen af hvilke dokumenter, der skal udleveres, og hvilke personer der skal indkaldes som vidner. Domstolene har statueret, at så længe staben handler i god tro, er det staben alene, som afgør, hvilke dokumenter der er nødvendige, samt hvilke vidner der skal indkaldes.¹⁷⁾

Kommissionen kan vælge at offentliggøre sådanne undersøgelser, jf. section 21(a) i 1934-loven. Dette har stor betydning for de involverede parter, som ofte i undersøgelserne sidestilles med forhold, som ikke er ubetinget positive. SEC

¹⁵⁾ Dette er blandt andet sket i Delta-sagen (Board of Trade v. SEC, 883 F.2d 525 (7th Cir. 1989)). Sagen omtales yderligere i kapitel III-3. Se Therese H. Maynard: "What is an Exchange? Proprietary Electronic Securities Trading Systems And The Statutory Definition Of An Exchange", Washington And Lee Law Review, Vol 49, no. 3, 1992, side 896.

¹⁶⁾ Rules of Practice.

¹⁷⁾ James D. Cox, Roberts W. Hilman, Donald C. Langevoort: "Securities Regulation - Cases and Materials", Second edition, Aspen Law & Business, 1997, side 925.

anvender ind imellem denne mulighed for udgivelse for at offentliggøre Kommissionens syn på forretningsmåder eller handlinger, som den mener er upassende, selv om det ikke er lovbrud.

Når en formel undersøgelse er færdig, kan Kommissionen på baggrund af undersøgelsens resultat give staben kompetence til at iværksætte enten administrative eller retlige aktioner. Cirka 90 % af SEC's sanktioner forhandles med parterne og tages ikke til domstolene.¹⁸⁾

5.2.2. Administrative sanktioner

Ændringen af 1934-loven i 1990¹⁹⁾ betød blandt andet, at SEC fik væsentlig flere administrative sanktionsmuligheder i forbindelse med brud på de føderale værdipapirhandelslove, således at SEC bedre kunne tilpasse sanktionen til den specifikke lovovertrædelse.

SEC kan sende et advarende brev ('a cautionary letter') til parterne, hvori parterne anbefales at følge Kommissionens anmodninger. Et sådant brev er ikke offentligt og anvendes sjældent.

SEC kan suspendere handlen i et værdipapir hvis der for eksempel er konstateret manipulation i handlen med det pågældende værdipapir, og kan tilbagekalde registrering af et værdipapir, hvorved handlen i værdipapiret hindres.

SEC kan afgive 'cease-and-desist' ordrer. En 'cease-and-desist' ordre rettet mod en person eller et selskab betyder, at den pågældende person eller selskabet ikke må deltage i de aktiviteter, som anføres af Kommissionen. SEC kan anvende sanktioner overfor imod broker-dealere og deres tilknyttede og ændre disciplinære handlinger iværksat af en børs eller NASD imod en broker-dealer.

SEC kan udelukke markedsprofessionelle fra at praktisere for Kommissionen. Dette indebærer en udelukkelse fra at fremføre sager for Kommissionen, samt at udarbejde forberedende arbejder og dokumenter der skal indsendes til Kommissionen.

Proceduren Kommissionen skal følge ved pålæggelse af administrative sanktioner, fremgår af Kommissionens egne regler – 'Rules of Practice'. For alle sanktionsanvendelser gælder, at de skal udøves i almenhedens interesse.

¹⁸⁾ James D. Cox, Roberts W. Hilman, Donald C. Langevoort: "Securities Regulation - Cases and Materials", Second edition, Aspen Law & Business, 1997, side 927.

¹⁹⁾ The Securities Enforcement Remedies and Penny Stock Reform Act of 1990.

5.2.3. SEC's og individers påtaleret

Hver af de føderale værdipapirhandelslove giver SEC mulighed for at anlægge sager for domstolene for at sikre overholdelse af lovene. Nogle af de ovenfor anførte administrative sanktioner kan kun gøres permanente ved sagsanlæg imod parterne. Sådanne sager inkluderer typisk en påstand om, at sagsøgte tilbagebetaler gevinsten, som er opnået ved de påståede overtrædelser. Domstolene kan pålægge parterne civile bøder.

Parter kan sagsøges af SEC for at have afgivet falske eller vildledende oplysninger om væsentlige fakta i dokumenter, der er indleveret til SEC - og dermed også i dokumenter indsendt i forbindelse med opfyldelsen af de generelle oplysningsforpligtelser. Parterne kan ifalde erstatningsansvar overfor enhver for afgivelse af sådanne oplysninger.

Flere af bestemmelserne, der giver SEC påtaleret for domstolene, hjemler desuden civil påtaleret. Dette indebærer, at udover SEC kan øvrige markedsdeltagere anlægge sag imod de mistænkte parter.

Strafferetlige overtrædelser af de føderale værdipapirhandelslove håndteres ikke af SEC men af the Department of Justice. Hvis Kommissionen ved en undersøgelse får mistanke om, at der er tale om en straffesag, overgives sagen til the Department of Justice. Oftest arbejder et medlem af Kommissionen med the Department of Justice i forberedelsen af straffesagen.

Straffebestemmelser fremgår af hver af de føderale værdipapirhandelslove. En part kan ikke undgå straf pga. uvidenhed om at den udøvede handling er strafbar, men det anføres i section 32 i 1934-loven, at ingen person må udsættes for fængsling, hvis han beviser, at han ikke var vidende om eksistensen af den overtrådte regel.

6. Regulerede børser og OTC markeder

SEC skal sikre at handlen på værdipapirmarkedet foregår redeligt og ordentligt. Dette indebærer, at handlen på de enkelte markeder skal overvåges. Da SEC ikke selv vil kunne håndtere denne overvågningsopgave, opretholdtes i 1934-loven et udgangspunkt om at registrerede markeder er 'self-regulator organizations' (selvregulerende organisationer - SRO). Dette betyder at registrerede børser og National Association of Securities Dealers (NASD) ifølge værdipapirhandelsreglerne er underlagt forpligtelse til at overvåge handlen på deres markeder. Derfor er børsernes og NASD's pålagte forpligtelser et meget vigtigt komponent i overvågningen af markedet som helhed.

6.1. Registrerede markeder i USA

Den sekundære handel af aktier i USA sker på to forskellige slags regulerede markeder. Den ene er børserne og den anden er Nasdaq på OTC markedet.

Der er otte registrerede børser i USA.²⁰⁾ Af de nationale børser i USA er New York Stock Exchange (NYSE) og American Stock Exchange (AMEX) de vigtigste, hvor langt den største del af den nationale børshandel foretages.²¹⁾ Af denne grund kaldes NYSE og AMEX de primære børser, og de øvrige børser kaldes de regionale børser.

Nasdaq er et OTC-marked og et computernetværk, hvorigennem market makere kan udbyde handel til NASD medlemmer, der er tilknyttet Nasdaq's handelssystemer. Nasdaq ejes og drives af NASD. Nasdaq er et stort værdipapirmarked. I 1995 blev der handlet 5122 selskabers aktier på Nasdaq sammenlignet med NYSE, hvor der blev handlet 2.675 selskaber.²²⁾ Handelsvolumen på Nasdaq er også betydelig, hvilket fremgår af denne oversigt:²³⁾

	Handelsvolumen	Handelsbeløb
Nasdaq	46,0%	34,2%
AMEX	2,7%	1,4%
NYSE	45,4%	57,9%
Regionale børser	5,9%	6,5%

²⁰⁾ The New York Stock Exchange, the American Stock Exchange, Boston Stock Exchange, Philadelphia Stock Exchange, Pacific Stock Exchange, Chicago Stock Exchange, The Chicago Board of Options Exchange, the Cincinnati Stock Exchange.

²¹⁾ Primært på NYSE. James D. Cox, Roberts W. Hilman, Donald C. Langevoort: "Securities Regulation - Cases and Materials", Second edition, Aspen Law & Business, 1997, side 1072.

²²⁾ James D. Cox, Roberts W. Hilman, Donald C. Langevoort: "Securities Regulation - Cases and Materials", Second edition, Aspen Law & Business, 1997, side 26.

²³⁾ Tallene gælder for 1994. James D. Cox, Roberts W. Hilman, Donald C. Langevoort: "Securities Regulation - Cases and Materials", Second edition, Aspen Law & Business, 1997, side 26.

Nasdaq er således det andet største værdipapirmarked i verden - næst efter NYSE.²⁴⁾

Nasdaq værdipapirer er opdelt i to hovedkategorier:

1. Værdipapirer af en vis størrelse som er omfattet af the National Market System.²⁵⁾ Disse værdipapirer kaldes Nasdaq/NMS og kan handles via telefonmarkedet, eller via SelectNet, som er et automatisk handelssystem.²⁶⁾
2. Øvrige værdipapirer på Nasdaq. Disse værdipapirer kaldes Nasdaq Small Cap værdipapirer. Ordre af begrænset størrelse kan for disse værdipapirer udføres på Nasdaqs Small Order Execution System (SOES).²⁷⁾

Som udgangspunkt er det udsteder af værdipapirerne, som ansøger om, at værdipapiret kan handles på Nasdaq eller noteres på en børs. Værdipapirer i et selskab kan imidlertid også handles på en børs, selv om selskabet ikke har ansøgt børsen om notering eller rent faktisk er imod en notering. Dette sker når en børs på eget initiativ tillader, at et selskabs værdipapirer kan handles unoteret (unlisted trading). En sådan tildeling af 'unlisted trading privileges' (UTP) er underlagt SECs godkendelse. SEC har stor diskretion i bestemmelsen af om et sådant unoteret handelsprivilegium skal tildeles eller ej. SEC har i lang tid frit givet UTP til værdipapirer, som i forvejen er noteret på en anden national registreret børs.²⁸⁾

²⁴⁾ Harold S. Bloomenthal and Holme Roberts & Owen: "Securities Law handbook", 1998 Edition, West Group, 1998, side 27.

²⁵⁾ Beskrivelse af NMS i afsnit 9.

²⁶⁾ Brandon Becker, David Westbrook, Lyle Roberts: "Legal developments in the electronic securities markets: Online trading systems and the use of websites for offshore Internet offers", Securities Law & the Internet: Doing Business in a Rapidly Changing Marketplace, Practising Law Institute, Corporate Law and Practice Course Handbook Series, April 1998, side 816.

²⁷⁾ Harold S. Bloomenthal and Holme Roberts & Owen: "Securities Law handbook", 1998 Edition, West Group, 1998, side 26.

²⁸⁾ Norman S. Poser: "Restructuring the Stock Markets: A Critical Look at the SEC's National Market System" i "Global Capital Markets and the distribution of Securities", red. Franklin E. Gill, Section of Business Law American Bar Association, 1991, side 14.

6.2. Regulering af SROer

Forud for udarbejdelsen af 1934-loven var værdipapirhandlen underlagt børsernes selvregulering. Dette system blev integreret i loven. Set som en pyramide består selvregulering af værdipapirmarkedet af flere lag. Nederste lag består af broker-dealerne, som er ansvarlige for at overvåge deres ansattes forretningsmåder. I mellemste lag er broker-dealere overvåget af SROer. Og øverst overvåger SEC SROers udøvelse af selvregulering.²⁹⁾

SROer er selv-regulerende organisationer ('Self-regulator organizations').³⁰⁾ SROer er registrerede markeder, ejet af markedernes medlemmer. SROer har en retlig forpligtelse til at udstede regler for deres marked og at sikre at de føderale værdipapirhandelslove overholdes af deres medlemmer. De to vigtigste slags SROer på USAs aktiemarked er nationale børser og nationale sammenslutninger af værdipapirhandlende.³¹⁾ Der findes i dag kun én registreret national sammenslutning af værdipapirhandlere: National Association of Securities Dealers (NASD).

SROer skal registreres hos SEC, før de lovligt kan deltage i markedsaktiviteterne jf. section 5 og 15A i 1934-loven. For at blive registreret som børs skal organisationen opfylde nogle krav. Der stilles stort set de samme krav til NASD som til børserne. Kravene, der stilles til en børs, der søger registrering, bygger i høj grad på en antagelse om, at en børs er en medlemsbaseret organisation.³²⁾ En børs, der søger registrering skal:

give åben adgang til brokere og dealere,

have en fair repræsentation af medlemmerne i børsens styrende organer og

²⁹⁾ Andre E.Owens: "The Securities Exchange Act of 1934", Practising Law Institute, Corporate Law and Practice Course Handbook Series, PLI Order No. B4-7208, september 1997, side 434.

³⁰⁾ Self-regulator organizations.

³¹⁾ Der er fire slags SROer: national securities exchanges, national securities associations, registreret clearing agencies, the Municipal Securities Rulemaking Board. Betegnelsen SRO omfatter her kun registrerede børser og National Association of Securities Dealers (NASD).

³²⁾ Den lovmæssige børsdefinition fremgår af section 3(a)(1).

udarbejde regler for handlen på børsen, som hindrer svig og manipulation,³³⁾

sikrer investorerne og den fri konkurrence mellem markederne.

Når først en børs er registreret hos SEC, er børsen retligt forpligtet til at udarbejde regler, der er tidssvarende for at opfylde dens overvågningsforpligtelser, samt at disciplinere dets medlemmer og afgøre konflikter mellem disse.³⁴⁾ Ved udarbejdelsen af nye regler *skal* børser og NASD overveje om sådanne regler vil fremme et frit og åbent marked og et nationalt markeds system, samt om reglerne virker unødigt hindrende for konkurrencen.³⁵⁾ En ny børs skal også deltage i en national plan i forbindelse med det nationale markeds system (NMS)³⁶⁾ - se afsnit 9 om NMS.

SEC er som tilsynsmyndighed ansvarlig for at overvåge, at SROer udøver deres selv-regulerende forpligtelser på rette vis. Det fremgår af 1934-loven, at SEC *skal* anerkende enhver regelændring en SRO vedtager, og SEC *kan* vælge at ophæve, tilføje i eller slette reglerne udstedt af en SRO. Desuden har SEC kompetence til at ændre en SROs administrative beslutninger, for eksempel at ændre en nægtelse af medlemskab af SROen.³⁷⁾

6.3. Regulering af broker-dealere

En *broker* handler med værdipapirer for kundernes konto jf. section 3(a)(4) i 1934-loven. En *dealer* handler med kunderne for egen konto, hvilket vil sige at han selv sælger og køber værdipapirer af kunderne jf. section 3(a)(5) i 1934-loven. De fleste børsrådgivningselskaber fungerer både som brokere og dealere - derfor kaldes børsrådgivningselskaber i branchen oftest broker-dealere. Ingen må

³³⁾ Andre E.Owens: "The Securities Exchange Act of 1934", Practising Law Institute, Corporate Law and Practice Course Handbook Series, PLI Order No. B4-7208, september 1997, side 435.

³⁴⁾ Harold S. Bloomenthal and Holme Roberts & Owen: "Securities Law handbook", 1998 Edition, West Group, 1998, side 3.

³⁵⁾ Norman S. Poser: "Restructuring the Stock Markets: A Critical Look at the SEC's National Market System" i "Global Capital Markets and the distribution af Securities", red. Franklin E.Gill, Section of Business Law American Bar Association, 1991, side 31.

³⁶⁾ SEC Release 34-39884, 63 FR 23504-01, FR-udgaven, side 23539.

³⁷⁾ Andre E.Owens: "The Securities Exchange Act of 1934", Practising Law Institute, Corporate Law and Practice Course Handbook Series, PLI Order No. B4-7208, september 1997, side 434.

fungere som broker eller dealer i USA, med mindre han er registreret som sådan hos SEC eller er undtaget registreringskravene jf. section 15A i 1934-loven. En registreret broker-dealer *skal* være medlem af NASD, samt den(de) børs(er) broker-dealeren handler på.³⁸⁾

SEC og SROer deler ansvaret med at overvåge broker-dealers forretningsudførelse.

En broker-dealerskal overholde reglerne fra den SRO, som han er tilknyttet. SROer har ansvar for og kompetence til at pålægge sanktioner på broker-dealer selskaber og personer. De disciplinære straffe kan spænde fra bøder til udelukkelse fra branchen, enten permanent eller midlertidigt.

Selvom det primært er SROer, der overvåger broker-dealers markedsaktiviteter, kan SEC også indføre sanktioner overfor broker-dealere, f.eks. i tilfælde af at broker-dealere udøver svig eller manipulation.

SEC har kompetence til at nægte registrering - eller efterfølgende tilbagekalde en registrering af en broker-dealer. SEC kan fastsætte standarder gældende for broker-dealere angående uddannelse, erfaring, kompetence og andre kvalifikationer gældende for registrerede broker-dealere. Broker-dealer-selskaber skal indlevere rapporter til SEC om selskabets finansielle forhold og er underlagt inspektion fra SECs stab.

SECs tilsynsstrategi overfor broker-dealere omfatter stort set fire områder:

- Således skal en broker-dealer indsende rapporter til SEC. Oplysningsforpligtelsen er også ved tilsyn af broker-dealere en hovedingrediens.
- En broker-dealerskal opfylde SECs stillede kapitalkrav til selskabet. Dette er for at sikre investorer og markedet som helhed mod broker-dealers insolvens.
- En broker-dealerskal adskille kundernes penge fra selskabets øvrige midler.
- Og en broker-dealer skal være medlem af en investorgarantiordning.³⁹⁾ Herigennem er en broker-dealers kunder forsikret op til \$500.000 for indestående penge og værdipapirer.

³⁸⁾ Andre E.Owens: "The Securities Exchange Act of 1934", Practising Law Institute, Corporate Law and Practice Course Handbook Series, PLI Order No. B4-7208, september 1997, side 436.

³⁹⁾ Securities Investor Protection Corporation.

6.4. Registrering af broker-dealere og SROer

Overholdelse af kravene om registrering af henholdsvis SROer og broker-dealere er søgt sikret ved at kræve, *dels* at broker-dealere ikke må handle på børser, der ikke er registrerede hos SEC, *dels* at SROer kun må lade registrerede broker-dealere handle på sit marked.

7. Hindre svig og manipulation på markederne

Hindring af svig ('fraud') og manipulation på værdipapirmarkederne er en af SEC's helt klare mål ved udøvelsen af reguleringsfunktionerne.⁴⁰⁾ Af særlig betydning for dette formål er dels bestemmelserne i de føderale værdipapirhandelslove og bestemmelserne i 'mail and wire fraud statutes' – se afsnit 7.2.

7.1. Bestemmelser om svig og manipulation i værdipapirhandelslovene

Der er specielt tre bestemmelser, som regulerer svig og manipulation:

1. En generel bestemmelse imod svig og manipulation, jf. section 10(b) i 1934-loven og SEC's rule 10b-5.
2. En bestemmelse imod broker-dealeressvig og manipulation jf. section 15(c) i 1934-loven.
3. Et forbud mod manipulation i værdipapirers priser jf. section 9 i 1934-loven.

7.1.1. *Det generelle forbud mod svig og manipulation*

Ifølge det generelle forbud er det forbudt at udføre eller anvende planer eller kneb i forbindelse med svig eller manipulation i forbindelse med køb eller salg af værdipapirer. Det er forbudt at afgive falske meddelelser om væsentlige fakta eller at undlade at oplyse væsentlige fakta om værdipapiret. Det er forbudt at anvende forretningsmetoder, som vil kunne anses som at være svigagtig adfærd eller manipulation. SEC kan vedtage regler, som fastsætter hvilke former for handel, der anses for vildledende eller manipulative. Domstolene har indfortolket ret til civil påtale ifølge bestemmelserne om det

⁴⁰⁾ Se mere herom Andre E. Owens: "The Securities Exchange Act of 1934", Practising Law Institute, Corporate Law and Practice Course Handbook Series, PLI Order No. B4-7208, september 1997, side 443f.

generelle forbud mod svig og manipulation. Erstatningsansvar kan kun idømmes, hvis sagsøgte tilsigtede at vildlede, manipulere eller udøve svig.

7.1.2. Forbudet mod broker-dealers udøvelse af svig og manipulation

SEC har kompetence til at udarbejde yderligere regler om forbud mod, at broker-dealere udøver svig og manipulation. SEC har udarbejdet en række regler til at definere, hvilke metoder der er forbudte. SEC har tilsvarende vedtaget regler, hvori det kræves, at broker-dealere afgiver informationer om blandt andet deres egen-interesser ved salg af værdipapirer.

7.1.3. Forbud mod manipulation i værdipapirers priser

Af forbudet mod manipulation af værdipapirers priser fremgår direkte to former for salg, som er forbudte – 'wash sales' samt falske og vildledende udtalelser.

'Wash sales' er transaktioner, hvor den samme person i realiteten både er køber og sælger. Et 'wash sale' *giver sig kun ud for* at være et rigtigt salg. Funktionen er at få prisene op, få andre investorer til at købe værdipapirerne og sælge når priserne er højest - inden priserne falder igen.

Broker-dealere må ikke afgive informationer, som de ved eller burde vide, er falske eller vildledende med det formål at fremme salget af disse værdipapirer.

Bestemmelsernes ordlyd omfatter kun handel på børser, men de føderale domstole fortolker bestemmelserne til at omfatte OTCmarkedet.

7.2. Mail and wire fraud statutes

Den føderale lov mod anvendelse af postsystemet til udøvelse af svig – 'The mail fraud statute', 18 U.S.C. § 1341 (1988) - har siden dens vedtagelse i 1872 været et vigtigt sanktionsmiddel imod svigagtige handlinger. Ifølge bestemmelsen er det forbudt at anvende postsystemet i USA til at udøve svig og falsknerier mellem delstaterne og på tværs af nationale grænser. Straffen for overtrædelse er bøde eller fængsling.

I 1952 blev vedtaget en tilsvarende bestemmelse, der forbyder at udføre svig og falsknerier mellem stater via kabler, telefon og telegraf kommunikation – 'The wire fraud statute', 18 U.S.C. § 1343 (1988). Det overordnede mål er det samme som i loven om anvendelse af postsystemet - at undgå at disse kommunikationsmidler anvendes til udførelse af svigagtige handlinger og falsknerier.

For at bestemmelserne kan bringes i anvendelse skal der være et element af overskridning af territoriale grænser enten internt mellem USA's delstater eller til andre lande. Desuden skal det bevises, at de omfattede Kommunikations-

midler blev anvendt ved udøvelsen af falsknerier eller de svigagtige handlinger.

8. Sikre investorernes adgang til pålidelige informationer om værdipapirerne

Hovedmidlet til at sikre investorerne pålidelige informationer er at pålægge markedsdeltagerne forpligtelser til at afgive oplysninger. Oplysningsforpligtelserne pålagt markedsdeltagerne i USA's værdipapirmarkeder er omfattende. Kravene om oplysningsforpligtelserne, som sikrer omfattende oplysninger til markedsdeltagerne, er et område af stor betydning ved SECs overvejelser om rette tiltag overfor US investorer der deltager i international handel.

8.1. Udsteders oplysningsforpligtelse ifølge 1934-loven

Udstedere af offentlige udbud skal ifølge 1933-loven lade sine værdipapirer registrere hos SEC. Ved registreringen skal udsteder afgive omfattende oplysninger om selskabet - se omtalen i afsnit 3. 1933-loven omfatter imidlertid ikke registrering af værdipapirer, som ikke udbydes offentligt og medfører heller ikke opdaterede informationer om værdipapirerne. Af denne grund kræves yderligere registrering af værdipapirer ifølge 1934-loven.

Selskaber der ifølge 1934-loven er forpligtet til at lade deres værdipapirer registrere hos SEC, er *dels* udstedere som ønsker at notere deres aktier på en national børs i USA, jf. section 12(b) i 1934-loven og *dels* udstedere af selskaber med mere end 500 aktionærer og aktiver for over \$10 millioner i det sidste skatteår i USA, jf. section 12(g) i 1934-loven.

Overholdelse af kravet om registrering af værdipapirer er søgt sikret ved krav om, at broker-dealere kun må udføre transaktioner på nationale børser i USA i værdipapirer, som er registrerede hos SEC, jf. section 12(a) i 1934-loven.

Udstedere, som har registreret værdipapirer hos SEC ifølge 1933- og 1934-lovene, skal afgive en række forskellige oplysninger om selskabet på forskellige tidspunkter, jf. section 13 og 15(d) i 1934-loven. Dette betyder, at de registrerede selskaber har en oplysningsforpligtelse direkte overfor SEC som tilsynsmyndighed - og således ikke til den enkelte børs. Det betyder også, at det ikke kun er udstedere af børsnoterede aktier, der er underlagt oplysningsforpligtelserne - også udstedere af unoterede aktier af en vis størrelse er underlagt oplysningsforpligtelserne, da de væsentligste værdipapirer på OTC markedet er omfattet af registreringskravet.

Rapporteringskravene indebærer, at udsteder indleverer årlige og kvartalvis rapporter. Disse rapporter skal indeholde informationer om selskabets

forretninger, finansielle situation, eventuelle retssager, ledelsens diskussioner og analyser - og skal indleveres på særlige blanketter.⁴¹⁾ Desuden skal udsteder indlevere rapporter om særlige begivenheder, som er af betydning for aktionærerne og markedet som helhed.⁴²⁾ Udstedere skal opdatere informationerne afgivet ved registreringen hos SEC. Registreringsmeddelelserne og rapporterne indleveret til SEC skal afgives i elektroniske format. Oplysningerne indlægges i SEC's database, kaldet EDGAR.⁴³⁾ Informationerne på EDGAR er tilgængelige for enhver - enten gennem SEC's terminaler i New York City, Chicago og Washington D.C. eller via Internet.

8.2. Broker-dealers oplysningsforpligtelser overfor investorerne

Typisk analyserer den enkelte investor ikke selv de omfattende mængder af information, der afgives som følge af udsteders oplysningsforpligtelser. Broker-dealere og investeringsrådgiverer analyserer dataene, og på baggrund heraf råder og vejleder de deres kunder. Denne filtreringsproces af oplysninger indebærer interessekonflikter. Broker-dealeren kan have egen-interesser i, at resultatet får et bestemt udfald, hvilket kan indvirke på rådgivningen. For eksempel kan broker-dealeren have tilknytning til bestemte udstedere eller ønske at få investorerne til at foretage flere transaktioner, således at broker-dealeren kan tjene på dette salg gennem gebyrer eller spreadt.

Af disse grunde skal en broker-dealer afgive informationer til investorer om blandt andet hvilke egen-interesser han har ved udbud af værdipapirer, og om han har en særlig tilknytning til udsteder af værdipapirerne.

Ved særlige former for handel, som SEC eller Kongressen har anset for specielt risikable for investorerne, er broker-dealere underlagt en forpligtelse

⁴¹⁾ Årlige rapporter på blanket 10-K og kvartalvis på blanket 10-Q. Andre E. Owens: "The Securities Exchange Act of 1934", Practising Law Institute, Corporate Law and Practice Course Handbook Series, PLI Order No. B4-7208, september 1997, side 439. Harold S. Bloomenthal and Holme Roberts & Owen: "Securities Law handbook", 1998 Edition, West Group, 1998, side 64.

⁴²⁾ På blanket 8-K. Andre E. Owens: "The Securities Exchange Act of 1934", Practising Law Institute, Corporate Law and Practice Course Handbook Series, PLI Order No. B4-7208, september 1997, side 440. Harold S. Bloomenthal and Holme Roberts & Owen: "Securities Law handbook", 1998 Edition, West Group, 1998, side 65

⁴³⁾ Electronic Data Gathering, Analysis, and Retrieval System.

til at afgive bestemte former for oplysninger om handlen til kunderne inden disse foretager transaktioner gennem broker-dealeren.⁴⁴⁾

Alle handler, broker-dealeren indgår på OTC-markedet, skal oplyses til NASD, således at disse kan integreres i NASD's efterhandelsoplysninger.

8.3. SROers oplysningsforpligtelser overfor markedsdeltagerne

Priserne for de sidste fortogene transaktioner er af betydning for investorenes vurdering af de udbudte købs- og salgskurser i værdipapiret. Derfor er SROer pålagt en forpligtelse til at afgive både før- og efterhandelsinformationer. Således registreres alle handler foretaget på en SRO. Denne oplysningsforpligtelse er et af målene for the National Market System.

9. The National Market System (NMS)

For at fremme konkurrencen mellem markederne vedtog Kongressen i 1975, at SEC skulle arbejde aktivt for at etablere et 'national market system'.⁴⁵⁾ Det nationale markeds system skal virke for, at priserne fra de forskellige markeder - børserne samt Nasdaq - kan konkurrere på en sådan måde, at investorer kan opnå bedre priser på de enkelte markeder. Dette følger af reglerne om 'best execution' og er et nøgle koncept i NMS. Målene for det nationale markeds system er primært, jf. section 11A:⁴⁶⁾

⁴⁴⁾ F.eks. reglerne ifølge the Penny Stock Reform Act of 1990. Ved uopfordrede salgsforsøg af en broker-dealer, af aktier som handles til lave priser og hvor markedet for aktierne er illikvidt (penny stocks), skal investoren forinden handel indgås af broker-dealeren modtage et dokument, der advarer investoren om de almindelige risici og faldgruber, der eksisterer ved investering i penny stocks. Desuden skal det fremgå, hvad aktierne udbydes til samt hvilken kompensation broker-dealeren modtager ved transaktionens gennemførelse. Tilsvarende regler gælder for broker-dealer's ydelse af lån til investorens køb af værdipapirer samt af 'shortsellings' (hvor investoren låner værdipapirer af broker-dealeren til en salgstransaktion).

⁴⁵⁾ Se mere herom Norman S. Poser: "Restructuring the Stock Markets: A Critical Look at the SEC's National Market System" i "Global Capital Markets and the distribution af Securities", red. Franklin E.Gill, Section of Business Law American Bar Association, 1991, side 25f.

⁴⁶⁾ Andre E.Owens: "The Securities Exchange Act of 1934", Practising Law Institute, Corporate Law and Practice Course Handbook Series, PLI Order No. B4-7208, september 1997, side 437.

1. Effektiv udførelse af transaktioner.
2. Lige konkurrence mellem broker-dealere og de forskellige markeder.
3. Adgang til førhandels- og efterhandelsinformationer.
4. Bedre brokeres mulighed for at udføre ordrer i det bedste marked.
5. Give investorer mulighed for at udføre ordrer uden en dealer.

Loven definerer ikke begrebet 'national market system' og identificerer heller ikke de elementer, som systemet skal bestå af. De fem angivne mål for NMS er det tætteste, Kongressen kom på at forklare konceptet NMS.

SEC valgte at løse denne opgave ved at presse på de registrerede børser og NASD til at udvikle computernetværk til udveksling af information. Dette har ført til en række tiltag, hvoraf særligt CTA, CQS og ITS er af betydning for aktiehandlen på markederne.

9.1. CTA - Consolidated Tape Association

De principale børser har sammen udviklet et system til at sprede efterhandelsinformationer om transaktioner fra børserne og NASD i ét system. Efterhandelsinformationerne gives på systemet uanset om handlen udøves på en af børserne eller på OTC markedet. Systemet administreres af en forening, der hedder 'Consolidated Tape Association'.⁴⁷⁾

Offentliggørelse af volumen og priser af udførte transaktioner på børserne indenfor ganske kort tid efter deres udførelse er et gode for investorerne, idet det giver dem opdaterede markedsinformationer.

9.2. CQS - The Composite Quotation System (CQS)

De registrerede børser og NASD deltager alle i CQS samarbejdet. De indsamler bud og udbud fra marked makerne i deres respektive markeder og spreder disse informationer via kommercielle informations vendors.⁴⁸⁾

⁴⁷⁾ Louis Loss: "Fundamentals of Securities Regulation", 2. Edition, Little, Brown and company, 1988, side 692

⁴⁸⁾ Division of Market Regulation, United States Securities and Exchange Commission, "Market 2000. An Examination of Current Equity Market Developments", U.S. Government Printing Office, 1994, kapitel A III, side 1.

Det centrale koncept i CQS er, at bud og udbud fra konkurrerende specialister og marked makere spredes i et format, som gør det muligt for en broker, der repræsenterer en investors ordrer at sikre den højeste og bedste pris. Dermed kan brokern opnå den bedste pris (best execution) for investoren til enhver given tid.

9.3. ITS - Intermarket Trading System

Intermarket Trading System (ITS) er ligesom CTA- og CQS-planerne et samarbejde mellem de registrerede børser og NASD. Via ITS kan broker-dealere på de respektive markeder handle børsnoterede og Nasdaq/NMS-værdipapirer på de øvrige markeder.

Anvendelse af CQS gør, at broker-dealerne kan se, hvor de kan opnå den bedste pris. De skal imidlertid være i stand til at udføre ordren. Dette opnås delvist gennem ITS.

Den primære funktion med ITS er at forbinde børserne og Nasdaq, ved informationsudveksling mellem markedsdeltagerne på de enkelte markeder.⁴⁹⁾ ITS formidler informationer mellem broker-dealere på det ene marked og broker-dealere på andre markeder. Handler kan udføres via systemet ved at en broker-dealer sender en 'commitment to trade' via ITS til markedet, som han ønsker at handle på. En 'commitment to trade' binder og forpligter afsender i en fastsat tidsperiode. Hvis meddelelsen om handel accepteres af en broker eller specialist på det modtagne marked, sendes der en rapport om udførelse tilbage til afsenderen. Hvis en 'commitment to trade' ikke er accepteret indenfor den fastsatte tidsperiode, bliver den automatisk ugyldig.⁵⁰⁾

Reglerne i ITS-planen kræver, at medlemmerne af de deltagende markeder ikke indgår handler som er dårligere end hvad der kan opnås på et andet deltagende marked.⁵¹⁾

10. Konklusion

Der er to former for registrerede markeder i USA – registrerede børser og markeder der drives af sammenslutninger af værdipapirhandlere. NASD er den eneste nuværende registrerede sammenslutning af værdipapirhandlere. NASD

⁴⁹⁾ Polly Nyquist: "Failure to Engage: The Regulation of Proprietary Trading Systems", Yale Law & Policy Review, vol 13, 1995, side 294.

⁵⁰⁾ Louis Loss: "Fundamentals of Securities Regulation", 2. Edition, Little, Brown and company, 1988, side 694.

⁵¹⁾ SEC Release no. 34-38672, 17 CFR Part 240, web-udgaven, side 134.

driver NASDAQ. Således er reglerne for registrerede markeder i USA udarbejdet for enten medlemsbaserede organisationer eller sammenslutninger.

SEC er et føderalt organ og tjener således også funktionen at samle børserne i de enkelte stater til eet marked. Således skal de krævede oplysninger ifølge udstederes oplysningsforpligtelserne indleveres til SEC og ikke til de enkelte børser. SEC har tilsyn med alle de nationale børser - uanset hvilken stat de er beliggende i. SEC. SEC har krævet, at børserne og NASD indførte et nationalt markeds system - hvorved de bedste priser på de enkelte regulerede markeder er forbundet, således at investor har bedre mulighed for at få en god pris.

SEC har stor kompetence til at håndhæve reglerne gældende for aktiehandel. Dette har højst sandsynlig en præventiv virkning på markedet som helhed - og er dermed et vigtigt middel i SECs kamp imod svig og manipulation.

Et af SECs erklærede mål er beskyttelsen af investorerne. SEC har ved udøvelsen af dette mål en næsten patriarkalsk holdning til investorerne, hvilket fremgår af oplysningskravene og vejledningerne, som SEC fremsætter om forretningsudførelser. Et af kritikpunkterne af SECs reguleringer er, at SEC undervurderer investorenes evner eller tager for megen hensyn til den gruppe af investorer, som ikke kan tage vare på sig selv.

Værdipapirmarkedet i USA er verdens største. Dette betyder givetvis, at SECs holdninger til regulering af nye former for handel har en afsmittende virkning på tiltag fra øvrige landes tilsynsmyndigheder. På nationalt niveau vil SECs betydelige erfaring for regulering af et succesfyldt værdipapirmarked let kunne tjene til inspiration for øvrige landes tilsynsmyndigheder.⁵²⁾ Og SEC har en betydelig indflydelse på internationale tiltag.

⁵²⁾ Til eksempel har Tokyo Stock Exchange indsendt kommentarer til Release no. 34-38672, 17 CFR Part 240 fra 1997. Selv om Tokyo Stock Exchange ikke er den offentlige tilsynsmyndighed, er det en SRO. Se Response to request for comments on the Securities & Exchange Concept Release; File No. S7-16-97, den 3. oktober 1997, Tokyo Stock Exchange.

Revisionen af Domskonventionen og Luganokonventionen

af
Peter Arnt Nielsen

1. Domskonventionen og Luganokonventionen

Domskonventionen regulerer domstolenes internationale kompetence samt spørgsmål om anerkendelse og fuldbyrdelse af domme m.v. i borgerlige sager, herunder handelssager mellem EU-staterne. Konventionen blev indgået i 1968 mellem de daværende EF-stater og er efterfølgende blevet tiltrådt af nye medlemsstater af EU. Konventionen har til formål at lette anerkendelse og fuldbyrdelse af domme afsagt af de nationale domstole mellem medlemsstaterne, hvilket ofte er udtrykt således, at konventionen skal skabe "fri bevægelighed" for domme i EU. Konventionen havde hjemmel i Romtraktatens art. 220, der ved Amsterdam-traktaten er overført til Romtraktatens art. 293.

For at lette anerkendelse og fuldbyrdelse af domme mellem forskellige stater udarbejdes der som regel såkaldte "simple konventioner", som alene regulerer spørgsmålet om anerkendelse og fuldbyrdelse. Et eksempel herpå er den af Haagerkonferencen for International Privatrecht udarbejdede konvention af 1. februar 1971 om anerkendelse og fuldbyrdelse af domme i borgerlige sager, herunder handelssager (Haager-domskonventionen). Denne konvention er baseret på et princip om automatisk anerkendelse og fuldbyrdelse, således at nægtelse kun kan ske i en række nærmere oplyste tilfælde. En række af anerkendelsesnægtelsesgrundene i denne konvention vedrører den fremmede domstols kompetence, således at en dom kan nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse, hvis den fremmede domstol tiltog sig kompetence på et for anerkendelsesstaten og i konventionen anført uacceptabelt kompetencegrundlag. Haager-domskonventionen blev ikke nogen succes; den er alene tiltrådt af Cypern, Holland og Rumænien.

Da man i det daværende EF udarbejdede Domskonventionen havde man Haager-domskonventionen som udgangspunkt for forhandlingerne. Imidlertid fandt man, at anerkendelse og fuldbyrdelse af domme bedst kunne opnås, såfremt man ikke kun fastsatte regler om anerkendelse og fuldbyrdelse af domme, men også fastsatte regler om domstolenes internationale kompetence i de pågældende sager. Herved blev konventionen til en såkaldt "dobbelt-

konvention". Fordelen ved en sådan konvention i forhold til en simpel konvention er, at anerkendelsesnægtelsesgrundene vedrørende den fremmede domstols kompetence ikke behøves, da kompetencereglerne reelt er blevet harmoniserede. Herved lettes anerkendelsen og fuldbyrdelsen af en dom.

I øvrigt udarbejdede man en protokol til Domskonventionen, således at EF-Domstolen kan afgøre præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af konventionen, som forelægges af de nationale domstole. Indtil nu har EF-Domstolen afsagt mere end 100 afgørelser om konventionens fortolkning. I sin retspraksis har EF-Domstolen i øvrigt opstillet et grundlæggende retsikkerhedsprincip. Princippet har givet sig udslag i, at kompetencereglerne skal fortolkes på en sådan måde, at de bliver så forudsigelige som overhovedet muligt. For det andet har princippet givet sig udslag i, at det er en forudsætning for anerkendelse og fuldbyrdelse af en dom, herunder et foreløbigt retsmiddel, at processen i domsstaten var baseret på det kontradiktoriske princip. Hertil kommer, at man i EF-Domstolens praksis kan spore en meget stærk tendens til at fortolke konventionens retlige begreber autonomt, dvs. efter en fælles standard, medmindre dette som følge af for store forskelle i medlemsstaternes lovgivning ikke kan lade sig gøre, eller det ved konventionen er bestemt, at et begreb skal fortolkes efter national ret. Den autonome fortolkningsstil skyldes ønsket om, at konventionen i videst muligt omfang anvendes ens af de kontraherende stater.

Domskonventionen blev en succes. Det så EFTA-staterne, og de anmodede EF-staterne om, at der mellem EF- og EFTA-staterne blev udarbejdet en tilsvarende konvention om domstolenes internationale kompetence samt om anerkendelse og fuldbyrdelse af domme. Anmodningen førte til, at der i 1988 blev underskrevet en såkaldt "parallel-konvention" mellem EF- og EFTA-staterne. Luganokonventionen er en kopi af Domskonventionen; der er anvendt samme ordlyd og litrering. Kun på enkelte punkter adskiller Luganokonventionen sig fra Domskonventionen. Også Luganokonventionen blev en succes.

Mens Domskonventionen kun kan tiltrædes af EU-stater, kan Luganokonventionen også tiltrædes af tredjestater, dvs. stater, som hverken er medlem af EU eller EFTA. Oprindeligt var denne adgang vistnok tiltænkt at kunne blive anvendt i forhold visse tidligere engelske kolonier, navnlig Canada, Australien og New Zealand. Siden 1988, hvor Luganokonventionen blev underskrevet, er denne adgang imidlertid mere relevant i forhold til en række østeuropæiske stater, som gerne vil optages i EU, og derfor også anmoder om deltagelse allerede nu i det civilretlige samarbejde mellem EU- og EFTA-staterne. Polen er således allerede accepteret som deltager i Luganokonventionen, og det forventes fra polsk side, at konventionen vil være gennemført næste år.

Nye medlemsstater af EU henholdsvis EFTA forpligter sig ved optagelsen i EU henholdsvis EFTA at tiltræde Domskonventionen henholdsvis Luganokonventionen. I forbindelse hermed udarbejdes der tiltrædelseskonventioner, som overvejende er af teknisk karakter. Imidlertid blev der i forbindelse med Spaniens og Portugals tiltrædelse af Domskonventionen ved den såkaldte "San Sebastian-konvention" i 1989 foretaget enkelte væsentlige materielle ændringer af Domskonventionens kompetenceregler, som havde vist sig at fungere mindre hensigtsmæssigt. Der var tale om "småreparationer" af konventionen, og nogen egentlig gennemgribende revision var det således ikke.

2. Revisionsarbejdet

Knap 10 år efter "småreparationerne", dvs. i begyndelsen af 1998, besluttede EU- og EFTA-staterne at nedsætte en arbejdsgruppe med det formål at foretage en revision af både Domskonventionen og Luganokonvention. Arbejdsgruppen forventes at være færdig med revisionen i løbet af første halvdel af 1999.

Revisionsarbejdet har til hovedformål at revidere bestemmelser i konventionerne, som har vist sig at fungere utilfredsstillende i praksis. Det er forudsat, at revisionen skal foretages med respekt af de grundlæggende principper i konventionerne, herunder det af EF-Domstolen opstillede retssikkerhedsprincip. Endelig skal revisionen øge paralleliteten mellem Domskonventionen og Luganokonventionen. Der er for så vidt tale om "et begrænset hovedeftersyn" af konventionerne.

I det følgende redegøres der for en række af de spørgsmål, der overvejes under revisionsarbejdet.

3. Bopælsbegrebet for fysiske personer

Det er udgangspunktet i Domskonventionen og Luganokonventionen, at en fysisk person, som har bopæl i en kontraherende stat, skal sagsøges i den stat, hvor han har bopæl, jfr. konventionernes art. 2.

Bopælsbegrebet for fysiske personer skal efter art. 52 fortolkes i overensstemmelse med national procesret i den stat, hvor sagen er anlagt. Har en part ikke bopæl i den stat, hvor sagen er anlagt, skal domstolen ved vurderingen af, om parten har bopæl i en anden kontraherende stat, anvende denne stats nationale, procesuelle bopælsbegreb. Det betyder f.eks., at man ved vurderingen af om sagsøgte har bopæl i Danmark, skal anvende dansk rets bopælsbegreb, jfr. retsplejelovens § 235. Har sagsøgte ikke bopæl her, og gør

han gældende, at han har bopæl i Frankrig, skal den danske domstol ved vurderingen heraf således anvende fransk rets processuelle bopælsbegreb. Konsekvensen af art. 52 er, at man under konventionerne reelt anvender 18 forskellige bopælsbegreber. Spørgsmålet er derfor, om man i stedet skal vælge et fælles bopælsbegreb. Dette vil i givet fald sikre et ensartet hovedværneting. En mulighed er i så fald at anvende "sædvanligt opholdssted", som i stigende omfang vinder frem som tilknytningsled inden for den internationale privat- og procesret. I den forbindelse er det spørgsmålet, om dette begreb skal defineres f.eks. i konventionerne eller blot i forarbejderne hertil.

En anden mulighed er at ophæve art. 52. Det vil så være overladt til EF-Domstolen at fastlægge indholdet af bopælsbegrebet, og det er da meget muligt, at bopælsbegrebet vil blive fastlagt autonomt.

En tredje mulighed er at kombinere det sædvanlige opholdssted og det nationale bopælsbegreb, således at en person har bopæl i den stat, hvor han efter national ret har bopæl, eller i den stat, hvor han har sædvanligt opholdssted.

4. Hjemstedsbegrebet for juridiske personer

Ifølge konventionernes art. 53, stk. 1, 1. pkt. skal selskabers og juridisk personers hjemsted ved anvendelsen af konventionerne sidestilles med fysiske personers bopæl. Dette indebærer blot, at udtrykket "bopæl" i konventionerne skal læses som hjemsted, når der er tale om selskaber og juridiske personer (herefter "juridiske personer").

En domstol skal ved fastlæggelsen af hjemstedet for juridiske personer anvende de internationale privatretlige regler, der gælder for den, jfr. art. 53, stk. 1, 2. pkt. Domstolen skal således anvende sine egne lovvalgsregler ved afgørelsen af, hvor en juridisk person har hjemsted. Reglen er ganske uklar, fordi henvisningen til de internationale privatretlige regler kan forstås på to måder. Den ene mulighed er, at domstolen afgør hjemstedets beliggenhed i overensstemmelse med det begreb, der anvendes som tilknytningsled i de lovvalgsregler, der gælder for juridiske personer i forum-staten. Den anden løsning er, at domstolen fastlægger hjemstedets beliggenhed i henhold til den stats lovgivning, som forum-statsens lovvalgsregler henviser til.

Art. 53 er som følge af den uklare henvisning til den internationale privatret meget svær at anvende i praksis. Der foreligger dog ikke nogen domme fra EF-Domstolen om reglens indhold, hvilket umiddelbart kan tolkes således, at reglen ikke giver anledning til praktiske problemer. På den anden side kan den manglende praksis måske også udlægges således, at reglen ganske enkelt er for kompliceret at anvende, hvorfor den slet ikke anvendes, med den følge, at domstolene i stedet anvender deres egne processuelle hjemstedsbegreber.

På denne baggrund overvejes det, om det er muligt at fastlægge et autonomt processuelt hjemstedsbegreb for juridiske personer. I nogle staters procesret lægges der vægt på det sted, hvor den centrale ledelse udøves, mens andre stater lægger vægt på det sted, hvor det vedtægtsmæssige hovedsæde er. I praksis vil det faktiske og det vedtægtsmæssige hjemsted dog være i den samme stat i langt de fleste tilfælde.

En løsning er, at fastlægge det processuelle hjemsted som værende i den stat, hvor den centrale ledelse udøves, og udøves den centrale ledelse ikke i en kontraherende stat, anses hjemstedet for at være i den kontraherende stat, hvor den juridiske person har sit vedtægtsmæssige hjemsted. Denne regel indebærer, at det processuelle hjemsted er i den kontraherende stat, hvor den centrale ledelse udøves, og dette gælder uanset, at der eventuelt er vedtægtsmæssigt hjemsted i en anden kontraherende stat. Kun i tilfælde, hvor den centrale ledelse ikke udøves i en kontraherende stat, anses det processuelle hjemsted for at være i den kontraherende stat, på hvis område den juridiske person har sit vedtægtsmæssige hjemsted.

En anden løsning er at fastlægge hjemstedet som værende i den kontraherende stat, hvor den centrale ledelse udøves, eller i den stat, hvor det vedtægtsmæssige hjemsted er. Denne regel er kumulativ forstået på den måde, at i tilfælde, hvor en juridisk person har sin centrale ledelse i én kontraherende stat og sit vedtægtsmæssige hjemsted i anden kontraherende stat, anses den juridiske person for at have processuelt hjemsted i begge stater. Reglen kan begrundes med, at en juridisk person, der vælger at være organiseret på denne måde, i processuel henseende bør kunne sagsøges i begge stater, da der er en rimelig væsentlig tilknytning til begge stater. Sagsøger kan således vælge, hvor sagen skal anlægges, og litispendensreglerne m.v., jfr. art. 21-23, vil sikre, at der ikke verserer konkurrerende sager i forskellige medlemsstater.

En tredje løsning er, at man i den netop nævnte regel erstatter det vedtægtsmæssige hjemsted, således at en juridisk person alternativt anses for at have hjemsted også i den stat, hvor den har et kontor eller anden officiel adresse, såfremt den juridiske person er stiftet, registreret eller etableret i henhold til loven i denne stat.

En fjerde mulighed er helt at ophæve art. 53, hvilket vil føre til, at det overlades det til EF-Domstolen at fastlægge hjemstedsbegrebet. Dette vil formentligt da blive fastlagt autonomt.

Et andet spørgsmål er, hvorledes hjemstedsbegrebet skal fastlægges i forhold til art. 16, stk. 2. Ifølge denne bestemmelse har domstolene i den kontraherende stat, hvor den juridiske person har hjemsted, eksklusiv kompetence med hensyn til sager om gyldighed, ugyldighed eller opløsning af juridiske personer, og om beslutninger truffet af disses organer. I disse sager er det afgørende, at der anvendes ét og kun ét hjemstedsbegreb.

Spørgsmålet er da, om den afgørende tilknytningsfaktor skal udformes således, at eksklusiv kompetence i disse sager skal tillægges domstolene i den stat, hvor den centrale ledelse udøves, eller den stat, hvor det vedtægtsmæssige hovedsæde er.

5. Det generelle kontraktsværneting

Det generelle kontraktsværneting i art. 5, nr. 1 er et såkaldt alternativt værneting, som kan anvendes i tillæg til bopælsværneting i art. 2. Ifølge art. 5, nr. 1 kan der i sager om kontraktsforhold også anlægges sag ved retten på det sted, hvor den forpligtelse, der ligger til grund for sagen, er eller skal opfyldes. Bestemmelsens begrundelse er, at der ofte vil være en rimelig tilknytning i processuel henseende mellem det sted, som udpeges efter reglen og tvisten som sådan. Dette er navnlig tilfældet, hvor der er tale om komplekse kontrakter, som karakteriseres ved, at parterne har påtaget sig en række forskelligartede forpligtelser over for hinanden.

Reglen gælder for alle typer af kontrakter, herunder aftaler om løsøre og tjenesteydelser, medmindre aftalen omfattes af art. 16 om eksklusiv kompetence eller reglerne om forsikringssager og visse forbrugerftaler, jfr. art. 7-12 a og art. 13-15. For individuelle arbejdskontrakter indeholder bestemmelsens 2. led nogle særregler, jfr. pkt. 6.

Til trods for den enkle formulering af bestemmelsen er reglen meget vanskelig at anvende i praksis. Dette skyldes især, at man for at finde opfyldelsesstedet for den forpligtelse, der ligger til grund for sagen, skal anvende den for kontrakten anvendelige lov. For at fastslå kompetence efter reglen er det derfor nødvendigt indledningsvist at foretage et lovvalg. Et andet problem er at fastlægge, hvilken forpligtelse der er tale om, og hvor opfyldelsesstedet for denne forpligtelse i givet fald er. Et tredje problem er, om der overhovedet er tale om et kontraktsmæssigt krav. For det fjerde fører reglen til, at kreditor i tilfælde, hvor betalingen efter den for kontrakten gældende lov skal ske på kreditors bopæl, kan sagsøge skyldneren for manglende betaling ved sit eget hjemting.

Der foreligger en lang række afgørelser fra EF-Domstolen afsagt i perioden 1976-1998 om fortolkningen af art. 5, nr. 1. På denne baggrund har art. 5, nr. 1 efterhånden fået et forholdsvis fast indhold, selv om der er mange andre problemer, som endnu ikke er løst.

Kontraktsværnetinget er meget ofte blevet anvendt således, at sagen anlægges ved sagsøgers eget hjemting, dvs. på "hjemmebane". Afgørende er reelt, om sagsøger kan "finde" en forpligtelse under kontrakten, der er opfyldt eller skal opfyldes i den stat, hvor han har bopæl. Art. 5, nr. 1 giver således anledning til betydelige overvejelser om *forum shopping*. I visse tilfælde kan

sagsøgers iver efter at "finde" en sådan forpligtelse under kontrakten tilmed virke spekulativ. En statistisk undersøgelse af art. 5, nr. 1 viste i øvrigt, at ud af 99 nationale afgørelser i 1994 blev 35 anlagt ved sagsøgtes hjemting, mens reglen i 64 sager førte til, at sagen blev anlagt ved sagsøgers værneting. I intet tilfælde førte reglen til, at sag blev anlagt i en stat, hvor hverken sagsøger eller sagsøgte havde bopæl. I virkeligheden har reglen således udviklet sig til et "sagsøgerværneting" (*forum actoris*).

Der er flere reformmuligheder.

En mulighed er helt at ophæve kontraktsværnetinget. Dette betyder, at man i kontraktsforhold enten anlægger sag ved sagsøgtes bopæl i medfør af konventionernes art. 2, eller at man overlader det til parterne selv at vurdere, om der er processuelt eller andet behov for et supplerende kontraktsværneting, hvilket parterne i givet fald selv kan aftale ved en udtrykkelig eller stiltiende værnetingsaftale, jfr. konventionernes art. 17 og 18. Denne adgang til at indgå værnetingsaftaler gælder efter konventionerne både før og efter tvistens opståen, medmindre der er tale om en værnetingsaftale i forsikringsager, visse forbrugersager og individuelle arbejdskontrakter, jfr. nærmere art. 12, 15 og 17, stk. 6, eller en værnetingsaftale om et spørgsmål omfattet af art. 16 om eksklusiv kompetence.

En anden mulighed er at ændre art. 5, nr. 1 således, at der i kontraktsforhold også kan anlægges sag ved retten på det sted, hvor den for kontrakten karakteristiske ydelse skal opfyldes. Begrebet "den karakteristiske ydelse" anvendes i Romkonventionens art. 4, stk. 2 om lovvalget i kontrakter, hvor parterne ikke har aftalt et lovvalg. Løsningen vil som altovervejende hovedregel føre til, at der kun er ét alternativt kontraktsværneting uafhængigt af, hvilken forpligtelse, der i øvrigt ligger til grund for sagen. Herved begrænses muligheden for *forum shopping* betydeligt. Lovvalgsproblemet består dog fortsat. Løsningen vil dog i øvrigt næppe altid indebære, at der er en væsentlig processuel tilknytning mellem domstolene i den stat, hvor opfyldelsesstedet for den karakteristiske ydelse er og den konkrete tvist. Reglen fører f.eks. til, at en sælger, hvor leveringsstedet er ved sælgers bopæl eller hjemsted, kan anlægge sag på "hjemmebane", selv i tilfælde, hvor tvisten drejer sig om, hvorvidt der er mangler ved det leverede løse, der oftest på tidspunktet for tvistens opståen befinder sig i købers stat.

En tredje mulighed er at udarbejde et kontraktsværneting, som helt undgår henvisninger til den for kontrakten gældende lov ved brug af et uniformt begreb baseret på faktiske forhold. Herefter kan der i kontraktsforhold f.eks. anlægges sag på det sted, hvor løsøret blev overgivet til køber, og det sted, hvor tjenesteydelser blev udført. Denne løsning giver også sagsøger færre valgmuligheder, men vil formentlig i betydeligt omfang forudsætte en række

principielle afgørelser fra EF-Domstolen til belysning af begrebernes nærmere indhold.

En fjerde mulighed er at beholde art. 5, nr. 1 i sin nuværende udgave, men indføre begrænsninger i særlige tilfælde, hvor der er en formodning for, at der sjældent er tilstrækkelig processuel tilknytning mellem tvisten og den udpegede domstol. Herefter kan kontraktsværnetinget f.eks. begrænses således, at det ikke finder anvendelse på den efter kontrakten gældende hovedforpligtelse til at betale. Herved bevares den gældende retspraksis og det rationale, der ligger bag art. 5, nr. 1. En lignende begrænsende regel findes i retsplejelovens § 242, stk. 2. En anden begrænsning kan være en regel, hvorefter det gældende kontraktsværneting ikke kan anvendes, såfremt opfyldelsesstedet for den forpligtelse, der ligger til grund for sagen, er i den kontraherende stat, hvor sagsøger har bopæl.

6. Individuelle arbejdskontrakter

Både Domskonventionen og Luganokonventionen indeholder enkelte særlige kompetenceregler for individuelle arbejdskontrakter, som kan anvendes i tillæg til hovedværnetinget i art. 2. Kontraktsværnetinget i art. 5, nr. 1 indeholder således i 2. led en regel, hvorefter opfyldelsesstedet for den pågældende forpligtelse i sager vedrørende individuelle arbejdskontrakter anses for at være det sted, hvor arbejdstageren sædvanligvis udfører sit arbejde. Dette særlige kontraktsværneting kan anvendes af både arbejdstageren og arbejdsgiveren.

Domskonventionen indeholder en tilføjelse for tilfælde, hvor arbejdstageren ikke udfører sit arbejde i en bestemt stat, hvorefter arbejdsgiveren i disse tilfælde ligeledes kan sagsøges i den stat, hvor den virksomhed, som antog arbejdsgiveren, er eller var beliggende. Domskonventionens tilføjelse gælder således kun i søgsmål mod arbejdsgiveren.

Luganokonventionen indeholder ligeledes en tilføjelse i tilfælde, hvor arbejdstageren ikke sædvanligvis udfører sit arbejde i en bestemt stat. Under Lugnokonventionen kan der i disse tilfælde også anlægges sag i den stat, hvor den virksomhed, som antog arbejdstageren, er beliggende. Luganokonventionen adskiller sig således fra Domskonventionen på dette punkt, da Luganokonventionens supplerende regel kan anvendes af både arbejdstageren og arbejdsgiveren, men til gengæld tillægges kompetencen kun den stat, hvor den antagende virksomhed er (og dermed ikke "eller var") beliggende.

For så vidt angår værnetingsaftaler i individuelle arbejdskontrakter følger det af Domskonventionens art. 17, stk. 6, at sådanne aftaler kun er gyldige, såfremt de er indgået efter tvistens opståen, eller såfremt arbejdstageren påberåber sig værnetingsaftalen med henblik på at anlægge sag ved en anden

ret end retterne på et sted, hvor sagsøgte har bopæl, eller de i art. 5, stk. 1 nævnte retter. Luganokonventionen er derimod mere begrænset. Ifølge denne konventions art. 17, stk. 5 er sådanne værmetingsaftaler uanset deres indhold kun gyldige, hvis de er indgået efter tvistens opståen.

Som nævnt er et af formålene med den igangsatte revision af konventionerne at øge paralleliteten mellem Domskonventionen og Luganokonventionen, og i forhold til individuelle arbejdskontrakter forsøger man at udjævne forskellene mellem konventionerne på dette område. Betragter man arbejdstageren som den svage part, fører dette til, at Domskonventionens løsninger vedrørende art. 5, nr. 1, 2. led og art. 17, stk. 6 bør foretrækkes fremfor Luganokonventionens løsninger.

I fortsættelse af denne tankegang overvejes det også at ændre adgangen til at benytte de supplerende værmeting for individuelle arbejdskontrakter i art. 5, nr. 1, 2. led således, at disse værmeting alene skal kunne benyttes af arbejdstageren i søgsmål mod arbejdsgiveren og således ikke af arbejdsgiveren i dennes søgsmål mod arbejdstageren. Dette vil så gælde uanset om arbejdstageren sædvanligvis udfører sit arbejde i én bestemt stat eller ej.

En mere retsteknisk følge af denne tankegang vil være, at reglerne om individuelle arbejdskontrakter samles i en selvstændig afdeling på tilsvarende vis som tilfældet er med forsikringssager, jfr. afdeling 3, og visse forbrugersager, jfr. afdeling 4.

Betrakter man arbejdstageren som den præsumptivt svage part på linie med en forsikringstager og en forbruger, kan det også overvejes at ændre art. 28, stk. 1, således at en retsafgørelse, hvor de særlige kompetenceregler for individuelle arbejdskontrakter er tilsidesat, kan nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse på tilsvarende vis som det er tilfældet, hvor kompetencereglerne i afdeling 3 og 4 er tilsidesat. På den anden side er arbejdstageren ofte bistået af en interesseorganisation i søgsmål mod arbejdsgiveren, hvorfor dette kan tale for i anerkendelses- og fuldbyrdelsesmæssig henseende ikke at sidestille arbejdstageren med en forsikringstager eller forbruger.

7. Deliktsværnetinget

Ifølge konventionernes art. 5, nr. 3 kan der i sager om erstatning uden for kontrakt også anlægges sag ved retten på det sted, hvor skadestilføjelsen er foregået. Man kan rejse spørgsmålet om, i hvilket omfang den til bestemmelsen hørende retspraksis bør kodificeres, og spørgsmålet om, i hvilket omfang retspraksis bør tilsidesættes. I denne sammenhæng er det navnlig afgørelserne i Saml. 1976.1735 (Bier) og i særdeleshed Saml. 1995.415 (Fiona Shevill), der giver anledning til debat.

Et andet spørgsmål er, om art. 5, nr. 3 også omfatter sager om truende skade. Der er i teorien tvivl om, hvorvidt dette er tilfældet. Det kan derfor diskuteres, hvorvidt art. 5, nr. 3 skal ændres eller præciseres, således at der også kan anlægges sag ved retten på det sted, hvor skadestilføjelse kan foregå. I denne sammenhæng har det navnlig betydning, om den supplerende kompetence da skal tildeles retterne på det sted, hvor den skadegørende handling vil blive foretaget (handlingsstedet), retterne på det sted, hvor den skadegørende handling vil have sin virkning (virkningsstedet) eller begge steder. Spørgsmålet er praktisk relevant ved potentielle distancedelikter som f.eks. miljøsager og konkurrencesager.

8. Forsikringssager

Domskonventionen indeholder i art. 7-12 a særlige regler om kompetence i forsikringssager. Reglerne hviler på den forudsætning, at forsikringstageren er den præsumptivt svage part, hvorfor muligheden for at sagsøge forsikringstageren, den sikrede og den begunstigede som hovedregel kun kan ske ved dennes hjemting, jfr. art. 11. Endvidere kan forsikringstageren altid sagsøge forsikringsgiveren ved sit eget hjemting, jfr. art. 8, stk. 1, nr. 2.

Man overvejer om art. 8, stk. 1, nr. 2 skal udvides, således at en forsikringsgiver også skal kunne sagsøges i en anden kontraherende stat, såfremt forsikrede eller den begunstigede har bopæl i denne stat.

Adgangen til at indgå værnetingsaftaler i forsikringssager er stærkt begrænset, da dette kun er muligt i de i art. 12 nævnte tilfælde, der gælder hvad enten forsikringstageren er forbruger eller erhvervsdrivende. De omfattede tilfælde er bl.a., at aftalen er indgået efter tvistens opståen, at forsikrings-tageren, den begunstigede eller den sikrede tillægges en bedre processuel retsstilling end den, der følger af konventionens forsikringsregler, eller at der er tale om såkaldte store risici, jfr. art. 12 a.

På denne baggrund overvejes det, hvorvidt adgangen til at indgå værnetingsaftaler skal lempes, således at dette altid er muligt mellem erhvervsdrivende, uanset om aftalen indgås før eller efter tvistens opståen og uanset, om der er tale om en stor-risiko eller ej.

9. Forbrugersager

I forhold til forbrugersager har navnlig to spørgsmål interesse under revisionsarbejdet. Det er for det første spørgsmålet om beskyttelse af forbrugernes kollektive interesser, som ikke er reguleret i de gældende konventioner, og for det andet spørgsmålet om anvendelsesområdet for de i

konventionerne gældende kompetenceregler for visse forbrugersager, jfr. nærmere art. 13.

I forbindelse med udarbejdelsen af direktivet om forbud til beskyttelse af forbrugernes kollektive interesser (direktiv 98/27/EU af 19. maj 1998) drøftedes det, hvorvidt der i direktivet skulle fastsættes en regel om domstolens internationale kompetence, men der kunne ikke opnås enighed herom. Var der heri blevet fastsat en kompetenceregel, ville denne i øvrigt få forrang for Domskonventionen, jfr. dennes art. 57, stk. 3.

I lyset af det vedtagne direktiv har man under revisionsarbejdet rejst spørgsmålet om, hvorvidt der bør fastsættes en regel i Domskonventionen og Luganokonventionen, hvorefter man i søgsmål med påstand om forbud med henblik på at forhindre overtrædelser af love, der beskytter forbrugernes kollektive interesser for så vidt angår reklame, kontraktvilkår og lignende, skal kunne anlægge en sådan sag ved retten på det sted, hvor overtrædelsen har fundet sted, dvs. hvor overtrædelsen blev foretaget eller havde sin virkning. En sådan kompetenceregel kan navnlig støttes på, at forbrugerbeskyttelse har stadig stigende prioritet i EU, og at det pågældende direktiv ikke har nogen væsentlig gennemslagskraft, hvis det ikke suppleres med en regel om international kompetence. Af argumenter imod forslaget kan man pege på spørgsmålet om, hvorvidt sager af den pågældende karakter overhovedet falder ind under konventionernes anvendelsesområde, og om ikke dette særlige forbrugerområde er bedre tjent ved at blive reguleret under en eventuel revision af direktivet om forbud til beskyttelse af forbrugernes kollektive interesser.

Ifølge de gældende kompetenceregler i konventionerne, der omfatter visse forbrugersager som defineret i art. 13, beskyttes forbrugeren som den præsumptivt svage part. Forbrugeren kan således anlægge sag mod den erhvervsdrivende i den kontraherende stat, hvor forbrugeren har sin bopæl og i den stat, hvor den erhvervsdrivende har sin bopæl. På den anden side kan den erhvervsdrivende kun anlægge sag mod forbrugeren i forbrugerens bopælsstat, jfr. i det hele art. 14. Disse regler kan kun fraviges ved aftale i de i art. 15 nævnte tilfælde, dvs. navnlig hvor værmetingsaftalen er indgået efter tvistens opståen, eller hvor værmetingsaftalen giver forbrugeren ret til at anlægge sag ved andre domstole end de, som følger af konventionens forbrugerregler, jfr. art. 15, nr. 1 og 2. Disse regler giver ikke anledning til egentlige revisionsovervejelser.

Anderledes forholder det sig med anvendelsesområdet for disse værmetingsregler. Anvendelsesområdet er fastlagt i konventionernes art. 13, således at reglerne finder anvendelse i tre tilfælde. For det første gælder reglerne sager om køb af løsøregenstande, hvor købesummen skal betales i rater, jfr. art. 13, stk. 1, nr. 1. For det andet gælder reglerne også, når sagen

vedrører lån, der skal tilbagebetales i rater, eller andre kreditdispositioner, som er bestemt til finansiering af køb af sådanne genstande, jfr. art. 13, stk. 1, nr. 2. Det er er fælles for art. 13, stk. 1, 1. og 2. led, at de i bestemmelsen nævnte kontrakter, uanset under hvilke omstændigheder aftalen er indgået, altid er omfattet af forbrugerkompetencereglerne.

I modsætning hertil står den tredje kategori af aftaler, som nævnes som en del af anvendelsesområdet for forbrugerværnetingene, jfr. art. 13, stk. 1, 3. led. Ifølge denne bestemmelse omfatter forbrugerkompetencereglerne også enhver anden kontrakt end de i bestemmelsens 1. og 2. led nævnte aftaler, såfremt aftalens formål er levering af tjenesteydelser eller løsøre. Dette gælder dog kun, hvis aftalen er indgået under særlige forhold. Disse særlige forhold består for det første i, at fremsættelse af særligt tilbud eller reklamering i den stat, hvor forbrugeren har sin bopæl, skal være gået forud for kontraktens indgåelse. Endvidere skal forbrugeren i denne stat have foretaget de dispositioner, der er nødvendige for indgåelse af kontrakten.

Dette anvendelsesområde for forbrugerkompetencereglerne er overordentligt kompliceret, hvorfor det overvejes at forenkle reglerne uden at indskrænke anvendelsesområdet væsentligt. En mulighed er ganske enkelt at ophæve art. 13, stk. 1, 1. og 2. led. Meget kan på denne måde vindes ved klare regler, som fremmer retsanvendeligheden. På den anden side vil det i visse tilfælde ikke kunne accepteres set fra forbrugersiden, at terræn, der en gang er vundet, skal afgives igen.

Et andet spørgsmål, der har betydning, er den stigende handel på internettet til forbrugere i enkelte og/eller forskellige stater. Selv om man formentlig med rette kan fortolke art. 13, stk. 1, 3. led således, at internethandel er omfattet af reglen, kan det have en betydelig signalværdi at præcisere reglen, således at det er åbenbart, at internethandel omfattes. På den anden side er der næppe heller grund til at mystificere internettet med krav om særlige regler, da nettet i bund og grund blot er et kommunikationsmiddel på linie med f.eks. telefon, fax, telex og tv-reklamer, selv om det ganske vist kan nå en større skare af potentielle modtagere.

På denne baggrund overvejes det at gøre det til udgangspunktet i art. 13, stk. 1, at enhver aftale omfattes af forbrugerkompetencereglerne, når aftalen er indgået med en person, der udfører erhvervsmæssige aktiviteter i den stat, hvor forbrugeren har sin bopæl, eller når den erhvervsdrivende ved elektroniske midler eller på enhver anden måde retter erhvervsmæssige aktiviteter mod denne stat eller flere stater, såfremt aftalen omfattes af de pågældende erhvervsmæssige aktiviteter. En anden mulighed er at fastsætte, at enhver aftale omfattes af forbrugerkompetencereglerne, såfremt løsøre eller tjenesteydelser ifølge kontrakten skal leveres eller sendes til forbrugeren.

bopælsstat. Det kan endvidere diskuteres, om det da er nødvendigt at beholde art. 13, stk. 1, 1. og 2. led.

10. Eksklusiv kompetence

Ifølge konventionernes art. 16, nr. 1, litra a har domstolene i den kontraherende stat, hvor en fast ejendom er beliggende, eksklusiv kompetence til at pådømme sager om rettigheder over fast ejendom samt om leje eller forpagtning af fast ejendom. Herfra gælder en undtagelse for leje- og forpagtningsaftaler vedrørende fast ejendom, der er indgået til midlertidig privat brug for et tidsrum af højst seks på hinanden følgende måneder, jfr. art. 16, stk. 1, litra b. Er der tale om en sådan aftale, har også retterne i den stat, hvor sagsøgte har bopæl, kompetence til at pådømme sagen.

Efter Domskonventionen gælder undtagelsen dog kun, hvor ejer og lejer eller forpagter er fysiske personer, og såfremt de har bopæl i samme stat. Luganokonventionens undtagelsesregel er lidt bredere, da den kan anvendes, hvor lejer eller forpagter er en fysisk person, og såfremt ingen af parterne har bopæl i den kontraherende stat, på hvis område ejendommen er beliggende.

Omfanget af denne undtagelsesregel diskuteres bl.a. i sammenhæng med ønsket om en øget parallelisering mellem Domskonventionen og Luganokonventionen. Er det målet at få en så bred undtagelse som muligt fra den eksklusive kompetence, bør Luganokonventionens art. 16, stk. 1, litra b foretrækkes frem for Domskonventionens regel.

11. Udtrykkelige værnetingsaftaler

Konventionernes art. 17 regulerer udtrykkelige værnetingsaftaler for så vidt en af parterne har bopæl i en kontraherende stat, og såfremt aftalen tillægger kompetence til en eller flere domstole i en kontraherende stat. Der opstilles i bestemmelsen bl.a. et formkrav om skriftlighed til sådanne aftaler.

Man kan diskutere, hvorvidt skriftlighedskravet også er opfyldt, hvor værnetingsaftalen foreligger i elektronisk form o.lign. Dette må dog antages at være tilfældet.

Det overvejes også at præcisere art. 17, således at det klarere fremgår, at en værnetingsaftale anses for at tildele eksklusiv kompetence til den eller de valgte domstole, medmindre andet fremgår af parternes aftale.

Endvidere overvejes det at ophæve art. 17, stk. 5 som overflødig. Bestemmelsen fastsætter, at såfremt en værnetingsaftale kun er indgået til fordel for én af parterne, bevarer denne retten til at anlægge sag ved enhver anden ret, der har kompetence efter konventionens regler. Det tilsvarende ville

formentlig gælde uden bestemmelsen, da retsstillingen vel følger af almindelige fortolkningsprincipper.

12. Stiltiende værnetingsaftaler

Efter konventionernes art. 18 bliver en domstol, der ellers ikke har kompetence i en given sag efter konventionen, kompetent, såfremt sagsøgte giver møde for domstolen. Reglen indebærer, at en part ved sine processuelle undladelser anses for at have indgået en stiltiende værnetingsaftale. En sådan aftale anses dog ikke for indgået, såfremt sagsøgte "kun" giver møde for at bestride rettens kompetence.

Anvendelsen af ordet "kun" har givet anledning til nogen tvivl om, hvorvidt sagsøgte kun kunne fremsætte processuelle indsigelser, hvilket ville være uheldigt, fordi man efter nogle kontraherende staters nationale procesret da taber adgangen til senere at fremsætte realitetsindsigelser. I Saml. 1981.1671 (Elefanten Schuh) statuerede EF-Domstolen imidlertid, at ordet "kun" ikke skulle fortolkes på denne måde. I konsekvens heraf forventes det, at dommen på dette punkt kodificeres, således at ordet "kun" udgår af art. 18.

13. Værnetings- og voldgiftsklausuler

Under både Domskonventionen og Luganokonventionen er det klart, at enhver domstol, som i øvrigt måtte have kompetence til at behandle en tvist under konventionerne, kan tage stilling til, om en foreliggende værnetings- eller voldgiftsklausul er gyldig eller ej. Sagsøger f.eks. en græsk part en englænder i Grækenland i et kontraktsmæssigt forhold i medfør af art. 5, nr. 1, og påstår englænderen afvisning under henvisning til, at der efter hans opfattelse er indgået en gyldig værnetings- eller voldgiftsaftale til fordel for de engelske domstole eller en voldgiftsret i England, kan den græske domstol tage stilling til indsigelsen. Finder domstolen, at klausulen er ugyldig, kan den behandle sagen, og en eventuel dom skal anerkendes og fuldbyrdes i EU, herunder også i England.

Har man den opfattelse, at værnetings- og voldgiftsklausuler skal rangere på niveau med eksklusiv kompetence, kan man imidlertid rejse spørgsmålet, om eksistensen af en værnetings- eller voldgiftsklausul skal indebære, at den efter værnetingsaftalen udpegede domstol respektivt udpegede voldgiftsret skal være enekompetent til at tage stilling til værnetings- eller voldgiftsaftalens gyldighed. I så fald kan man foreslå en regel, hvorefter en domstol, for hvilken der indbringes en tvist i strid med en værnetings- eller voldgiftsaftale, ex officio skal afvise sagsanlægget eller udsætte afgørelsen om

kompetence, indtil den efter værnetingsaftalen udpegede domstol eller voldgiftsret har taget stilling til klausulens gyldighed. En tilsvarende regel findes for så vidt angår eksklusiv kompetence i Domskonventionens og Luganokonventionens art. 19.

På baggrund af denne tankegang kan det også overvejes, om en dom afsagt i strid med en værnetings- eller voldgiftsaftale skal kunne nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse. Dette er jo tilfældet med domme afsagt i strid med art. 16, jfr. art. 28, stk. 1.

Over for denne opfattelse, hvorefter værnetings- og voldgiftsklausuler er "hellige", kan det imidlertid anføres, at sådanne aftaler traditionelt fortolkes indskrænkende, da de fratager den ene part hans normale rettergangs-muligheder. Et andet argument er, at der i praksis ofte er tvivl om, hvorvidt den pågældende værnetings- eller voldgiftsaftale overhovedet er gyldigt indgået, da sådanne klausuler som regel findes i fortrykte almindelige betingelser, som modtages efter købeaftalens indgåelse.

14. Litispendens m.v.

Domskonventionen og Luganokonventionen indeholder i art. 21-23 regler om litispendens og indbyrdes sammenhængende krav. Formålet med disse regler er at undgå, at der verserer flere sager ved forskellige kontraherende staters domstole om samme tvist. Såfremt der verserer flere sager, er der en betydelig risiko for, at der afsiges indbyrdes uforenelige domme, og i konsekvens heraf kan dommene nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse.

Art. 21 vedrører krav mellem de samme parter, som hviler på samme grundlag, mens art. 22 regulerer krav, der er indbyrdes sammenhængende, men som ikke nødvendigvis gøres gældende mellem de samme parter. Art. 23 vedrører konkurrerende enekompetence, men er i modsætning til art. 21 og 22 ikke genstand for revision.

Ifølge art. 21 skal enhver anden ret end den, hvor sagen er anlagt først, ex officio udsætte sin afgørelse af, om den har kompetence til at behandle tvisten. Finder den domstol, hvor sagen er anlagt først, at den har kompetence, skal den domstol, hvor sagen er anlagt sidst, afvise sagen. Finder derimod den domstol, hvor sagen er anlagt først, at den ikke er kompetent til at behandle sagen, skal den anden domstol tage stilling til, om den har kompetence, og i bekræftende fald fortsætter sagen ved denne domstol.

Reglen er efter sin formulering enkel at anvende. Problemet er imidlertid, at spørgsmålet om, hvornår en sag er anlagt, ifølge EF-Domstolens praksis nødvendigvis må afgøres af national procesret i den pågældende stat. Baggrunden for denne retsstilling er, at EF-Domstolen ikke fandt det muligt

at opstille et autonomt begreb under Domskonventionen, da national ret varierer betydeligt fra stat til stat.

Retsstillingen i de kontraherende stater kan skitseres således, at man f.eks. i de nordiske stater anser en sag for anlagt, når stævning indleveres til retten. Det tidspunkt, hvor stævningen forkyndes for sagsøgte, er uden betydning for sagens anlæg. I andre stater er det derimod en forudsætning for at kunne indlevere en stævning til retten, at stævningen først er forkyndt for sagsøgte. I andre stater anses en sag først for anlagt, når stævning er indleveret til retten og der er sket forkyndelse.

Det forhold, at tidspunktet for sagsanlægget afgøres efter national ret, indebærer, at retssag meget hurtigt kan anlægges i de stater, hvor dette sker ved indlevering til retten. Herved har sagsøgeren i disse stater et forspring sammenlignet med sagsøgte, der vil være sagsøger i en anden stat, hvor noget andet gælder. Et andet problem opstår i tilfælde, hvor forkyndelse skal ske efter stævningens indlevering til retten for, at sagen kan anses for anlagt efter national ret i de relevante stater. Forestiller man sig f.eks., at den ene part indleverer stævning til sin ret den 1. marts 1998, og modparten indleverer stævning til sin ret den 1. juni 1998, afhænger det i forhold til litispendensreglen relevante tidspunkt for sagens anlæg af, hvilken af stævningerne, der forkyndes først. Dette forekommer noget vilkårligt.

Der er fremsat mange reformforslag, som alle har det til fælles, at der er tale om autonome regler.

Det har for det første været foreslået, at tidspunktet for sagens anlæg alene skulle afgøres i henhold til det tidspunkt, hvor stævning indleveres til retten. Forslaget er begrundet med, at dette tidspunkt er objektivt konstaterbart, og at tidspunktet ikke afhænger af forhold, som sagsøger ikke har kontrol over, f.eks. hvornår der sker forkyndelse i en anden kontraherende stat, hvilket i visse tilfælde kan være en langvarig affære. Argumentet imod dette forslag har navnlig været, at det af retssikkerhedsmæssige årsager også skulle være nødvendigt at stille krav om forkyndelse, da sagsøgte ellers ville være, i hvert fald i en periode, uden kendskab til sagsanlægget.

Et andet forslag har været, hvad man kan kalde for minimumsløsningen, hvorefter en sag anses for anlagt, når der både er sket indlevering af stævning til retten og denne er forkyndt for sagsøgte. Konsekvensen af dette forslag er imidlertid, at en sag anses for anlagt på det senest mulige relevante tidspunkt.

En tredje løsning er, at en sag anses for anlagt på det tidspunkt, hvor der enten sker forkyndelse af stævning eller hvor denne indleveres til retten. Dette kan betragtes som maksimumsløsningen. Problemet er imidlertid bl.a., at man da kan komme i den situation, at der alene er sket forkyndelse af stævningen, men at denne ikke, i hvert fald for en periode, ikke indleveres til retten.

Kompromisløsningen er herefter, at en sag anses for anlagt på det tidspunkt, hvor stævning indleveres til retten, forudsat der inden for en bestemt frist herefter sker forkyndelse over for sagsøgte. I tilfælde, hvor stævning skal forkyndes før end den kan indleveres til retten, anses sagen for anlagt på det tidspunkt, hvor stævningen indleveres til den myndighed, der er ansvarlig for forkyndelse, forudsat at stævningen inden en bestemt frist herefter indleveres til retten. Det er endvidere foreslået, at såfremt fristerne overskrides, skal sagen anses for anlagt ved den pågældende domstol på det tidspunkt, hvor den manglende betingelse opfyldes, dvs. det tidspunkt, hvor henholdsvis forkyndelse respektivt indlevering af stævning til retten, sker. Man kan dog i denne sammenhæng rejse spørgsmålet om, hvorvidt fristerne skal have samme længde, og om der overhovedet er behov for dem.

Et andet aspekt af litispensionsreglerne som overvejes, er, hvad man gør i sager med flere sagsøgte. Det er således blevet foreslået i disse tilfælde, at sagen skal anses for anlagt i forhold til alle sagsøgte på det tidspunkt, hvor de almindelige betingelser er blevet opfyldt for én af de sagsøgte.

Konventionernes art. 22, stk. 1 fastsætter, at såfremt krav, der er indbyrdes sammenhængende, fremsættes for retter i forskellige kontraherende stater, og sagerne verserer for disse retter i første instans, kan enhver anden ret end den, hvor sagen er anlagt først, udsætte afgørelsen. Efter bestemmelsens stk. 2 kan denne ret ligeledes på begæring af en af parterne erklære sig for inkompetent, forudsat dens lovgivning tillader forening af indbyrdes sammenhængende krav, og at den ret, ved hvilken sagen først er anlagt, er kompetent til at påkende begge krav.

I forhold til stk. 1 overvejes det at lade ordene "og sagerne verserer for disse retter i første instans" udgå. Ændringen vil i givet fald betyde, at adgangen til at udsætte sagen også gælder, hvor sagerne verserer i anden instans. I forhold til stk. 2 overvejes det at præcisere reglen således, at det bliver klart, at det er loven i den stat, hvor sagen er anlagt først, der skal tillade forening af indbyrdes sammenhængende krav. Endvidere diskuteres det, om man i stk. 2 skal ændre reglen, således at det heri kræves, at sagerne skal versere i samme instans i de forskellige kontraherende stater.

15. Foreløbige retsmidler

Domskonventionens og Luganokonventionens art. 24 regulerer anvendelsen af foreløbige retsmidler under konventionerne. Ifølge bestemmelsen kan foreløbige retsmidler hjemlet i en kontraherende stats lovgivning kræves anvendt af den pågældende stats retlige myndigheder, selv om en ret i en anden kontraherende stat i medfør af konventionens regler er kompetent til at behandle sagens realitet. Denne bestemmelse er således ganske kortfattet, og

den indebærer, at det afgøres efter national procesret i den kontraherende stat, hvor retsmidlet søges iværksat, om betingelserne for anvendelse af retsmidlet er til stede.

I EF-Domstolens retspraksis er det slået fast, at foreløbige retsmidler skal anerkendes og fuldbyrdes under konventionen, såfremt den rettighed, som retsmidlet skal beskytte, selv er omfattet af konventionen, og såfremt rekvisitus havde mulighed for kontradiktion inden retsskridtet blev iværksat, jfr. Saml. 1979.1055 (Cavel) og Saml. 1980.1553 (Denilauler).

På denne baggrund overvejes det at kodificere retspraksis, således at det præciseres i art. 24, at foreløbige retsmidler, som iværksættes ex parte, dvs. uden at rekvisitus havde mulighed for at varetage sine interesser, ikke omfattes af konventionerne og dermed ikke kan anerkendes og fuldbyrdes.

Det er også foreslået, at de i fransk ret anvendte foreløbige afgørelser, hvorefter en part skal betale modparten et beløb under sagens gang, bortset fra omkostninger, ikke skal anses for omfattet af art. 24, selv om afgørelsen kan ændres ved endelig dom.

Endelig overvejes det at fastsætte en begrænsning i art. 24, således at en domstol kun kan anordne et foreløbigt retsmiddel, hvis det skal anvendes på den pågældende stats område.

16. Anerkendelse og fuldbyrdelse

Det er udgangspunktet i Domskonventionen og Luganokonventionen, at en dom fra en anden kontraherende stat skal anerkendes og fuldbyrdes, jfr. art. 26, medmindre der foreligger en eller flere af visse nærmere i art. 27 og art. 28, stk. 1 nævnte anerkendelsesnægtelsesgrunde.

En domhaver, der begærer en fremmed dom anerkendt under konventionerne, skal indlevere begæring herom til den relevante myndighed, i Danmark fogedretten, der herefter ex officio undersøger om en eller flere af nægtelsesgrundene foreligger. Retten træffer sin afgørelse om meddelelse af anerkendelse (eksekvatur) uden at skyldneren bliver hørt, hvorefter afgørelsen forkyndes for skyldneren med en kærevejledning.

Det overvejes, hvorvidt prøvelsen af, om der foreligger en eller flere nægtelsesgrunde, kun må ske, såfremt en af parterne, typisk skyldneren, begærer dette. Konsekvensen af dette vil være, at nægtelsesgrundene kun prøves i appelinstansen og kun, hvis meddelelsen om eksekvatur kæres. Fordelen ved dette er, at eksekvaturprocessen da går hurtigere, hvilket er af væsentlig betydning i størstedelen af sagerne, hvor skyldneren ikke har indsigelser mod anerkendelsen af dommen. Retsstillingen kan også begrundes med, at de fleste nægtelsesgrunde er af en sådan karakter, at skyldneren kan give afkald på den beskyttelse, som nægtelsesgrunden giver.

På den anden side er det klart, at ordre public-begrebet som nægtelsesgrund ikke alene beskytter skyldneren, men også den offentlige orden i anerkendelsesstaten. Anerkendelsesstaten kan i visse tilfælde være forpligtet til at varetage skyldnerens interesser i så henseende, f.eks. hvor skyldneren blev nægtet adgang til kontradiktion under sagen i domsstaten, eller hvor andre fundamentale rettigheder er blevet krænkede.

Konklusionen synes at blive, at anerkendelsesnægtelsesgrundene, på nær ordre public, kun skal prøves, hvis nægtelsesgrundene påberåbes. For så vidt angår ordre public vil domstolene fortsat have muligheden til at tage stilling hertil på eget initiativ, men konventionerne pålægger dog ikke domstolene en pligt til at undersøge ordre public.

De enkelte nægtelsesgrunde drøftes også under revisionsarbejdet. Det har, noget idealistisk, været foreslået, at ordre public, jfr. art. 27, nr. 1, helt skulle afskaffes som nægtelsesgrund. Forslaget blev dog hurtigt opgivet. Der verserer for tiden to sager ved EF-Domstolen om ordre public, der i øvrigt har været anvendt i vistnok fire sager i national ret i de kontraherende stater. I takt med at et stigende antal tredjestater tiltræder Luganokonventionen kan det i øvrigt ikke udelukkes, at nægtelse af domme under henvisning til ordre public måske vil ske i et større omfang end hidtil.

Ifølge art. 27, nr. 2 kan en udeblivelsesdom nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse, såfremt det indledende processkrift i sagen eller et tilsvarende dokument ikke forskriftsmæssigt er blevet forkyndt eller meddelt den udeblevne sagsøgte i så god tid, at han har kunnet varetage sine interesser under sagen. Det følger af EF-Domstolens praksis, at nægtelse heller ikke kan ske, hvor forkyndelsen ikke er forskriftsmæssig, men dog foretaget tidsnok til at sagsøgte havde rimelig tid til at varetage sine interesser, jfr. Saml. 1990.2725 (Lancray).

Det drøftes derfor, om kravet om forskriftsmæssig forkyndelse skal ændres således, at det alene kræves, at der skal være sket forkyndelse. Forslaget skyldes et ønske om, at indsigelser af mere formel karakter ikke bør føre til, at domhaver ikke kan få anerkendt og fuldbyrdet sin ret. På den anden side skal de formelle krav om forskriftsmæssig forkyndelse ses i sammenhæng med sagsøgtes mulighed for at varetage sine interesser under sagen, herunder at sagsøgte ved hjælp af forkyndelsen skal kunne forstå hvad sagen drejer sig om. Kravet om forskriftsmæssig forkyndelse har således en i retssikkerhedsmæssig henseende fundamental betydning, og det vil derfor næppe være berettiget at slække på dette krav. Finder man, at kravene til forskriftsmæssig forkyndelse er for høje, bør man i stedet søge at ændre reglerne herom, som navnlig findes i en af Haagerkonferencen for International Privatret udarbejdet af konvention af 15. november 1965 om

forkyndelse i udlandet af domme og dokumenter i borgerlige sager, herunder handelssager.

Hvis det indledende processkrift ikke forkynnes, men domfældte senere bliver bekendt med dommen og ikke iværksætter skridt med henblik på appel eller genoptagelse af dommen i domsstaten, kunne dette ses som en stiltiende accept af dommen. I Saml. 1992.5661 (Minalmet) statuerede EF-Domstolen imidlertid, at dette ikke er tilfældet, hvorfor en sådan dom kan nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse efter art. 27, nr. 2.

Under revisionsarbejdet drøftes det på denne baggrund, hvorvidt en sådan dom under de i art. 27, nr. 2 nævnte omstændigheder alligevel skal anerkendes, såfremt domfældte ikke tog rimelige skridt til at have forholdet berigtiget i domsstaten. Et væsentligt argument herimod er, at muligheden for at gøre brug af et retsmiddel mod en udeblivelsesdom ikke kan sidestilles med en adgang til at varetage ens interesser, inden dom afsiges. Det synes også at være en urimelig hård byrde at pålægge en udebleven sagsøgt og senere domfældt, at han skal iværksætte retsskridt i domsstaten, som ret beset ikke magtede i første omgang at sikre sig, at forkyndelsen skete forskriftsmæssigt. I så fald kommer domstolens fejl til at gå ud over den domfældte, hvilket ikke bør være tilfældet.

Domskonventionen og Luganokonventionen indeholder i art. 27, nr. 3 og 5 regler, hvorefter en dom kan nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse, såfremt den er uforenelig med en anden afgørelse. Ifølge art. 27, nr. 3 kan en dom nægtes anerkendelse, såfremt den er uforenelig med en dom mellem de samme parter truffet i anerkendelsesstaten. Efter art. 27, nr. 5 kan en dom nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse, såfremt den er uforenelig med en dom, der tidligere er truffet i en ikke-kontraherende stat mellem de samme parter i en tvist, der har samme grundlag, når denne sidstnævnte dom opfylder betingelserne for at blive anerkendt i anerkendelsesstaten.

Konventionerne indeholder imidlertid ikke en anerkendelsesnægtelsesgrund, hvor en dom er uforenelig med en tidligere dom afsagt i en anden kontraherende stat end anerkendelsesstaten. Art. 27, nr. 3 omfatter som nævnt kun domme afsagt i anerkendelsesstaten. Det overvejes derfor at indsætte en regel, hvorefter en dom kan nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse, hvor dommen er uforenelig med en dom afsagt i en anden kontraherende stat mellem de samme parter i en tvist, der har samme grundlag.

Ifølge konventionernes art. 27, nr. 4 kan en dom nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse, såfremt retten i domsstaten ved sin afgørelse har afgjort et præjudicielt spørgsmål om fysiske personers retlige status eller deres rets- og handleevne, om formueforholdet mellem ægtefæller eller om arv efter loven eller efter testamente i modstrid med en bestemmelse i den internationale privatret i den stat, som begæringen rettes til, medmindre afgørelsen fører til

samme resultat som i det tilfælde, hvor bestemmelserne i sidstnævnte stats internationale privatret havde været anvendt. Denne nægtelsesgrund, der skal ses på baggrund af art. 1, stk. 2, nr. 1, har ikke været anvendt i retspraksis, hvorfor det overvejes at ophæve den.

Art. 28, stk. 1 indeholder fire nægtelsesgrunde, som kan anvendes af domstolene på eget initiativ. Efter bestemmelsen kan en dom nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse, hvis domstolen i domsstaten tiltog sig kompetence i strid med kompetencereglerne om forsikringssager, visse forbrugersager og sager om eksklusiv kompetence samt hvis der foreligger tilfælde omfattet af art. 59. På tilsvarende vis som ved art. 27 overvejes det at gøre undersøgelsen af disse nægtelsesgrunde betinget af, at de påberåbes. Det har også været drøftet, om en tilsidesættelse af kompetencereglerne for forsikringssager, visse forbrugersager og eksklusiv kompetence fortsat bør være nægtelsesgrunde.

17. Fuldbyrdelsesproceduren i øvrigt

Både Domskonventionen og Luganokonventionen indeholder en lang række regler af formel karakter, hvori der opstilles visse krav til fuldbyrdelsesproceduren, herunder om appel m.v. Disse regler revideres også.

En af de i praksis vigtige regler om fuldbyrdelsesproceduren er art. 32, stk. 2, som regulerer den stedlige kompetence for den fuldbyrdende nationale myndighed. Efter reglen afgøres rettens stedlige kompetence efter den parts bopæl, mod hvem fuldbyrdelsen begæres. Såfremt denne part ikke har bopæl på den stats område, som begæringen rettes til, er stedet for fuldbyrdelsen afgørende for kompetencen.

Det overvejes at ændre reglen således, at den stedlige kompetence afgøres efter den parts bopæl, mod hvem fuldbyrdelsen begæres eller stedet for fuldbyrdelsen, efter rekvirentens valg. Valgfriheden er en fordel for rekvirenten, men kan være en byrde for skyldneren. Man kan dog rejse spørgsmålet, om disse forhold overhovedet behøver at blive reguleret i konventionerne.

Anerkendelse og fuldbyrdelse af domme m.v. under konventionerne kræver, at rekvirenten fremlægger en række dokumenter, jfr. art. 46 og 47. Rekvirenten skal fremlægge 1) en genpart af afgørelsen, 2) i udeblivelsesdomme, et dokument, hvoraf det fremgår, at det indledende processkrift er blevet forskriftsmæssigt forkyndt eller meddelt den udeblevne part, 3) et dokument, hvoraf fremgår, at retsafgørelsen efter domsstatens lovgivning er eksigibel, 4) et dokument, der godtgør, at retsafgørelsen er forkyndt for domfældte, og 5) i givet fald et dokument, der godtgør, at der er meddelt rekvirenten fri proces i domsstaten. Endelig skal der som regel

foreligge en bekræftet oversættelse af de i pkt. 1-5 nævnte dokumenter, jfr. art. 48, stk. 2.

Antallet af dokumenter er højt, og det er klart, at alene oversættelsesudgifterne ofte vil skabe en faktisk mindstegrænse for, hvilke beløb det kan betale sig at inddrive i medfør af konventionerne, selv om skyldneren i sidste ende skal bære disse udgifter.

På denne baggrund overvejes det at indføre et såkaldt fuldbyrdelsescertifikat, som i vidt omfang skal erstatte en række af de i art. 46-48 nævnte dokumenter og dermed nedsætte anerkendelses- og fuldbyrdelsesudgifterne. Certifikatet, der udfyldes på anerkendelsesstatens sprog, foreslås da at indeholde oplysning om de ovenfor i pkt. 2-5 nævnte forhold samt dommens konklusion med angivelse af sagens parter. Herefter skal der med en begæring om anerkendelse og fuldbyrdelse alene vedlægges det pågældende certifikat og en kopi af dommen. Dommen behøver således som udgangspunkt ikke at blive oversat og behovet for fremlæggelse og oversættelse af de i pkt. 2-5 nævnte dokumenter eksisterer da kun i det omfang skyldneren gør gældende, at anerkendelse og fuldbyrdelse skal nægtes under henvisning til en eller flere af de foreslåede fakultative nægtelsesgrunde, jfr. afsnit 16.

18. Offentligt bekræftede eksigible dokumenter

Ifølge Domskonventionens og Luganokonventionens art. 50 fuldbyrdes officielt bekræftede dokumenter, der er udstedt og eksigible i én kontraherende stat i overensstemmelse med de for domme gældende regler, dog således at nægtelse i sagens natur kun kan ske, hvor fuldbyrdelse vil stride mod modtagerstatens ordre public. Reglen omfatter kun dokumenter, der er officielt bekræftede, og sådanne dokumenter anvendes ikke i dansk ret. De betingelser, som et dokument skal opfylde for at være officielt bekræftet er, at en offentlig myndighed skal bekræfte dokumentets ægthed, dets indhold, underskriftens ægthed og dokumentets eksigibilitet.

Der er under revisionsarbejdet fremsat forslag om, at art. 50 skal udvides, således at kravet om offentlig bekræftelse udgår. Herefter vil reglen omfatte ethvert civilretligt dokument, som er eksigibelt, jfr. f.eks. de i retsplejelovens § 478, stk. 1, nr. 4-7 nævnte dokumenter.

Skattemæssig overførsel af underskud i et komparativt og økonomisk perspektiv

*Hvilken betydning har forskellige nationale
regler for selskaberne i EU, og på hvilken måde
kan økonomisk teori supplere den juridiske analyse?*

af
Christina D. Tværnø

1. Indledning

Artiklen tager udgangspunkt i reglerne om skattemæssig overførsel af underskud mellem grænseoverskridende selskaber. Det forhold, at EU ikke har foretaget en harmonisering af selskabsskatteretten, medfører en række konsekvenser for selskaberne i Fællesmarkedet, samt disharmoni mellem formålet med det indre marked og de nationale selskabsskatteretlige regler. Artiklen gennemgår de forskellige nationale regler, samt i hvilket omfang selskaberne efterlyser regler for overførsel af grænseoverskridende underskud. Slutteligt anføres en økonomisk vinkel på problematikken om harmonisering af regler indenfor dette område, hvor de forskellige nationale regler er meget forskellige.

2. Fri bevægelighed og Det Indre Marked

Formålet med Det Indre Marked er bl.a. at skabe grundlag for en mere enkel etablering af grænseoverskridende datterselskaber i andre medlemsstater. Da et selskab nødvendigvis påvirkes af skattereglernes betydning for selskabets resultat ved valg mellem alternative hjemsteder, modvirker forskellige nationale selskabsskatteregler formålet med harmoniseringen af bl.a. 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 skatteretlige regler.

Begrundelsen for at selskaberne i EU ønsker at få adgang til at overføre underskud mellem moder- og datterselskab er, at selskaberne derved mindsker risikoen for opstart af virksomhed over grænsen. Harmoniseres de nationale regler, øges selskabernes incitament til at foretage grænseoverskridende etablering i overensstemmelse med formålet med det indre marked.

3. Selskabet som separat juridisk enhed

Juridisk opfatter alle landene i EU et selskab som en separat juridisk enhed. Ved at fastholde denne definition, foretages der i koncernlignende forhold ligeledes separat beskatning af de enkelte koncernforbunde selskaber. Derudover tillader en række lande ikke, at der overføres underskud mellem koncernforbundne selskaber. En del lande i EU tillader, at der overføres underskud mellem nationale koncernforbundne selskaber, og meget få lande tillader, at der endvidere kan overføres underskud mellem grænseoverskridende koncernforbundne selskaber. Men underskud opnået i en anden medlemsstat, bliver i de fleste tilfælde behandlet mindre favorabelt end underskud opnået i hjemstedsstaten¹.

I den økonomiske teori opfattes grupper af selskaber, eller koncerner, som én enhed modsat den juridiske opfattelse af et selskab som en separat juridisk person². Dette er en af de største forskelle mellem den juridiske og økonomiske opfattelse af koncerner. Den skattemæssige behandling af underskud har stor indflydelse på selskabernes risikovillighed. Des større graden af risikoen er på en investering, des vigtigere bliver spørgsmålet om hvor og hvornår underskuddet kan fratrækkes i den skattemæssige indkomst³.

I forbindelse med udarbejdelsen af Ruding-rapporten foretog Ruding-Komiteen⁴ en undersøgelse hos europæiske selskaber. Undersøgelsen blev distribueret til selskaber i alle medlemslandene og fem EFTA-lande.

¹ Prof. dr. Albert J. Rädler, Treatment of Losses and the internal market, Ruding-rapporten s. 290.

² Prof. dr. Albert J. Rädler, Treatment of Losses and the internal market, Ruding-rapporten s. 289.

³ Prof. dr. Albert J. Rädler, Treatment of Losses and the internal market, Ruding-rapporten s. 290.

⁴ Report of the Committee of independent experts on company taxation, Ruding Rapporten 1992 kapitel 5.3.

Undersøgelsen behandlede en række principelle emner angående betydningen af beskattningen af selskabernes aktiviteter og omkostninger. Kort gengivet omhandlede det sidste af hovedemnerne i undersøgelsen en række spørgsmål til selskaberne af normativ karakter, om deres mening om selskabsbeskattningen i EU, og mere specifikt om muligheden for at tillade underskud skabt i et datterselskab i ét medlemsland at blive modregnet i indtægter i et andet medlemsland. 54 % af de adspurgte selskaber gav udtryk for, at det var meget afgørende, og 88 %, at det var afgørende at tillade overførsel af underskud mellem selskaber i forskellige medlemslande⁵. Ud fra et rent empirisk grundlag, anser selskaberne i EU det for afgørende, at der harmoniseres regler, som vil muliggøre overførsel af underskud mellem koncernforbundne selskaber i forskellige medlemsstater. Ud fra et økonomisk perspektiv, hvor koncernforbundne selskaber anses som én økonomisk enhed, er det ønskeligt for selskaberne, at reglerne for beskattning af selskaber i fællesmarkedet skulle virke således, at underskud fra datterskaber i medlemsstater umiddelbart skulle blive fratrukket i indkomsten hos moderselskabet, eventuelt med mulighed for fremtidig genbeskattning⁶.

Den manglende harmonisering af reglerne om overførsel af underskud betyder, at selskaberne i fællesmarkedet bliver begrænset af skattereglerne i forbindelse med etablering af datterselskaber over grænserne, hvilket er i strid med formålet med det indre marked om at skabe et marked, hvor der er fri konkurrence og fri mulighed for etablering.

Denne problemstilling er forbundet med såvel økonomiske som juridiske delproblemer. Selskabernes ønske om større risikosikring, og formålet med det indre marked, er økonomiske problemstillinger. De nationale regler, der fremlagte direktivforslag og en eventuel juridisk løsning er juridiske problemstillinger. Der er forbundet økonomiske implikationer ved at harmonisere en regel, staternes tab af indtægt, selskabernes gevinst og større risikovillighed, kravet om fri etablering, opfyldelsen af det indre marked mv. Derfor er dette et område, hvor der er forbundet såvel jura som økonomi i forbindelse med løsning af problemet.

⁵ Report of the Committee of independent experts on company taxation, Ruding Rapporten 1992 s. 107.

⁶ Prof. dr. Albert J. Rädler, Treatment of Losses and the internal market, Ruding-rapporten s. 291.

4. Medlemsstaternes juridiske behandling af underskud

I forbindelse med en harmonisering af de nationale staters regler for overførsel af underskud, er det afgørende at undersøge, hvilke regler, som er gældende i national ret. Medlemsstaternes nationale regler er meget forskellige, og afhænger naturligvis af de forskellige skattebaser, som er gældende i de nationale stater. Dog skal det alligevel her kort redegøres for, hvordan medlemsstaterne specifikt behandler underskud mellem koncernforbundne selskaber⁷.

Overordnet kan medlemsstaterne inddeles i tre grupper, hvoraf den første gruppe består af stater, som ikke har regler for overførsel af underskud/sambeskatning, hverken for indenlandske eller udenlandske datterselskaber. Gruppe to er de stater, som tillader overførsel af underskud mellem nationale selskaber, men ikke for selskaber, som er beliggende i en anden stat. Gruppe tre består af de lande, som tillader, i en eller anden form, at såvel indenlandske som udenlandske datterselskaber kan overføre underskud til moderselskab i den pågældende stat.

4.1. Belgien, Grækenland, Italien

4.1.1. Belgien

Belgien anvender globalindkomstbeskatningsprincippet. Et selskab har hjemsted i Belgien, hvis hovedkontoret, registreret kontor, eller ledelsens sæde er beliggende i landet⁸, og hvis selskabet er involveret i næringsvirksomhed, med gevinst for øje, jf. ITC 92 art. 2, §2, 1 og 2.

Alle former for underskud kan som hovedregel⁹ blive fremført til modregning i fremtidigt overskud, i en ubegrænset tidsperiode, jf. ITC 92 art. 206¹⁰. Der er ikke mulighed for carry-back i Belgien.

Der findes ikke generelle regler i belgisk ret, som tillader sambeskatning, da selskaber anses som separate juridiske personer. Der findes ingen regler, som muliggør overførsel af underskud mellem datterselskab og moderselskab.

⁷ Der henvises primært til sekundære kilder, herunder de senest opdaterede sekundære kilder.

⁸ Jean-Marc Tirard, *Corporate taxation in EU countries*, s. 57 2. ed. Longman, London, 1994

⁹ Dette gælder ikke, hvor der sker et skift i kontrollen med selskabet, jf. afsnit 336a IBFD GET-11, suppl. no. 132 april 1997

¹⁰ Der er dog en årlig begrænsning på mindst 20 millioner BEF.

4.1.2. Grækenland¹¹

I Grækenland gælder, at selskaber og virksomheder, som har hovedkontor eller ledelse placeret i Grækenland, er skattesubjekter i forbindelse med selskabsbeskatning. Grækenland anvender globalindkomstprincippet med credit for skat betalt i fremmed stat, med den begrænsning, at beløbet ikke kan overstige den græske skat. Udenlandske selskaber er begrænset til skat af kilden. Opstartsomkostninger kan fratrækkes i det aktuelle beskatningsår eller fremføres til de efterfølgende fem år.

Græsk ret tillader ikke carry back, men underskud kan fremføres i de efterfølgende fem skatteår. Der er ingen regler, som tillader sambeskatning af selskaber.

Underskud fra udenlandske datterselskaber kan ikke fratrækkes i græske selskabers overskud. Hvis et græsk selskabs udenlandske datterselskab opnår et underskud, kan dette underskud alene fratrækkes i det udenlandske datterselskabs udenlandske indkomst. Ligeledes gælder for indenlandske selskaber, at der kan ikke forekomme overførsel af underskud mellem selskaber som er hjemhørende i Grækenland.

4.1.3. Italien

Italiens *Codice civile* indeholder ikke bestemmelser for den materielle koncernret, og generelt findes ingen regler for koncernforhold. Der findes ingen definition i den selskabsretlige lovgivning af koncernforhold, og det enkelte selskab anses som en uafhængig juridisk enhed. En koncern antages at foreligge, når et selskab har kontrol med en eller flere virksomheder/selskaber.

Juridiske personer er skattepligtige i Italien på grundlag af deres juridiske form. Virksomheder beskattes efter globalindkomstprincippet uafhængigt af dobbeltbeskatningsoverenskomst. Dette gælder for virksomheder med hovedsæde eller hovedaktivitet i Italien. Andre virksomheder beskattes af kildeindkomsten. Carry forward tillades. Carry back er ikke tilladt. Italien har ganske få regler for sambeskatning af selskaber, hvorefter det dog ikke er muligt at overføre næringsunderskud, men alene skattemæssigt underskud¹².

¹¹ LD3843/1958 selskabsskatteloven med senere ændringer

¹² IFBD GET-11, suppl.no. 140, august 1998 afsnit 9

4.2. United Kingdom, Irland, Portugal, Tyskland, Østrig, Luxembourg, Sverige, Finland

4.2.1. United Kingdom

Reglerne for beskatning af selskabers indkomst fremgår af the Income and Corporation taxes Act fra 1988¹³.

Et selskab, som har ledelse i UK og er inkorporeret i UK, hermed foretager sin forretning i UK, er skattepligtig af selskabets indkomst efter globalindkomstprincippet, jf. sec. 8(1).

I henhold til sec. 9 er et selskab pligtig til at svare skat af selskabets indkomst efter de almindelige principper, med mindre andet fremgår af andre regler. Hvis der er pålagt skat af en indkomst i henhold til reglerne om selskabsbeskatning, vil der ikke blive pålagt skat af indkomsten i henhold til reglerne om almindelig indkomst i henhold til sec. 6(2). Herefter gælder, at hjemhørende selskaber er skattepligtige af den samlede indkomst minus anerkendte udgifter.

Selskabsskatten beregnes og beskattes med hensyn til indkomsten i selskabets regnskabsperiode, og skal betales med den selskabsskattesats, som er fastsat for det pågældende finansår, jf. sec. 6(1).

For selskaber med en regnskabsperiode begyndende efter den 30 september 1993 gælder, at skatten skal betales uden forsinkelse på den dag som følger præcis 9 måneder fra slutningen af regnskabsperioden.

Selskabsskatten beregnes efter de almindelige principper som for almindelig indkomstskat, dog med visse undtagelser. Endvidere anvendes de samme schedules og cases for selskaber som for almindelig indkomstskat, jf. sec. 9(1).

Reglerne for underskud i UK

For selskaber, som er hjemhørende i UK, gælder som hovedregel, at underskud, som er omfattet af sec. 396, kan fradrages i anden indkomst for selskabet. Modregning for underskud i anden indkomstskefter reglerne i sec. 393 A (1), hvilket endvidere er gældende for reglerne om carry-back. Carry forward af underskud i fremtidig nærings indkomst fra samme spor/handel er omfattet af sec. 393 (1) og secs. 343-344, og gruppe tabs fradrag reguleres af reglerne i , secs. 402-403.

¹³ Alle nedenstående henvisninger til sections henviser til the Income and Corporation taxes Act fra 1988, med mindre andet fremgår.

Et selskab, som driver næring¹⁴ efter reglerne i schedule D, Case 1, kan fratrække underskud fra denne næring i anden indkomst i samme regnskabsperiode. Med henvisning til sec. 492(3) kan et selskab, som driver næring, og dermed falder ind under schedule D, case 1, i en given regnskabsperiode, fradrage underskud fra samme regnskabsperiode i overskud fra samme regnskabsperiode. Det er derved muligt at fradrage underskud i indkomst fra samme regnskabsår.

I henhold til sec. 393A(1) sidste afsnit, skal overskud i regnskabsperioden fratrækkes et beløb svarende til underskuddet, eller så stor en del af beløbet som ikke kan fratrækkes i senere regnskabsperioder. Ifølge sec. 393 A (3) kan underskud, som er omfattet af denne section, ikke fradrages i almindelig indkomst, og kan ikke tilbageføres, hvilket er undtagelsen til hovedreglen i S. 393A(1).

Hvis et selskab i en given regnskabsperiode opnår et næringsunderskud og ønsker at modregne dette underskud i overskud i en anden regnskabsperiode, er der, udover de ovenstående muligheder for modregning, endvidere mulighed for at modregne underskuddet i en tidligere regnskabsperiode, ved at tilbageføre underskuddet, via carry-back princippet, jf. sec. 393(1)¹⁵.

I henhold til sec. 393 (1) kan et selskab tilbageføre underskuddet i en regnskabsperiode til overskud i en tidligere regnskabsperiode. Det kræver dog, at underskuddet tilbageføres til regnskabsperioder, som indeholder indtægt fra samme kilde. Hvis regnskabsperioden indeholder samme kilde overskud som vedrører underskuddet, er det muligt at foretage carryback. Er dette tilfældet, kan underskuddet fratrækkes i tidligere overskud. Underskuddet kan ikke tilbageføres til tidligere regnskabsperioder end seneste kildeperiode.

Ovenstående gælder, hvis regnskabsperioden fuldt indeholder kildeindkomst og overskud fra samme kilde som underskuddet, og hvis regnskabsperioden helt eller delvist starter indenfor en periode på tre år, hvor perioden ender, præcis før den periode, hvor underskuddet blev optjent, jf. sec. 393A(1)(b)(2)¹⁶. Overskuddet i hver regnskabsperiode reduceres med det underskud, som tilbageføres, og der kan maksimalt tilbageføres i en periode på op til tre år.

¹⁴ Hovedreglen er, at næringsindkomst er den indkomst, som er eller vil være omfattet af en specifik næring i den samlede indkomst for selskabet. Undtagelsen til dette er dog den situation, hvor det er opstået et underskud, som falder ind under schedule D, case 1 eller V, som ønskes fremført til en senere regnskabsperiode.

¹⁵ Dette gælder dog ikke for terminal losses.

¹⁶ Se også FA1991 s. 73(1)

Et selskab har ret til at modregne et hvert næringsunderskud i anden indkomst indenfor en periode af 2 år fra udgangen af regnskabsperioden, før fradrag for omkostninger¹⁷. Dette kan medføre, at der ikke vil være en indkomst at foretage fradrag for underskud i, og at underskuddet derfor ville tilbagestå som ubrugt. Et sådan uudnyttet underskud kan fremføres efter reglerne i sec. 393 (9) på samme måde som næringsunderskud, se ovenfor¹⁸.

Et selskab kan endvidere efter reglerne i sec. 393 A tilbageføre et næringsunderskud for en periode svarende til underskudsperioden, hvilket svarer til regnskabsperioden, der som hovedregel vil være 12 måneder, og modregne underskud i den totale indkomst før fradrag for omkostninger fra tidligere perioder¹⁹.

Reglerne for carry forward findes ligeledes i sec. 393(1)²⁰. Herefter gælder, at hvor et selskab, som driver næring opnår et underskud ved denne næring i en given regnskabsperiode, kan dette underskud blive fremført og modregnet i en hvilken som helst næringsindkomst fra den samme næringskilde i efterfølgende regnskabsperioder. Så længe selskabet fortsat driver næring, reduceres næringsindkomsten med det underskud, som er fremført, jf. sec. 393(1)²¹. Der er ikke nogen begrænsning på hvor længe man kan fremføre, så længe underskuddet fratrækkes i indkomst fra samme indkomstkilde²². Så længe selskabet fortsætter med at drive den samme næring, reduceres indkomsten med det pågældende underskud, som er fremført²³.

Efter reglerne i sec. 393 (1), kan underskud i en regnskabsperiode fremføres til modregning i fremtidigt overskud fra samme kilde²⁴. Underskuddet

¹⁷ Neil Stein, *Business taxation*, s. 184, 3. ed. Heinemann, Oxford, 1990

¹⁸ Reglerne for carry forward, fremførsel af underskud behandles nedenfor

¹⁹ Der findes specifikke regler for fradraget, hvis der er forskel på den nuværende tabsperiode og tidligere års regnskabsperioder, se nærmere s. 185 i *Business Taxation*

²⁰ De særlige regler i ss 343-344 for carry forward i selskaber under rekonstruktion behandles ikke

²¹ Se også FA 1990 s. 99

²² Tolley's tax guide og se også IFA's *Taxation of losses*, 1998 ved Aage Micheelsen s. 820

²³ Se dom *Kirk & Randall Ltd v Dunn* 8TC 663 og *Goff v Osborne & Co* 34 TC 441 for situationer, hvor der ikke er sket samme næring fra selskabets side.

²⁴ Der findes specielle regler for fremførsel af underskud for rekonstruerede selskaber i ss. 343-344, som ikke vil blive behandlet nærmere

modregnes i det førstkomende overskud, ellers fortages retten til fremførsel. Retten til fradrag for underskuddet fortages, hvis ejerskab og handelsformål i selskabet ændres indenfor tre år. Ændring i ejerskab opnås, hvis mere end 50 % af ejerandelen skifter ejer. Begrundelsen for denne regel er, at det ikke skal være muligt at handle med underskudsgivende selskaber af skattemæssige årsager²⁵, hvor selskaberne opkøber aktieandele i underskudsgivende selskaber med ubrugt fradragsberettiget skattetaab.

De engelske regler for fremførsel af underskud er meget liberale, og dette skyldes, at underskuddet skal fradrages i senere års overskud fra samme kilde²⁶. Dette skyldes reglerne i schedule D case 1, som medfører, at underskud ikke kan fradrages i anden indkomst i senere år. Begrundelsen for, at det ikke er muligt at fremføre underskud til anden fremtidig indkomst, og begrundelsen for at udenlandsk underskud ikke kan fratrækkes, hvilket ligeledes fremgår af schedule D case 1, er, i henhold til IR, at det er for omkostningsfuldt at flytte denne grænse. De engelske regler er baseret på at det ikke skal være muligt at spekulere i underskud, for derved at omgå skattereglerne, alene med skattefordel for øje²⁷.

Ovenstående regler har alene omfattet underskud i ét selskab, og hvordan dette underskud kunne fratrækkes. I den situation, hvor to eller flere selskaber er koncernforbundne, gælder der yderligere regler for, hvordan et underskud i et selskab kan fratrækkes i overskud i et andet koncernforbundet selskab, hvilket nedenstående afsnit omhandler.

Groups of Companies

Som hovedregel gælder, at hver enkelt selskab anses for et selvstændigt skattesubjekt. Der er ingen direkte regler for sambeskatning i UK, og dermed ikke direkte mulighed for egentlig koncernbeskatning mellem selskaber i UK. I modsætning til det danske begreb sambeskatning, findes i stedet begrebet "Groups of Companies", som ikke medfører, at der foretages en koncernbeskatning, men som giver selskaber mulighed for at flytte rundt på såvel underskud som aktiver, hvor sidstnævnte ikke behandles yderligere. Reglerne medfører, at det er muligt for et selskab at overføre hele eller dele af et underskud, til et andet selskab, som er medlem af gruppen. Det modtagende selskab reducerer herved sin skattepligtige indkomst i regnskabsperioden med

²⁵ Neil Stein, *Business taxation*, s. 183, 3. ed. Heinemann, Oxford, 1990

²⁶ IFA's *Taxation of losses*, 1998 ved Aage Micheelsen s.

²⁷ se IFA 1998 s. 826

et beløb svarende til underskuddet, og det afgivende selskab reducerer det underskud, som ellers skulle fremføres.

Det er muligt at overføre underskud i henhold til sec. 402 mellem to selskaber i en gruppe. Det afgivende selskab kan i henhold til sec. 402 overføre underskuddet til det modtagende selskab, som herefter kan kræve at få fradrag for underskuddet før opgørelsen af selskabsskatten.

I henhold til sec. 402 (1) kaldes dette gruppefradrag, group relief. Efter sec. 402 (2) er gruppefradrag muligt, når det overgivende selskab og det modtagende selskab begge tilhører den samme gruppe. Det er muligt i henhold til sec. 402(5) for to eller flere selskaber at gøre brug af et underskud fra det samme selskab, i samme regnskabsperiode. Herved kan underskuddet anvendes fuldt ud, selv om det ene selskab ikke har overskud, som fuldt dækker underskuddet.

Der er flere former for mulighed for at overføre underskud fra et selskab til et andet efter reglerne om "group relief" - gruppe lempelse, som tillader underskud at blive overført mellem medlemmerne i gruppen af selskaber. Alle former for underskud, undtagen kapitaltab, kan flyttes rundt i gruppen. Underskud kan overføres opad, nedad eller til siden indenfor en gruppe af selskaber

Hvis et selskab indenfor en gruppe har underskud, og et andet selskab indenfor gruppen har overskud, er det muligt under følgende betingelser at overføre værdien af underskuddet til det selskab, hvor det bedst kan blive anvendt.

For at kunne opnå fordele, som f.eks. at fradrage underskud i et selskab med overskud, er det et krav, jf. sec. 413(5), at alle selskaberne i gruppen skal have hovedsæde i UK (resident).

Det fremgår af the Income and Corporation taxes Act fra 1988²⁸, at det ikke er muligt for udenlandske selskaber at blive omfattet af reglerne om gruppefradrag.

Efter sec. 413(3)a er kravene for at tilhøre en gruppe af selskaber, at der er et økonomisk ejerskab på 75 %. Alle selskaberne i gruppen skal være forbundet ved aktieandele på mindst 75 %. Selskaber er således medlemmer af en gruppe, hvis det ene selskab er et 75 % ejet datterselskab af et andet selskab, eller hvis begge er 75 % ejede datterselskaber af et tredje selskab.

Yderligere er det et krav, at det ejende selskab ligeledes er berettiget til mindst 75 % af overskuddet, som uddeles til aktionærer, jf. sec. 413(7), hvilket svarer til, at selskaberne er økonomisk forbundet.

²⁸ Samt af IR's praksis, jf. IFA 1998 s. 832

Dette krav til økonomisk ejerskab er essensen af kravet om 75 % ejerskab. Formålet med sec. 413(7) er at sikre, at fradrag kun gives i de situationer, hvor relationen mellem selskaberne er såvel juridisk som økonomisk²⁹.

Hvis en gruppe af selskaber er økonomisk og juridisk forbundet, er det muligt at fratrække underskud opstået i et selskab, i overskud i et andet selskab i gruppen, som gennemgået ovenfor. Ses dette i sammenhæng med et enkelt selskab som har forskellige divisioner eller afdelinger i et og samme selskab, er det ligeledes muligt for et selskab at reducere overskud i en division med underskud i en anden division. Formålet med gruppefradraget er at stille disse økonomisk og juridisk forbundne selskaber, som hvis der var tale om et selskab. I stedet for divisioner, anses i stedet datterselskabet for en form for division, som i stedet for at være et selskab, er sammensat som en gruppe af selskaber³⁰. Hvert selskab i gruppen anses dog stadig som en selvstændig juridisk person, og er skattepligtig af dets overskud i regnskabsperioden. Hvert selskab i gruppen beskattes derfor selvstændigt og ikke som en koncern. Dog medfører reglerne om gruppefradrag, at resultatet svarer til en form for koncernbeskatning. Der er dog udelukkende mulighed for at fratrække underskud i samme regnskabsår, jf. sec. 403 A, som ligeledes omfatter en række andre begrænsninger i muligheden for fradrag for underskud. Således gælder, at hvis et selskab har underskud, kan dette underskud fratrækkes i et andet selskabs overskud indenfor samme regnskabsperiode.

Reguleringen af fradrag imellem en gruppe af selskaber "Group-relief", indeholder i sec. 393 A (1) reglerne for, hvordan næringsunderskud kan fratrækkes i andre af gruppens selskabers overskud. Dog kan underskud, som falder ind under schedule D, case V, underskud fra virksomhed som ikke har gevinst for øje, samt underskud som falder ind under sec. 393(5) og 393A(3) og 397 ikke fradrages i et andet selskabs overskud.

Det er ikke nødvendigt, at det overdragende selskab har udnyttet alle fradragsmuligheder før overdragelsen. Det modtagende selskab skal først anvende eget underskud før fradrag for det modtagne underskud kan gives. Dette gælder både for underskud fra indeværende periode, og for fremført underskud fra tidligere perioder. Kravet om fradrag for gruppeunderskud skal ske inden 6 år efter udgangen af det overdragende selskabs regnskabsperiode udløber.

²⁹ IFA 1998 s. 830

³⁰ Se *Pilkington Brothers Limited v Cir* 55 TC 705.

4.2.2. Irland

Den generelle beskatning i Irland ligner den engelske ret på området. Dog skal det nævnes, at Irland er meget aktive for så vidt angår problematikken med at tiltrække udenlandske virksomheder.

Irland anvender globalindkomstprincippet. Underskud kan fratrækkes i det aktuelle indkomstår og kan fremføres til det efterfølgende indkomstår. Fremførelse kan kun ske i selskabets eget overskud, men dette kan ske i en ubegrænset periode. Selv om Irland ikke har et egentligt sambeskatningsstatut, er der mulighed for koncernforbundne selskaber at overføre underskud i forbindelse med handel mellem selskaberne efter samme regler som i UK. Den eneste forskel er, at der som før nævnt er krav om 75 % ejerskab. Dette system er meget fleksibelt, og mulighederne er ubegrænsede.

4.2.3. Portugal

Globalindkomstprincippet er gældende, og alle typer af hjemhørende selskaber er skattesubjekter. For at være hjemhørende i Portugal, skal et selskab eller en enhed have hovedkontor, eller ledelsessæde, i Portugal eller de tilhørende territoriale enheder³¹.

Et hjemhørende selskab er skattepligtigt, af såvel indkomst optjent i Portugal som udenlandsk indkomst. Skattegrundlaget udgør nettooverskuddet minus bl.a. underskud. Underskud kan fremføres fra det aktuelle skatteår og fem år frem. Hvis et selskab omdannes ved skrift i aktivitet, kan der ikke ske fremførsel af underskud. Carryback er ikke tilladt.

Sambeskatning af selskaber er kun mulig, hvis både moder- og datterselskab har hjemsted i Portugal, og kun hvis moderselskabet ejer mere end 90 % af aktierne. Endvidere kræves der tilladelse fra skatteministeren, hvis sambeskatning skal finde sted. Er sambeskatning godkendt, kan der ske overførsel af underskud i en femårig periode³².

4.2.4. Tyskland

Tyskland anvender globalindkomstprincippet. Tysk ret foreskriver, at hovedsæde er kriteriet for beskatning efter tyske regler. For selskaber, som ikke har hovedsæde i Tyskland, betales kun skat af den indkomst som refererer

³¹ Visse typer af virksomhed er ikke i sig selv et skattesubjekt, men beskattes af overskuddet hos aktionærerne. Selskabsskatten er derfor bygget op omkring et system, hvor hhv. selskabet eller dets aktionærer beskattes af overskuddet og i en vis udstrækning undgås dobbeltbeskatning ved denne metode.

³² IFBD GET-11, suppl.no. 134, august 1997, afsnit 9

til kilden. Opstartsomkostninger kan ikke fremføres til efterfølgende år med overskud, men skal trækkes fra i det aktuelle år for omkostningen.

Reglerne for sambeskatning findes i KStG³³ § § 14-19³⁴. Forudsætningerne for sambeskatningen er, at datterselskabet er et aktieselskab og at selskabets ledelse og hjemsted er placeret i Tyskland, hvilket medfører, at udenlandsk beliggende datterselskaber ikke kan sambeskattes med moderselskaber i Tyskland. Moderselskabet skal være registreret i Tyskland for, at der kan forekomme sambeskatning³⁵. Sambeskatning i tysk ret består i en vis udstrækning af en enhedsbeskatning, hvor datterselskabets resultat medregnes fuldstændigt eller partielt i moderselskabets resultat. Reglerne om sambeskatning medfører den fordel, at der bliver mulighed for at modregne underskud med overskud et andet sted i koncernforholdet. Tysk ret tillader carry back til de seneste to år. Yderligere underskud kan fremføres ubetinget³⁶.

Sambeskatning er mulig for grupper af selskaber efter reglerne i KStG 1977, §§ 14-17. Reglerne giver mulighed for, at selskaberne anses for en samlet enhed. Selskaberne kan derved konsolidere over- og underskud indenfor koncernen, også kaldet organschaft regimet. Det er dog ikke muligt at fratrække udenlandsk underskud i den tyske indkomst, og sambeskatningsreglerne medfører derfor ikke sambeskatning og dermed overførsel af underskud med udenlandske datterselskaber.

4.2.5. Østrig

Østrig anvender globalindkomstprincippet for selskaber med hjemsted i Østrig, jf. KstG 1988, § 1. Hjemsted anses for opfyldt, hvis selskabet har hovedsæde eller ledelsen er placeret i Østrig, jf. BAO³⁷ § 27, 1 og 2 og KStG³⁸ 1988, §§ 18 og 19. Beskatningsgrundlaget består af den årlige globalindkomst efter fradrag for virksomhedsomkostninger, og beregnes efter samme regler som ved personbeskatning, jf. EStG³⁹ 1988 § 4, hvilket også gælder for underskud. Skattemæssig indkomst er den totale sum af indkomst fra en eller flere kilder,

³³ Körperschaftsteuergesetz/selskabsskatteloven

³⁴ Susanne Pedersen, Sambeskatning i koncernforhold, Ph.D afhandling, 1994

³⁵ Schmidt/müller/Stöcker s. 47 og Knobbe-Keuk s. 698

³⁶ IFBD GET-11 suppl. no 138 april 1998

³⁷ Bundesabgabenordnung, federal fiscal code

³⁸ Körperschaftsteuergesetz/selskabsskatteloven

³⁹ Einkommensteuergesetz/personindkomstskatteloven

som er omfattet af EStG minus specielle udgifter, ekstraordinære byrder, skattefritagelsesbeløb og underskud fra disse kilder. Underskud fra et selskab er defineret som udgifterne af netto aktiverne i begyndelsen af beskatningsåret, over netto aktiverne i slutningen af samme år. Beregningen sker efter de samme regler som anvendes til beregning af skattepligtig indkomst. Det er kun operating underskud, som kan fradrages. Tilbageførsel (carry back) er generelt ikke muligt i østrigsk ret. Fremførsel af underskud sker efter reglerne i EStG 1988 § 18, stk. 6. Østrig har i stor udstrækning samme regler for overførsel af underskud som Tyskland, og der er udelukkende mulighed for at overføre underskud mellem selskaber, som er hjemhørende i Østrig.

4.2.6. *Luxembourg*

Skatteretten i Luxembourg er præget af den tyske skatteret og anvender globalindkomstprincippet. Et selskab er et skattesubjekt, hvis hovedkontoret, eller hovedvirksomheden, er placeret i Luxembourg. Carry forward er kun mulig indenfor samme selskab, og carry back er ikke tilladt. Grundtrækkene i luxembourgsk ret er i forbindelse med sambeskatningsreglerne, som ved resten af skattesystemet, præget af tysk ret. For selskaber med hjemsted i Luxembourg er der mulighed for at moderselskabet kan konsolidere sig med datterselskaber beliggende i Luxembourg. Både moderselskab og datterselskab skal være hjemhørende i Luxembourg. Som hovedregel gælder, at moderselskabet skal eje mindst 99 % af datterselskabet, jf. LIR⁴⁰ art. 164, hvilket dog efter særlige regler kan nedsættes til 75 %. Reglerne for økonomisk og organisatorisk integration svarer i stor udstrækning til reglerne i tysk ret, som er gennemgået kort ovenfor. Tilladelse til sambeskatning skal gives af skattemyndighederne⁴¹.

4.2.7. *Sverige*⁴²

Sverige anvender globalindkomstprincippet. Selskaber kan fremføre underskud for et år ad gangen, og underskud skal modregnes i førstkomende overskud. Der tillades ikke carry-back. Selskaber er i svensk ret selvstændige skattesubjekter, og dette gælder også for koncernforbundne selskaber. Der er ikke i Sverige tale om en egentlig sambeskatningsmulighed, men derimod en form for udligningsregler for koncernforbundne selskaber, som åbner mulighed for at udligne underskud i et selskab i overskud i et andet koncernforbundet

⁴⁰ Loi impôt sur le revenu des collectivités 1967, selskabsskatteloven

⁴¹ IFBD GET-11 suppl. no 139 juni 1998, afsnit 9

⁴² For afsnittet henvises til IFBD GET-11 suppl.no. 136, november 1997, afsnit 9

selskab. Sambeskatningsreglerne betegnes koncernbidrag, og har til formål at minimere koncernens samlede skat, ved at foretage en resultatudjævning mellem koncernforbundne selskaber.

Sambeskatning tillades kun for selskaber med hjemsted i Sverige, hvor moderselskabet ejer mere end 90 % af aktierne i datterselskabet. Det er afgørende, at der er tale om direkte besiddelse af aktierne, og stemmeandelen har i den forbindelse ingen betydning. Generelt gælder, at alle former for underskud kan modregnes i det aktuelle indkomstår i alle former for indkomst. Ethvert underskud kan fremføres til det er elimineret. Der er ikke mulighed for at fratrække underskuddet i tidligere års overskud. Der er indirekte krav om samme regnskabsår ved sambeskatning.

4.2.8. Finland

Et selskab er hjemhørende i Finland, hvis det er registreret eller på anden vis er etableret i Finland. Hvis et selskab er hjemhørende i Finland, er selskabet skattepligtig i henhold til TVL⁴³ §§ 3, 4 og 9. Finland anvender globalindkomstprincippet. Finland tillader, efter samme regler som gælder i svensk ret, at koncernforbundne selskaber modregner underskud fra et selskab i et koncernforbundet selskabs overskud for så vidt, at selskaberne er hjemhørende i Finland, og hvis moderselskabet ejer mindst 90 % af kapitalen. Endvidere skal begge selskaber drive næringsvirksomhed, og have samme regnskabsperiode, jf. KonsAvL⁴⁴ sec. 2-5, 7.

4.2.9. Holland

Generelt gælder globalindkomstprincippet, hvorefter al indkomst minus tilladte fradrag beskattes. Der findes ikke en generel definition for, hvornår et selskab er hjemhørende i Holland. Men hvis selskabet anses for hjemhørende, finder globalindkomstprincippet anvendelse. Omstændighederne for selskabet er bestemmende for, hvorvidt selskabet er hjemhørende eller ej. Mest bestemmende er, hvorvidt selskabets ledelse foregår i Holland samt om bestyrelsens mødeaktivitet og bogføringens placering.

Hollandsk ret tillader carry back i tidligere overskud i op til tre år, og underskud optjent efter 1.1.95 kan fremføres til modregning i senere overskud på ubegrænset tid, jf. Vpb⁴⁵ art. 20. For underskud før 1995 gælder at fremførelse er begrænset til en 8 årig periode.

⁴³ Inkomstskattelagen

⁴⁴ Laki konserniavustuksesta verotuksesta, gruppekonsolideringsloven

⁴⁵ Wet op de vennootschapsbelasting, selskabsskatteloven

De hollandske regler for beskatning af koncernforbundne selskaber består af et sæt regler som muliggør, at selskaberne bliver behandlet som en form for skattemæssig enhed. Reglerne er opdelt i to grupper. Enten behandles selskaberne som en skattemæssig enhed, eller også gælder reglerne om gruppelømpelse eller enhedslømpelse.

Reglerne om skattemæssig enhed består af selskaber og deres 99 % ejede datterselskaber af skattemyndighederne kan få tilladelse til at opnå sambeskatning, ved beskatning af moderselskabet. Denne regel medfører mulighed for at modregne underskud i et selskab i et andet koncernforbundet og skattemæssigt forbundet selskabs overskud. Kravene til selskabsformen er, at selskaberne er aktie eller anpartsselskaber, og at selskaberne er hjemmørende i Holland og beskattes efter samme regler.

Hvis et hollandsk A/S eller APS (NV eller BV) ejer 99 % af et andet selskab, kan disse selskaber blive behandlet som samme skattemæssige enhed, hvorefter kun moderselskabet laver en egentlig selvangivelse, jf. Vpb art. 15a. Herefter kan underskud i et selskab modregnes i overskud i et andet selskab. Her gælder så, at der er social hæftelse mellem selskaberne for skattebyrden. Fordelen ved dette arrangement er, at underskud, som efter engelsk ret, kan overføres såvel vertikalt som horisontalt indenfor gruppen af selskaber⁴⁶.

4.3. Frankrig, Danmark, Spanien

4.3.1. Frankrig

Frankrig anvender territorialbeskatningsprincippet i modsætning til de fleste andre lande i EU. Hermed beskattes virksomhed kun af den indkomst, som er optjent i Frankrig. Denne indkomst defineres efter hvilken dobbeltbeskatningsoverenskomst, der er indgået. Hvor der ikke er indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, er det den kommercielle aktivitet i Frankrig, som er bestemmende for beskatningsgrundlaget. Nye virksomheder, som er beliggende i Frankrig, bliver behandlet efter exemptionprincippet i de første to år, hvilket gøres for at tiltrække nye investeringer til Frankrig⁴⁷. Dog gælder, at 50 % af virksomhedens aktier ikke må ejes af et andet selskab, for at denne regel bliver gældende.

Omkostninger i forbindelse med virksomhedsopstart kan fratrækkes i en periode på 5 år efter opstarten af virksomheden. Underskud kan fremføres i de

⁴⁶ IFBD GET-11 suppl.no. 127, june 1996, afsnit 9

⁴⁷ Jean-Marc Tirard, Corporate taxation in EU Countries s. 100

følgende fem indkomstår. Frankrig tillader carry back for så vidt angår modregning af underskud i de seneste tre års overskud⁴⁸.

Inden 1988 var der i Frankrig ikke mulighed for, at koncernforbundne selskaber kunne modregne underskud fra et selskab i overskud hos et andet selskab. Et fransk selskab skulle derfor betale indkomstskat af overskud, selv om et andet selskab, eller resten af koncernen, havde underskud. De nye regler for beskatning af koncernforbundne selskaber blev introduceret i fransk ret i 1988. Efter denne lovændring blev det muligt for koncernforbundne selskaber at modregne koncernens selskabers overskud og underskud med hinanden. Herved betaler selskaberne skat af koncernens samlede indkomst, inkluderet indkomst fra udenlandske datterselskaber, hvis selskabet ejer mindst 95 % af aktierne i datterselskabet, jf. CGI ⁴⁹ artikel 223 A til 223Q. I særlige tilfælde kan selskaber få tilladelse til sambeskatning med udenlandske datterselskaber, hvor selskabet ejer mere end 50 %. Der er dog ikke mere end ca. 10 koncerner som har fået denne tilladelse⁵⁰. I 1995 introducerede man i fransk ret en reform for multinationale koncernforbundne selskaber, for bedre at kunne konkurrere med andre medlemsstater i den europæiske union. Efter de nye regler gælder bl.a. (1) at de som før var forbeholdt internationale grupper af selskaber nu også gælder for grupper af nationale selskaber, (2) at de hidtidige geografiske begrænsninger for hovedkontors aktiviteterne fjernes.

4.3.2. *Danmark*

Efter dansk ret kan såvel indenlandske som udenlandske selskaber opnå sambeskatning, i henhold til Selskabsskattelovens § 31. Sambeskatningen indebærer, at selskaberne indenfor sambeskatningen opgør egen skattepligtig indkomst, der herefter sammenlægges. Fordelen ved sambeskatningsmuligheden er, at selskaber får mulighed for at modregne underskud fra et udenlandsk selskab i resten af koncernen⁵¹. Vilkårene for sambeskatning er, at selskaberne har samme regnskabsår, og at moderselskabet ejer 100 % af aktierne i datterselskabet. Er der underskud i et sambeskattet selskab, fordeles underskuddet forholdsmæssigt på de resterende selskaber i sambeskatningen,

⁴⁸ Jean-Marc Tirard, *Corporate taxation in EU Countries* s. 103

⁴⁹ Code général des impôts, the tax law code, skatteloven

⁵⁰ *Corporate taxation in EU Countries* s. 105

⁵¹ Reglerne for behandlingen af underskud ved sambeskatning er fastsat i TSSCIR 1995-9.

som har overskud. Al sambeskatning mellem selskaber i Danmark og udenlandske selskaber sker efter credit-metoden, jf. LL § 33⁵².

Reglerne for underskudsfremførelse 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, fremføres 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 underskud fra tiden før sambeskatningen, kan dette underskud alene fratrækkes i selskabets eget overskud.

For udenlandsk underskud gælder, at det ikke er muligt 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. Hovedreglen er, at ved sambeskatningens ophør, sker der genbeskatning af hele genbeskatningssaldoen. Der sker endvidere genbeskatning ved såvel selve ophøret, og i nogle situationer efter sambeskatningens ophør.

4.3.3. Spanien

Spanske selskaber er defineret som hjemhørende i Spanien, hvis det er oprettet efter spansk ret, har hovedkontor indenfor spansk territorium og ledelsens sæde er beliggende i Spanien. Spanien anvender globalindkomstprincippet. Carry back er ikke muligt efter spansk ret, men fremførelse til efterfølgende overskud kan tillades, indtil 7 år efter det aktuelle underskuds år.

Som udgangspunkt tillades sambeskatning for hjemhørende selskaber, hvis moderselskaber ejer mere end 90 % af aktierne i datterselskaber, og har ejet aktierne indenfor to år før ønsket om sambeskatningen, jf. CCo, art. 42. Det er ikke afgørende, hvor datterselskabet er beliggende, og derfor kan datterselskabet godt indgå i sambeskatning, selv om datterselskabet er beliggende i en fremmed stat⁵³. For al sambeskatning skal skattemyndighedernes tilladelse indhentes, og tilladelse til sambeskatning med udenlandske

⁵² Creditlempelsen i sambeskatningsforhold medfører, at de sambeskattede selskaber ikke er samme skattesubjekt, da datterselskaber i hjemstedslandet beskattes af indkomsten og da moderselskabet er underkastet skattepligt i Danmark. Der foretages herved kun lempelse for den skat, som er betalt i datterselskabets hjemstedsstat, og hermed for dobbeltbeskatning.

⁵³ afsnit 655 IFBD GET-11 suppl. no. 136, december 1997

selskaber gives ikke ofte⁵⁴. Ved sambeskatningen er det nettoindkomsten som beskattes. Dog skal underskud som udgangspunkt fratrækkes samme selskabs overskud, og kun hvis der samlet efter en konsolideringsperiode stadig fremstår underskud, kan dette overføres til de andre selskaber i sambeskatningen.

5. Generelle bemærkninger til medlemsstaternes lovgivning

Det afgørende for gennemførelsen af det indre marked, og de selskaber som er etableret og ønsker at foretage etablering af datterselskaber i fællesskabet, er at der foretages en harmonisering af forskellige skatteretlige regler indenfor selskabsbeskatningen. Herunder bl.a. reglerne om overførsel af underskud, som var en meget vigtig faktor i den empiriske undersøgelse, som blev foretaget i forbindelse med Ruding rapporten, se ovenfor.

Ovenfor er medlemsstaterne opdelt i tre grupper, hvilket altid er vanskeligt, da juridiske regler ikke kan sættes i bås. Derfor vil nogle af landene ved en anden fremstilling måske befinde sig i en anden kategori. Formålet med denne opdeling er at skabe et overblik over de forskellige regler, som findes i EU, og dermed de forskellige regler som danner grundlag for de barrierer, som er opstået i forbindelse med det indre marked og ønsket og behovet for fri bevægelighed for selskaber i Fællesmarkedet.

Som det fremgår, er reglerne meget forskellige, også selv om nogle landes regler er meget ens, f.eks. United Kingdom og Irland samt Tyskland, Østrig og Luxembourg. Til trods for denne lighed, er medlemsstaternes regler så forskellige, at det ikke vil være nemt at finde en fællesnævner, hvis en harmonisering skulle stille alle landene tilpas.

Generelt er der flere tendenser i de nationale regler, som er afgørende, og en af dem er forskellen på udelukkende horisontal overførsel af underskud, som i f.eks. dansk ret og såvel horisontal som vertikal overførsel af underskud i hhv. engelsk og hollandsk ret. De danske regler lægger sig kraftigt op af den traditionelle koncerndefinition vedrørende et moderselskab og datterselskab, hvorimod de engelske og hollandske regler i større udstrækning forbindes med group of companies opfattelsen. Denne forskel på reglerne giver sig endvidere udtryk i reglerne om ejerskabskrav, som varierer fra 75 % i bl.a. UK til 100 % i dansk ret.

Der findes mange betydelige forskelle i de nationale regler og spørgsmålet, er hvordan det vil være muligt at løse problematikken med en harmonisering af reglerne i EU.

⁵⁴ afsnit 655 IFBD GET-11 suppl. no. 136, december 1997

Der er på nuværende tidspunkt fremlagt et direktivforslag som forsøg på harmonisering af reglerne om overførsel af underskud, men det er ikke vedtaget, på trods af, at det senest blev fremlagt i 1990. På daværende tidspunkt, var det ikke muligt for medlemsstaterne at blive enig om forslagens indhold, hvilket i henhold til artikel 100 i Romtraktaten kræver enstemmighed.

Den manglende vilje fra medlemsstaternes side til at gennemføre EU-retlige regler, bør dog ikke medføre, at der ikke arbejdes på en harmonisering af reglerne om overførsel af underskud.

6. Økonomiske betragtninger i forhold til harmoniseringen af medlemsstaternes nationale lovgivning

En måde at se på disse harmoniseringsønsker, kunne være at foretage en økonomisk analyse af de forskellige nationale retsregler som et supplement til den juridiske analyse, for der igennem at undersøge, hvilke regler, som giver størst incitament for selskaberne, til at foretage grænseoverskridende etablering, og der igennem at analysere, hvilke regler som ville kunne sikre opfyldelsen af formålet med det indre marked.

Selve formålet med en harmonisering skal imødekomme kravet om, at den fri bevægelighed ikke modarbejdes, samt den skal sikre selskabernes incitament til at foretage grænseoverskridende etablering.

Ved at anvende økonomisk teori som et supplement til den juridiske behandling af ovenstående problem, er det nødvendigt at foretage nogle betragtninger i forhold til såvel økonomisk, som juridisk analyse. En vigtig betragtning er, at der ved anvendelsen af jura og økonomi ikke foretages justeringer af hverken den økonomiske eller juridiske analyse, men i stedet findes en fælles anvendelse af de to teoriområder, som kan bidrage til større vinden ved løsningen af et samfundsmæssigt problem.

Dette kan f.eks. gøres ved at supplere den juridiske analyse med økonomisk teori, hvor den juridiske metode bibeholdes, ligesom den økonomiske teori og metode anvendes uforandret på det samfundsmæssige problem. Det skal specificeres, at resultatet af den økonomiske analyse kan give en yderligere faktor til den juridiske behandling af det samfundsmæssige problem.

En analyse af de nationale regler vil vise, hvor der er såvel forskelle som ligheder i national ret. Ved at foretage en analyse af forskellige juridiske regler, som landene allerede har afprøvet, vises ligeledes hvilke løsningsmetoder, der eksisterer og hvordan reglerne påvirker de forskellige samfund hvor de anvendes. Ved at tilføje en økonomisk analyse af disse forskellige regler, efter reglerne er underlagt en juridisk analyse, er det muligt at foretage forskellige vurderinger af, hvorvidt én regel fremfor en anden vil være bedre til at opfylde formålet med det indre marked og fri etablering.

Endvidere vil en økonomisk analyse kunne fortælle, i hvilket omfang en regel medvirker til at skabe et selskabsmæssigt incitament til at foretage grænseoverskridende etablering.

7. Konklusion

Udgangspunktet for problemstillingen er de forskellige nationale regler i medlemsstaterne i EU, som medfører, at der skabes barrierer for grænseoverskridende etablering, og dermed modvirker formålet med det indre marked. Der er store forskelle på behandlingen af underskud fra datterselskaber i medlemslandene og empirien viser, at selskaberne i EU efterlyser regler for overførsel af grænseoverskridende underskud.

Harmoniseringen er ikke sket på baggrund af det fremlagte direktivforslag, men dette bør ikke standse yderligere forsøg på at skabe harmoni mellem formålet med det indre marked og de selskabsskatteretlige regler. Derfor anføres det i artiklen, at en økonomisk vinkel på problematikken om harmonisering af regler indenfor dette område, vil kunne give svar på, hvilke regler, som vil sikre det indre marked, og hvilke regler, som vil skabe incitamenter for selskaberne til grænseoverskridende etablering og risikominimering.

Det har ikke været artiklens formål at komme med løsninger på et eventuelt harmoniseringstiltag, men alene at skabe et overblik over de forskellige regler, og endvidere at foreslå, hvordan man eventuelt metodisk kunne anvende den økonomiske teori til at skabe regler, som ville opfylde formålet med det indre marked samt skabe incitament for grænseoverskridende etablering.

Art. 90 i 90'erne

Nye principper for medlemsstaternes forpligtelser i h.t. Traktatens art. 90, stk. 1, sammenholdt med art. 86¹

af
Ulla B. Neergaard

1. Indledning

Som al anden ret er også EU-retten under konstant udvikling. Sidstnævnte må dog klassificeres som mere dynamisk og til tider også mere overraskende i sin udvikling, end hvad sædvanligvis er tilfældet. Inden for EU-konkurrenceretten har rollen som de mest betydningsfulde traktatbestemmelser længe tilhørt art. 85 og 86. Derimod har art. 90 vedrørende offentlige og privilegerede virksomheder ikke spillet en videre væsentlig rolle og har været tildelt betegnelsen "*dormant*". Imidlertid er bestemmelsen pludselig, men som sagt i fuld overensstemmelse med udviklingsmønsteret for den øvrige EU-ret, vågnet op til dåd og har fået en altafgørende betydning. Først og fremmest har den hjemlet den altomgribende liberalisering, der finder sted indenfor væsentlige sektorer såsom energi og telekommunikation.² Et andet interessant og nyt, men umiddelbart ikke nær så synligt, udviklingstræk har fundet sted i henseende til EF-domstolens fortolkning af medlemsstaternes forpligtelser for så vidt angår offentlige virksomheder og virksomheder, som de indrømmer

¹ Der er ikke taget hensyn til materiale fremkommet efter august 1998.

² Jf. art. 90, stk. 3. Bestemmelsens ordlyd er: "*Kommissionen påser, at bestemmelserne i denne artikel bringes i anvendelse, og meddeler, såfremt det er påkrævet, Medlemsstaterne passende direktiver eller beslutninger.*" Dette præciseres således af Gardner: "...by establishing for itself exceptional powers under Article 90(3) to issue sweeping legislation concerning public monopolies and privileged undertakings without the need for approval by the Council of Ministers or the European Parliament, the Commission has galvanised the Member States to take action within the Council of Ministers to liberalise the remaining regulated sectors under the traditional harmonisation powers found in Article 100A of the EC Treaty." Jf. Gardner, Anthony, "The Velvet Revolution: Article 90 and the Triumph of the Free Market in Europe's Regulated Sectors", *European Competition Law Review*, Vol. 16, 1995, Nr. 2, s. 79.

særlige eller eksklusive rettigheder.³ Således har EF-domstolen i en række afgørelser konstateret traktatbrud, idet medlemsstater ikke har overholdt deres forpligtelser i henhold til art. 90, stk. 1, læst i forening med art. 86, i henseende til sådanne virksomheder. Det er således rammende, når en forfatter beskriver kontrasten mellem den manglende anvendelse af bestemmelsen gennem en væsentlig andel af dens levetid, mindst tredive år, og den store betydning, den nyder i dag, som at en "fløjlsrevolution" har fundet sted.⁴

Ud over at det i sig selv kan være interessant at betragte et retsområdes pludselige aktivering, er det naturligvis væsentligt at konstatere de reelle implikationer deraf. Den umiddelbare hensigt i det følgende er derfor at redegøre nærmere for art. 90's ændrede anvendelse. Der fokuseres udelukkende på den del af udviklingen, der relaterer sig til art. 90, stk. 1, læst i forening med art. 86. Det er med andre ord EF-domstolens praksis gennem de sidste syv år vedrørende disse bestemmelser, der er i centrum. Formålet kan formuleres som at skitsere de væsentligste retningslinier for medlemsstaternes forpligtelser i henhold til bestemmelserne. Først undersøges det fortolkningsmæssige udgangspunkt frem til begyndelsen af dette årti (Afsnit 2). Dernæst analyseres elementer af den i dag relevante domspraksis (Afsnit 3). Dette udmunder i visse afsluttende generelle betragtninger vedrørende den ændrede anvendelse (Afsnit 4). I denne henseende tages udgangspunkt i følgende tre aspekter: 1) interventionsaspektet, 2) det konstitutionelle aspekt, og 3) legitimitetsaspektet. Disse tre aspekter er i forening betegnende for de fundamentale udfordringer, som EU i bred forstand står konfronteret med at

³ Jf. art. 90, stk. 1. Bestemmelsens ordlyd er: "*Medlemsstaterne afstår, for så vidt angår offentlige virksomheder og virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med denne Traktats bestemmelser, navnlig de i art. 7 og 85-94 nævnte.*" I art. 90, stk. 2, bestemmes følgende: "*Virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, eller som har karakter af fiskale monopoler, er underkastet denne Traktats bestemmelser, navnlig konkurrencereglerne, i det omfang anvendelse af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem. Udviklingen af samhandelen må ikke påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse.*" Art. 90 omdøbes i øvrigt ved Amsterdam-Traktatens ikrafttræden til art. 86, jf. Amsterdam-Traktatens art. 12 og de i denne bestemmelse omhandlede ækvivalenstabeller. Denne nye nummerering tages ikke her i brug.

⁴ Jf. Gardner, Anthony, "The Velvet Revolution: Article 90 and the Triumph of the Free Market in Europe's Regulated Sectors", *European Competition Law Review*, Vol. 16, 1995, Nr. 2, s. 78-86.

måtte håndtere i de kommende år.⁵ En invitation til yderligere diskussion af disse aspekter er således det overordnede sigte med nærværende fremstilling.

2. Det fortolkningsmæssige udgangspunkt

Helt frem til begyndelsen af 1990'erne udgjorde Sacchi-sagen fra 1974 det primære holdepunkt for fortolkningen af art. 90.⁶ I sagen, der i øvrigt vedrører det italienske fjernsynsmonopol, pointerer EF-domstolen, at art. 90, stk. 1, er en ret til, frem for et forbud mod, at medlemsstaterne indrømmer virksomheder særlige eller eksklusive rettigheder.⁷ Denne ret har almindeligvis været udlagt bredt, således at den - udover de i sagen nævnte særlige og eksklusive rettigheder - tillige refererer til offentlige virksomheder. Således er selve etableringen af offentlige virksomheder samt selve indrømmelsen af privilegerede rettigheder ikke i sig selv uforenelig med Traktaten. Konkurrencebestemmelserne finder derimod udelukkende anvendelse i henseende til de offentlige og privilegerede virksomheders forhold til trediemand.⁸ Dette indebærer, at sådanne virksomheder i relation til trediemand må udvise en adfærd, der er i overensstemmelse med konkurrencereglerne, dog med undtagelse af at dette måtte hindre dem i at gennemføre de opgaver, der er blevet dem pålagt.⁹ Det er afgørende, at det udelukkende er den måde, hvorpå monopolet, m.m., udøves, der kan være i strid med Traktaten.¹⁰ Det er således absolut ikke selve eksistensen af

⁵ Jf. Maduro, Miguel, *"We, The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution"*, Hart Publishing, 1998.

⁶ Jf. Sag 155/73, Giuseppe Sacchi, 30. april 1974, s. 409.

⁷ Jf. Sacchi-sagens præmis 14: *"Artikel 90, stk. 1 tillader blandt andet, at medlemsstaterne giver virksomheder særlige eller eksklusive rettigheder; der findes ikke noget i traktaten, der er til hinder for at medlemsstaterne i offentlighedens interesse unddrager radio og fjernsynsudsendelser, herunder kabeludsendelser fra konkurrencen på markedet ved at unddrage en herpå rettet eksklusiv rettighed til en eller flere virksomheder;... fortolkningen af artikel 86 sammenholdt med artikel 90 fører til den konklusion, at tilstedeværelsen af et monopol for en virksomhed, som en medlemsstat har indrømmet eksklusive rettigheder, ikke som sådan er uforenelig med artikel 86."*

⁸ Jf. Blum, Francoise & Logue, Anne, *"State Monopolies under EC Law"*, John Wiley & Sons, 1997, s. 3-4..

⁹ Jf. foregående note, s. 3-4.

¹⁰ Jf. foregående note, s. 3-4.

monopolet, m.m., der kan rammes. Denne oprindelige forståelse anses almindeligvis for at have været i overensstemmelse med traktatfædrenes ønsker.¹¹ Dette er et ønske, som i øvrigt eksplicit er kommet til udtryk i Traktatens art. 222, der bestemmer: "*De ejendomsretlige ordninger i Medlemsstaterne berøres ikke af denne Traktat.*"

Et af de første markante skridt i retning af et brud med dette fortolkningsmæssige udgangspunkt kan spores tilbage til Teleterminal-udstyrssagen fra 1991 vedrørende konkurrence på teleterminalmarkederne. Således anføres det ganske iøjnefaldende i sagen, at:

*"...selv om artiklen forudsætter, at der eksisterer virksomheder med visse særlige og eksklusive rettigheder, følger det ikke deraf, at samtlige særlige og eksklusive rettigheder er forenelige med Traktaten. Dette skal afgøres på grundlag af de forskellige regler, som artikel 90, stk. 1, henviser til."*¹²

Edward & Hoskins argumenterer på dette grundlag, at medlemsstaterne ikke har en fuldstændig suverænitæt i henseende til etableringen af juridiske monopoler, idet denne etablering må afbalanceres i forhold til princippet om fri konkurrence.¹³ Mere markant indebærer denne formulering, at offentlige og privilegerede virksomheder kan være ulovlige *per se*.¹⁴ Selve deres gyldighed kan udfordres.¹⁵ I modsætning til Sacchi-sagen er det således nu såvel udøvelsen, som selve eksistensen af den offentlige eller privilegerede virksomhed, som konkurrencebestemmelserne kan finde anvendelse på.¹⁶

¹¹ Jf. foregående note, s. 2.

¹² Jf. Sag C-202/88, Den Franske Republik mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, 19. marts 1991, s. I-1223, præmis 22.

¹³ Jf. Edward, David & Hoskins, Mark, "Article 90: Deregulation and EC Law. Reflections Arising from the XVI Fide Conference", *Common Market Law Review*, Vol. 32, 1995, Nr. 1, s. 160.

¹⁴ Jf. Blum, Françoise & Logue, Anne, "*State Monopolies under EC Law*", John Wiley & Sons, 1997, s. 2.

¹⁵ Jf. foregående note, s. 3.

¹⁶ Dette formuleres ganske tydeligt i præmis 11 i ERT-sagen fra 1991: "*Det følger dog af Traktatens artikel 90, stk. 1 og 2, at den måde hvorpå dette monopol er opbygget eller udøves, kan være i strid med Traktatens regler.*" Se for fuld reference af sagen, note 23. En tilsvarende udvidelse har fundet sted i henseende til beskyttelsen af industriel og kommerciel ejendomsret, hvor EF-domstolen oprindeligt ikke ville gribe ind i rettighedernes eksistens, jf. Engsig Sørensen, Karsten & Runge Nielsen, Poul,

Rækkevidden af den nye fortolkning uddybes i det følgende afsnit, dog som sagt indsnævret til alene at vedrøre medlemsstaternes forpligtelser i h.t. art. 90, stk. 1, i samspil med art. 86.

3. Oversigt over EF-domstolens praksis

I løbet af dette årti afsiger EF-domstolen omtrent tretten direkte relevante domme, der i forening repræsenterer en temmelig vidtgående fortolkning af art. 90, stk. 1, i samspil med art. 86. Dette høje antal er overraskende, når det tages i betragtning, at der stort set ikke forefindes tidligere sager på området. Det er centralt i denne praksis, om medlemsstaterne ved indrømmelsen af eksklusive eller privilegerede rettigheder krænker den tilsigtede virkning af art. 86.

Den nye praksis igangsættes for alvor ved Höfner-sagen fra 1991.¹⁶ Sagen vedrører en tysk erhvervsregulering, der angår tildeling af en eneret til arbejdsanvisning. Denne eneret indrømmes et offentligt arbejdsformidlingskontor, Forbundskontoret for Beskæftigelse. Det lovbestemte monopol omfatter både almindelig arbejdsanvisning, men principielt også formidling og anvisning af virksomhedsledere, altså såkaldte headhunting-aktiviteter. EF-domstolen bliver i henhold til art. 177 anmodet om bl.a. at tage stilling til den pågældende erhvervsregulerings forenelighed med art. 90 og 86.

Sagen er væsentlig, fordi EF-domstolen fastsætter et overordnet princip vedrørende medlemsstaternes forpligtelser i henseende til offentlige og privilegerede virksomheder:

“Skønt artikel 86 omhandler virksomheder og inden for de i artikel 90, stk. 2, fastsatte grænser kan anvendes på offentlige virksomheder eller virksomheder, der har særlige eller eksklusive rettigheder, står det dog fast, at Traktaten pålægger medlemsstaterne ikke at indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af denne bestemmelse... Artikel 90, stk. 1, bestemmer nemlig, at medlemsstaterne, for så vidt angår offentlige virksomheder og virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder,

“EU-markedsret”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1996, s. 287.

¹⁶ Jf. Sag C-41/90, Klaus Höfner og Fritz Elser mod Macroton GmbH, 23. april 1991, s. I-1979.

afstår fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med Traktatens bestemmelser, navnlig med artikel 85-94."¹⁷

Ydermere er sagen betydningsfuld, fordi der etableres retningslinier for, hvornår dette overordnede princip overtrædes. Disse forefindes i det såkaldte Höfner-kriterium:

*"Følgelig er enhver foranstaltning truffet af en medlemsstat, hvorved der opretholdes en lovbestemmelse, der skaber en situation, i hvilken [en offentlig virksomhed] nødvendigvis foranlediges til at handle i strid med ordlyden af artikel 86, uforenelig med Traktatens bestemmelser."*¹⁸

Det fremgår af dommens systematik, at følgende fire betingelser skal være opfyldt, førend en medlemsstat kan antages at overtræde art. 90 og 86:

- den involverede virksomhed skal udgøre en virksomhed i den art. 85 og 86 forudsatte betydning,
- den involverede virksomhed skal kunne anses for at indtage en dominerende stilling,
- der skal foreligge en form for misbrug, og
- den involverede virksomheds misbrug skal kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne,

Alle fire betingelser kendes fra art. 86. Dog gælder om den tredje betingelse, at den her bevidst fremtræder i en upræcis formulering, idet art. 86's anvendelse i forbindelse med art. 90 kan siges at ændre indholdet af misbrugskravet.¹⁹ I den kombinerede anvendelse af bestemmelserne er det

¹⁷ Jf. Höfner-sagens præmis 26. Dette overordnede princip er sidenhen gentaget i ERT- og Corbeau-sagerne. Se for fuld reference af sidstnævnte sager, note 22.

¹⁸ Jf. Höfner-sagens præmis 27. Dette Höfner-kriterium er gentaget i samtlige efterfølgende sager med lignende genstand.

¹⁹ Definitionen af misbrug fremgår ikke direkte af art. 86's ordlyd, hvis eksempler på misbrug dog indbyder til en relativ snæver forståelse af begrebet. I Hoffmann-La Roche-sagen fra 1979 definerer EF-domstolen dog begrebet relativt bredt: "[M]isbrugsbegrebet er et objektivt begreb, som omfatter en af en markedsdominerende virksomhed udvist adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurrencen netop som følge af den pågældende

naturligvis først og fremmest essentielt, at der kan etableres en forbindelse mellem den foranstaltning, der etablerer den pågældende offentlige eller kvasi-offentlige virksomhed og selve misbruget. Derudover gælder, at kravet til en konstatering af misbruget formentlig er mindre strengt end ved den rene anvendelse af art. 86. I Höfner-sagen udtaler EF-domstolen om sammenhængen mellem den nationale foranstaltning og misbruget, at:

*"... den blotte omstændighed, at der skabes en sådan dominerende stilling ved tildeling af en eneret som omhandlet i artikel 90, stk. 1, ikke i sig selv er uforenelig med Traktatens artikel 86... En medlemsstat overtræder nemlig kun forbuddene i disse to bestemmelser, såfremt den pågældende virksomhed ved den blotte udøvelse af den eneret, som er indrømmet den, foranlediges til at udnytte sin dominerende stilling på en måde, der er udtryk for misbrug."*²⁰

På dette grundlag bestemmer EF-domstolen i den pågældende sag, at der for det første er tale om en virksomhed i art. 85-86's betydning, som har et lovbestemt monopol, og som indtager en dominerende stilling på en væsentlig del af det indre marked. For det andet bestemmer den, at der påhviler den pågældende medlemsstat et ansvar i henhold til art. 90 og 86, idet den har foranlediget til et misbrug.²¹ Denne konklusion er karakteristisk for den nye praksis, idet misbruget konkret alene består i, at efterspørgslen på markedet efter den relevante form for tjenesteydelse ikke kan dækkes, kombineret med at private udbydere er forhindret i alternativt at dække behovet.²²

virksomheds tilstedeværelse allerede er afsvækket, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence som følge af at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser, der udspiller sig på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser", jf. Sag 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, 13. februar 1979, s. 461, præmis 91. Denne definition er den hyppigst citerede definition, jf. Van Bael, Ivo & Bellis, Jean-Francois, "Competition Law of the European Community", CCH Europe, 1994, 3. udgave, s. 576.

²⁰ Jf. Höfner-sagens præmis 29.

²¹ Jf. sagens præmis 31. Det skal bemærkes, at EF-domstolen endvidere vurderer, at samhandelsbetingelsen er opfyldt, jf. præmis 32.

²² I denne henseende anfører Gyselen, at EF-domstolen i sin afgørelse udvider misbrugsbegrebet således, at selve tildelingen af eksklusive rettigheder og den "misbrugende" udøvelse af disse rettigheder stort set bliver sammenfaldende, jf. Gyselen, Luc, "Anti-Competitive State Measures under the EC Treaty: Towards a

Höfner-sagen bekræftes i en række efterfølgende sager, hvoraf især bør fremhæves: ERT, Merci, RTT, Corbeau, Corsica Ferries Italia, Crespelle, Banchemo, GT-Link, Job Centre, Silvano Raso, Corsica Ferries France og Chemische Afvalstoffen.²³ En række af disse sager berører havneregulering. Som eksempel på Höfner-kriteriets anvendelse i en sådan sag kan nævnes Corsica Ferries Italia-sagen fra 1994. Den relevante italienske foranstaltning vedrører priserne for lodstjeneste. De nationale myndigheder godkender priser, der fastsættes af den virksomhed, som har fået eneret til at udføre obligatorisk lodstjeneste. I sagen drejer det sig om virksomheden Genova Havns lodsforening, som har mulighed for at anvende forskellige priser over for søtransportvirksomhederne, afhængigt af, om disse udfører transport mellem Italien og andre medlemsstater eller mellem indenlandske havne. I pådommelsen lægger EF-domstolen vægt på, at der er tale om et lovbestemt monopol, der indtager en dominerende stilling på et marked, der udgør en væsentlig del af det fælles marked.²⁴ Yderligere konstaterer EF-domstolen, at samhandelen mellem medlemsstaterne er påvirket.²⁵ Endelig anvender EF-

Substantive Legality Standard", *European Law Review (Competition Checklist 1993)*, s. CC77.

²³ Jf. Sag C-260/89, Elliniki Radiophonia Tileorassi AE mod Dimotiki Etairia Pliroforissis og Sotirios Kouvelas, 18. juni 1991, s. I-2925; Sag C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova SpA mod Siderugica Gabrielli SpA, 10. december 1991, s. I-5889; Sag C-18/88, Régie des télégraphes et des téléphones mod GB-Inno-BM SA, 13. december 1991, s. I-5941; Sag C-320/91, Straffesag mod Paul Corbeau, 19. maj 1993, s. 2533; Sag C-18/93, Corsica Ferries Italia Srl mod Corpo dei piloti del porto di Genova, 17. maj 1994, s. I-1783; Sag C-323/93, Société civile agricole du Centre d'insémination de la Crespelle mod Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne, 5. oktober 1994, s. I-5077; C-387/93, Straffesag mod Giorgio Domingo Banchemo, 14. december 1995, s. 4683; GT-Link A/S mod De Danske Statsbaner, 17. juli 1997, endnu utrykt; Sag C-55/96, Job centre coop. arl, 11. december 1997, endnu utrykt; Sag C-163/96, Straffesag mod Silvano Raso m.fl., 12. februar 1998, endnu utrykt; Sag C-266/96, Corsica Ferries France SA mod Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. Arl, m.fl., 18. juni 1998, endnu utrykt; og Sag C-203/96, Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV m.fl. mod Minister van Volkhuysvesting Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, 25. juni 1998, endnu utrykt. For en nærmere omtale af disse sager, se Neergaard, Ulla B., *Competition & Competences. The Tensions between European Competition Law and Anti-Competitive Measures by the Member States*, DJØF Publishing Copenhagen, 1998, Kap. 15.

²⁴ Jf. Corsica Ferries Italia-sagens præmis 39-41.

²⁵ Jf. foregående note, præmis 44.

domstolen Höfner-kriteriet og bestemmer, at den involverede medlemsstat har overtrådt art. 90, stk. 1, og art. 86:

"En medlemsstat overtræder imidlertid forbuddene i disse to bestemmelser, når den ved at godkende de af den pågældende virksomhed fastsatte priser, gør det muligt for denne at udnytte sin dominerende stilling på en måde, der er udtryk for et misbrug, idet den bl.a. over for handelspartnere anvender ulige vilkår for ydelser af samme værdi, jf. traktatens artikel 86, stk. 2, litra c)."

Den foreløbige kulmination i slækkelsen af misbrugskravet må siges at finde sted i en af de seneste sager, nemlig *Silvano Raso*-sagen fra 12. februar 1998.²⁶ Sagen vedrører, som *Corsica Ferries Italia*-sagen, national havneregulering. Mere specifikt drejer sagen sig om foreneligheden af italienske bestemmelser, hvorefter kun ét havneselskab må formidle midlertidig arbejdskraft til andre virksomheder, der opererer i den havn, hvor havneselskabet er etableret. Med andre ord er havneselskabet konkurrent til de virksomheder, som det har eneret på at levere arbejdskraft til. Havneselskabet kan således anses for at stå over for en interessekonflikt. I sagen formuleres Höfner-kriteriet i overensstemmelse med præcedens som følger:

"...selv om den omstændighed, at der skabes en dominerende stilling ved tildeling af eksklusive rettigheder som omhandlet i Traktatens artikel 90, stk. 1, ikke i sig selv er uforenelig med artikel 86, overtræder en medlemsstat forbuddene i disse to bestemmelser, såfremt den pågældende virksomhed ved den blotte udøvelse af de eksklusive rettigheder, som er indrømmet den, foranlediges til at udnytte sin dominerende stilling på en måde, der er udtryk for misbrug, eller såfremt rettighederne må antages

²⁶ Det kan dog diskuteres, om *Corbeau*-sagen fra 1993 indeholder en endnu mere markant slækkelse af misbrugskravet. I denne sag nøjes EF-domstolen med at nævne, at medlemsstaterne for så vidt angår offentlige og privilegerede virksomheder afstår fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med traktatens konkurrencebestemmelser, jf. præmis 12. Umiddelbart derefter fortsætter EF-domstolen med at vurdere art. 90, stk. 2's relevans, jf. præmis 23. Denne manglende stillingtagen er blevet udlagt som, at EF-domstolen finder det overflødigt at etablere misbrug, jf. Bredsgaard, Benedikte, "Article 90 of the EC Treaty as a Legal Basis for Liberalisation", *Justitia*, 1996, Nr. 1, s. 14-15. En analog manglende stillingtagen til misbrugskravet kan observeres i *Corsica Ferries France*-sagen fra juni 1998, hvor EF-domstolen ligeledes springer direkte fra en henvisning til Höfner-kriteriet til en undersøgelse af art. 90, stk. 2.

*at skabe en retstilstand, som medfører, at virksomheden gør sig skyldig i et sådan misbrug."*²⁷

I den pågældende sag finder EF-domstolen, at den omtvistede foranstaltning er i strid med art. 90 og 86. Begrundelsen er bl.a. følgende:

*"Allerede i kraft af selve udøvelsen af monolet kan virksomheden således til egen fordel fordreje de lige muligheder for de forskellige erhvervsdrivende, der opererer på markedet for tjenesteydelser, der udøves i havnen... Selskabet foranlediges således til at misbruge sit monopol på den måde, at det påtvinger konkurrenterne på markedet for havnearbejde urimelige priser på levering af arbejdskraft, eller at det stiller arbejdskraft, der er mindre egnet til at udføre det krævede arbejde, til deres rådighed. En ordning som den, der er tilvejebragt ved loven af 1994, må herefter i sig selv antages at være i strid med Traktatens artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 86. Det er derfor uden betydning, at den forelæggende ret i relation til det tidligere, nu omdannede havneselskab ikke har konstateret noget misbrug."*²⁸

Det fremgår nu udtrykkeligt, at et faktisk misbrug ikke behøver bevisligt at foreligge. Det er tilstrækkeligt, at en virksomhed ved den blotte udøvelse af sine rettigheder foranlediges til at udnytte sin dominerende stilling på en måde, der er udtryk for misbrug. Med andre ord er det nok, at den pågældende foranstaltning giver virksomheden et incitament til at misbruge sin dominerende stilling.²⁹ Der er således tale om en opblødning af begrebet misbrug. Det vil sige, at sagen bekræfter den tendens, som blev nævnt i Afsnit 2 ovenfor om, at det er selve etableringen af rettighederne, m.m., der i sig selv kan opfattes som anstødelig. Det skal dog understreges, at der formentlig vil være tilfælde, hvor EF-domstolen vil forlange bevis for misbrug.

Endnu en indikation af skærpede krav gældende for medlemsstater i deres relation til offentlige og privilegerede virksomheder, jf. art. 90 og art. 86, følger af udfaldet i de særligt relevante domme afsagt i løbet af dette årti. Det

²⁷ Jf. Silvano Raso-sagens præmis 27.

²⁸ Jf. Silvano Raso-sagens præmis 29-31.

²⁹ Der henvises i øvrigt til Blum, Francoise & Logue, Anne, "State Monopolies under EC Law", John Wiley & Sons, 1997, kap. 4, vedrørende en kompetent oversigt over de forskellige former for misbrugssituationer, som udover de traditionelle art. 86-misbrugsformer også kan omfatte mere specielle former, der er affødt af den statslige medspillers tilstedeværelse.

kan konstateres, at i mere end halvdelen af de afgjorte sager finder EF-domstolen, at de involverede medlemsstater har overtrådt deres forpligtelser i henhold til art. 90 og 86.³⁰ I visse af de øvrige sager er EF-domstolen indstillet på at fordømme de pågældende foranstaltninger dog betinget af de henvisende domstoles resultater i henhold til de opstillede retningslinier. I kun et fåtal af sager anerkender EF-domstolen således udtrykkeligt de omtvistede foranstaltninger. Dette giver således anledning til at understrege vigtigheden af, at medlemsstater er omhyggelige med deres udformning af regulering vedrørende offentlige og privilegerede virksomheder under hensyntagen til den nye praksis.

4. Afsluttende generelle betragtninger

I de foregående afsnit er det skitseret, hvorledes anvendelsen af art. 90 og 86 har undergået en betydelig ændring både på det generelle og det mere specifikke plan. Hvad angår førstnævnte plan, blev det påpeget, at nu kan gyldigheden af såvel udøvelsen, som selve eksistensen af den offentlige eller privilegerede virksomhed, udfordres. Hvad angår det specifikke plan, er implikationerne af den generelle ændring blandt andet kommet til udtryk ved, at misbrugskravet er slækket i betydeligt omfang. For at forstå rækkevidden af disse ændringer fra et mere overordnet perspektiv, er det relevant at overveje dem i lyset af følgende tre essentielle spørgsmål: 1) hvorvidt offentlig intervention er ønskværdig eller ej (interventionsaspektet), 2) hvorvidt interventionen i givet fald bør foretages på EU- eller nationalt niveau (det konstitutionelle aspekt), og 3) hvorvidt ændringen er legitim (legitimitetsaspektet).

I henseende til interventionsaspektet kan nævnes, at den almindelige antagelse er, at EU bygger på en markedsøkonomisk ideologi, der dog ikke er nærmere defineret i Traktaten.³¹ Det er eksempelvis ikke indlysende, at total

³⁰ Hermed er ikke taget stilling til muligheden for undtagelse i henhold til art. 90, stk. 2.

³¹ Sauter anfører således: "*The EC Treaty as elaborated by the European Court of Justice forms the economic constitution of the European Community, which governs the relations between the various levels of government and the market. Under this economic constitution the Community has limited competences, and no particular economic order is prescribed for the Member States: the Treaty remains neutral regarding the economic order at the national level. National measures in the public interest, which take due legal form and respect the basic principles of Community law, may legitimise exceptions to the internal market. This leaves the Member States an autonomous sphere within the general constraints imposed by Community law. The economic order at the Community level is that of a market system which guarantees*

markedsintegration skulle være et endeligt mål i sig selv, og i forlængelse heraf om der måtte herske almindelig konsensus herom. For kort at vende tilbage til den i indledningen nævnte metafor for det hændte forløb, om at en fløjlsrevolution har fundet sted, er valget af denne jo ganske tankevækkende. Begrebet har som bekendt sin oprindelse i Tjekkoslovakiets løsrivelse fra Sovjetunionen i 1989 og denoterer vel i almindelig forståelse en politisk omvæltning uden den store modstand. Ophavsmanden til anvendelsen af metaforen i relation til art. 90, Gardner, er positiv overfor den ændrede retstilstand og betragter situationen som de frie markeds kræfters triumflog over nationale traditioner karakteriseret ved økonomisk "*dirigisme*".³² I denne forbindelse priser Gardner opgøret med den tredive år gamle formodning om, at offentlige og privilegerede virksomheder er tilladte i henhold til Traktaten og om at medlemsstaterne principielt har frihed til at bestemme deres ejendomsretlige ordninger.³³ Det vil med andre ord sige, at den ændrede anvendelse af art. 90 og 86 er udtryk for en udvikling i retning af, at offentlig intervention er mindre ønskværdig end hidtil.

I henseende til det konstitutionelle aspekt gælder, at det her betragtede retsområde ikke blot er et spørgsmål om markedsøkonomi kontra planlægningsøkonomi, men i mindst lige så høj grad et spørgsmål om på hvilket niveau, der skal reguleres. Med andre ord er det i EU-systemet, som i andre føderationer eller føderationslignende systemer, en udfordring at afgøre, hvorledes kompetencer skal fordeles mellem EU og medlemsstaterne (eller underliggende niveauer). Den her beskrevne udvikling trækker kompetencer væk fra medlemsstaterne til EU-centret. Der er således tale om en betydelig kompetenceglidning.³⁴ Det er EU, der langsomt tilegner sig kompetencen til at fastlægge graden af intervention. Mere specifikt må medlemsstaterne imødesee en reduktion af deres nationale kompetencer i henseende til offentlige og privilegerede virksomheder. I forlængelse heraf er

individual economic rights. However, this market orientation is not absolute: legitimate public policy goals can justify exceptions from market policies at the Community level as well, subject to limited judicial review." Jf. Sauter, Wolf, "*Competition Law and Industrial Policy in the EU*". Clarendon Press Oxford, 1997, s. 225.

³² Jf. Gardner, Anthony, "The Velvet Revolution: Article 90 and the Triumph of the Free Market in Europe's Regulated Sectors", *European Competition Law Review*, Vol. 16, 1995, Nr. 2, s. 85-86.

³³ Jf. foregående note, s. 85.

³⁴ Jf. også Chung, Chan-Mo, "The Relationship between State Regulation and EC Competition Law: Two Proposals for a Coherent Approach", *European Competition Law Review*, Vol. 16, 1995, Nr. 2, s. 94.

der en tendens til, at medlemsstaterne fratages deres hidtidige kompetence til at konstruere deres ejendomsretlige ordninger efter eget ønske. Dette sker på trods af, at det normalt antages, at medlemsstaterne, jf. art. 222, har frihed til selv at bestemme den ejendomsretlige ordning, der skal gælde i deres land, derunder om de ønsker statsejede virksomheder eller den anden yderlighed, nemlig absolut ingen offentlig intervention i markedsforholdene.³⁵ Denne ret må antages væsentligt at være indskrænket på grund af art. 90's seneste udvikling. Det er dog på den anden side klart, at denne ret altid har skullet afgrænses i forhold til et af Traktatens grundlæggende målsætninger, nemlig vedrørende konkurrencens sikring, jf. bl.a. art. 3, litra (g) eller nu også art. 3a, stk. 1. Således har medlemsstaterne altid skulle indrette deres ejendomsretlige ordninger i en vis udstrækning efter disse principper, dog med det væsentlige forbehold, at art. 90 og 222 udgør selvstændige retskraftige traktatbestemmelser, hvorimod art. 3 og art. 3a udelukkende har karakter af generelle principper. Således indeholder disse sidstnævnte principper ikke selvstændige rettigheder og forpligtelser for medlemsstaterne, borgerne og virksomhederne.³⁶

I henseende til det tredje aspekt vedrørende legitimitet, er dette i sagens natur et vanskeligt emne og dets underliggende spørgsmål kan næppe besvares utvetydigt.³⁷ Det kan dog bemærkes, at såfremt lovhjemlen til den ændrede anvendelse af art. 90 og 86 i sig selv er spinkelt funderet, kan dette være temmelig betænkeligt i en legitimitetssammenhæng. En antydning af en svag lovhjemmel kan findes selv hos en overfor udviklingen positivt indstillet person som Gardner, der anfører, at den nye udvikling er gennemført på trods af art. 90's ordlyd.^{38 39} Såvel udviklingen i sig selv, som udtalelser som

³⁵ Jf. Fejø, Jens, "*EU-konkurrencerne*", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997, 2. udgave, s. 121.

³⁶ Jf. Gulmann, Claus & Hagel-Sørensen, Karsten, "*EU-ret*", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1995, 3. udgave, s. 40.

³⁷ Legitimitetsbegrebet bør forstås bredere end blot som et spørgsmål om tilstedeværelsen af demokrati eller ej, således snarere som et spørgsmål om hvorvidt det betragtede samfund i henhold til den generelle opfattelse i befolkningen anses som legitimt. Se Obradovic, Daniela, "Policy Legitimacy and the European Union", *Journal of Common Market Studies*, Vol. 34, 1996, Nr. 2, s. 191-221.

³⁸ Jf. Gardner, Anthony, "The Velvet Revolution: Article 90 and the Triumph of the Free Market in Europe's Regulated Sectors", *European Competition Law Review*, Vol. 16, 1995, Nr. 2, s. 78 og 85. Således anføres det s. 78: "[The provisions] indicate that the framers of the Treaty of Rome wished to adopt a neutral position in the debate between state planning and free competition and that they preferred to leave to the Member States the liberty, within certain limits, to choose the appropriate

Gardners, bør give anledning til overvejelser om ønskværdigheden af, at et retssystem som EU baserer sig på så løs en opfattelse af lovhjemmelskravet, som eksemplet med art. 90 og 86 antyder. En relateret diskussion vedrører relevansen af den udbredte antagelse om, at graden af legitimitet ikke er den samme i den supranationale retsorden, EU, og de demokratiske samfund, medlemsstaterne. Således opfattes legitimiteten af EU's politiske processer som meget mere prekær end medlemsstaternes. Retsakter fra EU kan derfor i den brede befolkning opfattes som mindre legitime end retsakter fra medlemsstaterne, fordi sidstnævntes retsakter generelt er demokratisk funderede i en anden udstrækning end EU's reguleringer. Dette kan være et problem i sig selv, når et kompetenceområde flyttes fra medlemsstater til EU-centret.

På grundlag af ovenstående refleksioner over forvandlingen af art. 90's anvendelse i relation til interventionsaspektet, det konstitutionelle aspekt og legitimitetsaspektet kan det konkluderes, at denne ikke er uden alvorlige implikationer. I sidste instans er det væsentligste spørgsmål at rejse dog dette om, hvorvidt medlemsstater og borgere er enige i de pågældende forandringer/prioriteringer.⁴⁰ Det må man jo håbe.

model of economic organisation" og på s. 85: "This jurisprudence is revolutionary because it has reversed the decades-old presumption - reflected in the very text of Article 90 - that public monopolies and privileged undertakings are compatible with the Treaty and that member States are free in principle to determine their preferred system of property ownership." Se også Blum, Francoise & Logue, Anne, "State Monopolies under EC Law", John Wiley & Sons, 1997, s. 2; samt Mortensen, Bent O. G., "Elforsyning - Afvejning af hensyn til en sektor på vej mod det indre marked", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998, s. 111.

³⁹ At diskussionen om lovhjemmel absolut ikke er irrelevant kan spores i følgende bemærkning fra konkurrencekommissæren Karel van Miert i en kommentar til en bog om art. 90: "It seems to me that the case-law of the Court of Justice has fluctuated less than the authors seem to think. I also believe Article 90(3) Directives do not establish new obligations but enforce existing rules, namely the rules laid down in the Treaty. They do not therefore introduce new legislation, but apply and define the obligations enshrined in the Treaty, subject to review by the Court of Justice." Jf. "Foreword" i Blum, Francoise & Logue, Anne, "State Monopolies under EC Law", John Wiley & Sons, 1997, s. xiii.

⁴⁰ En vis reaktion har dog ikke ladet vente på sig og er kommet til udtryk i Amsterdam-Traktatens art. 7D, samt protokol nr. 9 og erklæring nr. 13 og 37. I særdeleshed skal nævnes, at det i art. 7D understreges, at tjenester af almen økonomisk interesse fortsat kan ydes på grundlag af principper og vilkår, der gør det muligt for dem at opfylde deres opgaver. Se i øvrigt European Commission, "European Community competition policy. XXVIIth Report on competition policy. 1997", s. 39.

Hvor intetsigende er domme med intetsigende begrundelser?

af
Bjørn Ryberg

1. Indledning

Når man skal analysere retspraksis på et område, er det naturligt at overveje, hvilke krav den juridiske metodelære stiller. I betragtning af den centrale rolle, som retspraksis notorisk har som retskilde, er der kun skrevet ganske lidt om emnet, og man finder ikke megen vejledning med hensyn til, hvorledes en analyse af retspraksis kan eller bør håndteres.¹ Til illustration kan det nævnes, at Preben Stuer Lauridsen har skrevet, at der her i landet ikke findes faste regler for domslæsning og -fortolkning.²

Morten Wegener har om anvendelsen af domme som præjudikater skrevet, at domsanalysen kræver en samlet vurdering af en række skønspægede elementer, og at det i almindelighed er nødvendigt at foretage en "tæt" læsning af dommen.³ Selv det utvivlsomt er korrekt, er der ikke megen vejledning hente i det udsagn.

Litteraturen om retspraksis som retskilde er i vidt omfang fokuseret på præjudikatsværdien af forskellige typer domme, og det er en udbredt opfattelse, at domme med intetsigende begrundelser nærmest er værdiløse, og

¹ Retspraksis betydning for retsvidenskaben syntes desværre at være et emne, der i den danske litteratur har været en tendens til at give en mindre indgående behandling, jf. for eksempel Alf Ross, *Om Ret og Retfærdighed* s. 131, hvor han indskrænker sit kapitel IV om den juridiske metode til at angå lovfortolkning. For så vidt angår et beslægtet spørgsmål i relation til administrativ praksis, se Bent Christensen, *Hjemmelsspørgsmål* s. 47, hvor han begrænser sin fremstilling af det forvaltningsretlige hjemmelsspørgsmål til ikke at angå tilfælde, hvor hjemmelen må findes i (langvarig) administrativ praksis.

² *Retslæren* s. 364.

³ Morten Wegener, *Juridisk metode*, 2. udg. s. 112. Se i samme retning Torben Jensen i *UfR* 1990 B s. 442.

at domme med meget konkrete begrundelser har meget lav værdi.^{4 5} I det omfang man følger den opfattelse, kan man sige, at den juridiske metodelære i hvert fald stiller et klart krav, nemlig at man skal holde sig fra domme med intetsigende eller meget konkrete begrundelser. Der er imidlertid tale om en opfattelse, som ikke i almindelighed bør opretholdes og følges uden væsentlige modifikationer, selv om den utvivlsomt må tiltrædes i relation til nogle domme med meget konkrete eller intetsigende begrundelser.

Emnet for denne artikel er den værdi eller mangel på samme, som domme med meget konkrete, intetsigende eller helt manglende begrundelser kan have for retsvidenskaben.

2.Retspraksis' betydning for retsvidenskaben

Når man skal udtale sig om den retsvidenskabelige værdi af forskellige typer domsbegrundelser, må man ifølge sagens natur anvende en eller anden form for målestok. Man må i den forbindelse gøre sig klart, hvad der er årsagen til, at det er relevant for retsvidenskaben at beskæftige sig med retspraksis.

Det følger af retsideologien, at der bør være en vis grad af regelmæssighed/ensartethed i retsanvendelsen, således at ens forhold bliver behandlet ens. Dette krav om regelmæssighed i retsanvendelsen kan også formuleres som et krav om, at alle dommere bør anvende samme retsregler, hvor der ved en retsregel forstås en sammenkædning af mere eller mindre abstrakt formulerede omstændigheder (de ens forhold) med en retsfølge (den ens behandling). Denne definition af en retsregel kan illustreres som følger:⁶

Hvis retsfaktum A så retsfølge B

I det følgende vil det blive lagt til grund, at det er en rimelig antagelse, at danske dommere i overensstemmelse med retsideologien bestræber sig på at opnå en betydelig grad af regelmæssighed i retsanvendelsen.⁷ Det indebærer,

⁴ Det her i artiklen anførte om domme finder tilsvarende anvendelse på kendelser.

⁵ Som eksponenter for den herskende lære i relation til vurderingen af forskellige domstypers præjudikatsværdi kan henvises til: Ruth Nielsen, *Retskilderne* 5. udg. s. 158, Preben Stuer Lauridsen, *Retslæren* s. 363 og Morten Wegener, *Juridisk metode* 2. udg. s. 110.

⁶ Se herom Bent Christensen, *Hjemmelsspørgsmål* s. 43 ff og Mads Bryde Andersen *Edb og ansvar* s. 28.

⁷ Her tænkes der alene på den regelmæssighed i retsanvendelsen, som Alf Ross kalder "formel lighed" eller "formel retfærdighed", jf. *Om Ret og Retfærdighed* s. 101 og s.

at de enkelte dommeres afgørelser må antages at være baseret på opfattelser hos de pågældende dommere om, hvilke retsregler dommerstanden bør anvende i forbindelse med sagernes behandling og afgørelse, det vil sige om, hvilke typer retsfaktum, der bør have hvilke typer retsfølger.

Egentlig regelmæssighed i retsanvendelsen opnås selvsagt ikke, hvis dommerne hver især følger vidt forskellige opfattelser af, hvilke retsregler der bør anvendes. Den krævede regelmæssighed opnås kun i det omfang dommerstanden lægger de samme opfattelser til grund. I den forbindelse er såvel en fælles juridisk metode som den hierarkiske opbygning af domstolssystemet væsentlige faktorer til sikring af regelmæssigheden. Det må således antages, at det forhold, at de underordnede domstoles afgørelser kan appelleres til de overordnede domstole, der har mulighed for at overrulle de underordnede domstoles afgørelser, af indlysende grunde må opleves af en dommer ved en underordnet domstol som et system, der forpligter ham til at følge de opfattelser, der bliver lagt til grund af dommerne ved de overordnede domstole, uanset om han er enig i, at juridisk metode i øvrigt må føre til de opfattelser, som dommerne ved de overordnede domstole vælger at lægge til grund. I øvrigt fører retsideologiens krav om regelmæssighed i retsanvendelsen til, at selv dommerne i Højesteret i vidt omfang bør føle sig bundet af de opfattelser, som andre højesteretsdommere tidligere har lagt til grund i tilsvarende sager, selv om de i princippet ikke kan tiltræde, at juridisk metode i øvrigt fører til de opfattelser, der lå til grund for de ældre højesteretsafgørelser.^{8 9 10}

356.

⁸ Se for eksempel Alf Ross i *Om Ret og Retfærdighed* s. 105, hvor han har anført, at det er "en kendsgerning, at kontinentale dommere, uanset at præjudikater ikke formenes at besidde "forbindende kraft", i meget høj grad lader sig influere af foreliggende afgørelser og kun sjældent og nødtigt foretager et klart brud med hidtidig praksis". Se også Torben Jensen i *UfR 1990 B* s. 441.

⁹ Noget andet er, at ændringer i de samfundsmæssige forhold i takt med samfundsudviklingen kan medføre forandringer i de faktiske forudsætninger for en given praksis med deraf følgende behov for forandringer eller justeringer i forhold til tidligere praksis, jf. Morten Wegener, *Juridisk metode*, 2. udgave s. 114 og Alf Ross, *Om Ret og Retfærdighed* s. 101.

Når dommerne i den ovenfor omtalte forstand i vidt omfang må anses for bundet af tidligere afgørelser, er det indlysende, at de opfattelser, som er blevet lagt til grund i tidligere afgørelser, kan være af stor praktisk interesse, ikke alene for de andre dommere, der efterfølgende skal træffe afgørelse i tilsvarende sager, men også for brugerne af domstolssystemet såsom advokater og aktuelle og potentielle parter i retssager. Da dansk retsvidenskab bør beskæftige sig med spørgsmål af praktisk interesse for dommerstanden og brugerne af det danske domstolssystem, følger det heraf, at de opfattelser hos en eller flere danske dommere, som i relation til et givet spørgsmål kommer til udtryk i retspraksis, bør være af væsentlig betydning for den retsvidenskabelige behandling af spørgsmålet.

Heri ligger ikke, at retsvidenskabens nødvendigvis bør opfattes som en slave af retspraksis, således at retsvidenskabens eneste opgave er at registrere og systematisere de opfattelser, som allerede er kommet til udtryk i retspraksis, eller som må antages at ville komme til udtryk i retspraksis. Det må således blandt andet stå retsvidenskabens frit for at søge at påvirke retspraksis ved for eksempel at kritisere de opfattelser, som mere eller mindre manifest kommer til udtryk i retspraksis.

At den form for kritik ikke er uden praktisk interesse for dommerstanden og brugerne af domstolssystemet, og at det derfor må anses for en væsentlig del af retsvidenskabens at forholde sig kritisk til retspraksis, ses blandt andet derved, at kritik fra retsvidenskabens side rent faktisk påvirker de opfattelser, som dommerne lægger til grund i forbindelse med sagernes behandling og afgørelse.¹¹

Som det fremgår af det ovenfor anførte, er de dommeropfattelser, der kommer til udtryk i retspraksis af væsentlig betydning for retsvidenskabens, fordi de er af praktisk interesse for dommerstanden og brugerne af doms-

¹⁰ Grænserne for det, som dommerne uden risiko for sanktionering kan tillade sig, for så vidt angår at ignorere retspraksis som retskilde, følger af reglerne om disciplinæransvar, herunder om uanmodet afskedigelse (retsplejelovens § 48 og § 49), reglerne om erstatningsansvar (retsplejelovens § 322 sammenholdt med § 321 og den almindelige erstatningsregel) og reglerne om strafansvar (straffelovens kapitel 16). Om dommers forskellige former for ansvar se Bernhard Gomard, *Civilprocessen* 4. udg. s. 115 ff.

¹¹ Et meget markant eksempel herpå er EF-domstolens præjudicielle afgørelser i HAG I og HAG II-sagerne. Efter lammende kritik fra retsvidenskabens side blev HAG I-dommen (sag 192/73, afg. af 3/7 1974, Sml. 1974, 731) klokkeklart overrulet i HAG II-dommen (sag C-10/89, afg. af 17/10 1990, Sml. 1990, 3711). Afgørelserne omtales af Jens Fejø i EU-konkurrenceret, 2. udgave s. 245, note 131.

tolssystemet. Ifølge den her forfægtede opfattelse er de dommer-opfattelser, der kommer til udtryk i retspraksis, således ikke af væsentlig betydning for retsvidenskaben, *fordi* en dommers opfattelse af et spørgsmål direkte eller indirekte er besjælet med særlige kvaliteter, der gør dommerens opfattelse mere rigtig end for eksempel en kyndig advokats opfattelse af samme spørgsmål, eller *fordi* verifikationen af en retsvidenskabelig sætnings sandhed må ske ved en eller anden form for sammenholdning af den retsvidenskabelige sætning med retspraksis.

Dette syn på retspraksis' betydning for retsvidenskaben afspejler den opfattelse, at det må være retsvidenskabens primære opgave at beskæftige sig med forhold af praktisk interesse for aktørerne i den institutionaliserede konfliktløsning, der finder sted ved domstolene, i voldgiftsretter etc. Denne opfattelse er udtryk for et fundamentalt valg på det videnskabsteoretiske plan, som det ligger uden for denne afhandlings rammer at redegøre nærmere for.

Af de anførte følger, at en doms værdi for retsvidenskaben i relation til et spørgsmål må afhænge af, i hvilket omfang der fra dommen kan udledes noget om det pågældende spørgsmål af praktisk interesse i den ovenfor omtalte forstand.

3. Den retsvidenskabelige anvendelighed af de forskellige typer domsbegrundelse

Domme skal begrundes, jf. retsplejelovens § 218. Når domsbegrundelsens karakter ifølge den herskende lære er afgørende for en doms præjudikatsværdi, må det implicit være udtryk for den opfattelse, at domsbegrundelsen i det væsentligste er afgørende for det, som man med interesse for retsvidenskaben kan udlede af en dom.¹²

¹² I UfR 1990 B s. 442 har Torben Jensen skrevet, at betydningen af domstolenes afgørelser som retskilde beror på, hvad der med hensyntagen til den enkelte sags særpreg direkte eller forudsætningsvis kan udledes af præmisserne.

Det forekommer ikke særlig harmonisk, hvis man på dette punkt erklærer sig som tilhænger af den herskende lære og samtidig giver udtryk for, at den person, der fortolker en dom selvsagt ikke er bundet til at acceptere den pågældende dommers angivelse af den til grund for dommen liggende almindelige regel, idet fortolkeren er berettiget til at fortolke dommens tekst i sit eget lys. Se som eksempel Preben Stuer Lauridsen, Retslæren s. 363.

En opfattelse, som forekommer vidtgående ikke alene i forhold til den herskende lære men også i forhold til de synspunkter, der forsvares her i artiklen, finder man hos W.E. von Eyben, Bevis s. 12, hvor han i relation til spørgsmålet om retspraksis som kilde til bevisretten har anført, at det af forskellige årsager kan være direkte farligt at bygge for meget selv på de relativt få tilfælde, hvor bevisproblemet diskuteres i præmisserne.

De begrundelser, dommere giver i deres afgørelser, kan inddeles i 4 kategorier, nemlig *a)* abstrakte domsbegrundelser, det vil sige begrundelser, der er formuleret, således at det udtrykkeligt fremgår hvilke abstrakt formulerede typer omstændigheder, der efter dommerens opfattelse bør have hvilke retsfølger, *b)* konkrete domsbegrundelser, det vil sige begrundelser, hvor der henvises til sagens helt konkrete omstændigheder *c)* intetsigende domsbegrundelser, det vil sige begrundelser, hvor der blot henvises til "sagens omstændigheder" eller lignende, og *d)* helt manglende domsbegrundelser.¹³

Der er naturligvis tale om ganske grove sondringer med glidende overgange, og en dom kan, for så vidt angår et eller flere spørgsmål indeholde abstrakte begrundelser, mens den, for så vidt angår andre spørgsmål, indeholder konkrete, intetsigende og/eller helt manglende begrundelser.

Sondringen mellem de 4 forskellige kategorier kan illustreres med et eksempel.

Ifølge færdselslovens § 126 skal der ske betinget frakendelse af kørekortet blandt andet hvis man "under tilsidesættelse af væsentlige hensyn til færdselssikkerheden" med et motorrevet køretøj har voldt skade på person eller ting eller fremkaldt fare for sådan skade. Det er hovedreglen, at der sker betinget frakendelse af kørekortet, hvis man kører ind i et lyskryds for rødt lys. Selv om man gør det, kan man imidlertid efter omstændighederne slippe for betinget frakendelse af kørekortet, idet der ved afgørelsen af, om der foreligger tilsidesættelse af væsentlige hensyn til færdselssikkerheden lægges vægt på, om krydset havde en kompliceret karakter, og om tiltalte kørte langsomt og ikke var kendt på ulykkesstedet.¹⁴

Dommerens begrundelse for af de nævnte årsager at frifinde fra anklagemyndighedens påstand om betinget frakendelse kan herefter tænkes formuleret på 3 måder, der hver især modsvarer en af de 3 førstnævnte begrundelses-kategorier, jf. eksemplerne A, B og C nedenfor. Til illustration af den 4. af begrundelseskategorierne (helt manglende domsbegrundelse)

Noget mærkelige antagelse om, at der ikke kan fæstes lid til de få begrundelser, der rent faktisk kommer ind på bevismæssige spørgsmål, jf. Bevis s. 12 nederst.

¹³ Det er helt standardmæssigt at operere med de 3 første kategorier, men den 4. kategori ikke syntes gjort til genstand for behandling i dansk juridisk teori. Den ofte omtalte begrundelses-kategori "allerede fordi"-begrundelser gøres ikke til genstand for behandling her, fordi det forekommer mindre relevant i denne sammenhæng, at en dom ikke kan tages som udtryk for nogen opfattelser i relation til spørgsmål, der notorisk ikke er taget stilling til i dommen.

¹⁴ Gorm Toftegaard Nielsen og Uno Valbak, Farlig kørsel og frakendelse - retspraksis efter færdselslovens § 126, s. 69.

omtales i eksempel D nedenfor et aspekt ved eksempel B, hvor det pågældende aspekt er udtryk for en helt manglende domsbegrundelse.

Eksempel A - abstrakt begrundelse

"*Idet* der er tale om et kryds af ganske kompliceret karakter, *idet* tiltalte kørte langsomt, og *idet* tiltalte i øvrigt ikke var kendt på ulykkesstedet, kan væsentlige hensyn til færdselssikkerheden ikke anses for tilsidesat, hvorfor påstanden om betinget frakendelse ikke kan tages til følge."

Eksempel B - konkret begrundelse

"*Idet* der er tale om krydset Kongens Nytorv - Holmens Kanal, *idet* tiltalte kørte 20 km/t, og *idet* tiltalte i øvrigt bor og arbejder i Kirke Såby, kan påstanden om betinget frakendelse ikke tages til følge."

Eksempel C - intetsigende begrundelse

"Under hensyn til sagens omstændigheder kan påstanden om betinget frakendelse ikke tages til følge."

I dette eksempel er de konkrete omstændigheder fra eksempel B omtalt i forbindelse med dommens referat af bevisførelsen, ligesom det i dommen er anført, at forsvaret under henvisning til netop disse omstændigheder påberåbte sig, at der forelå sådanne undskyldende omstændigheder, at væsentlige hensyn til færdselssikkerheden ikke kunne anses for tilsidesat.

Eksempel D - helt manglende begrundelse

Der kan ifølge sagens natur vanskeligt gives et eksempel på formuleringen af en helt manglende domsbegrundelse, men i eksempel B finder man en helt manglende begrundelse, for så vidt angår den bevisafgørelse, som ligger bag dommerens antagelse om, at hastigheden var 20 km/t. Der er intet usædvanligt ved, at de i en dom afgjorte bevisspørgsmål ikke bliver gjort til genstand for udtrykkelig begrundelse, men det må principielt fastholdes, at bevisbedømmelsen i henhold til retsideologien bør følge visse regler, og at bevisbedømmelsen i en sag bør være udtryk for en opfattelse hos dommeren om, hvorledes beviserne i den pågældende type sager skal bedømmes, det vil sige, under hvilke omstændigheder bevisbedømmelsen skal føre til hvilke

antagelser om de forudgående hændelser, som foreligger til pådømmelse.^{15 16} Når en doms begrundelse intet indeholder om bevisspørgsmålene, er det udtryk for, at begrundelsen er tavs med hensyn til de afgjorte bevisspørgsmål, og at der således helt mangler en begrundelse for så vidt angår meget væsentlige dele af afgørelsen.¹⁷

Ud fra eksempel A kan man forholdsvis enkelt slutte sig til, at dommeren må antages af have anvendt en retsregel af følgende indhold:

"Dersom man er kørt ind i et lyskryds for rødt lys, og der ikke foreligger særligt undskyldende omstændigheder såsom, *at* krydset havde en kompliceret karakter, *at* vedkommende kørte langsomt, og *at* vedkommende ikke var kendt på ulykkesstedet, foreligger der tilsidesættelse af væsentlige hensyn til færdselssikkerheden, og har vedkommende derved voldt skade på person eller ting eller fremkaldt fare for sådan skade, skal der ske betinget frakendelse af kørekortet."

Ud fra eksempel B kan man på helt analog vis forholdsvis enkelt slutte sig til, at dommeren må antages af have anvendt en retsregel af følgende indhold:

"Dersom man er kørt ind i et lyskryds for rødt lys, og der ikke foreligger særligt undskyldende omstændigheder såsom, *at* der var tale om krydset Kongens Nytorv - Holmens Kanal, *at* vedkommende kørte 20 km/t og *at* vedkommende boede og arbejdede i Kirke Såby, foreligger der tilsidesættelse af væsentlige hensyn til færdselssikkerheden, og har vedkommende derved voldt skade på person eller ting eller fremkaldt fare for sådan skade, skal der ske betinget frakendelse af kørekortet."

¹⁵ Se for eksempel W.E. von Eyben, Bevis s. 12, hvor det er anført, at bevisproblemer relativt sjældent diskuteres i begrundelsen.

¹⁶ Bernhard Gomard skriver følgende i Civilprocessen 4. udg. s. 414 f: "Domstolene bør ved bevisvurderingen følge faste almindelige retningslinier, men bevisvurderingen kan dog ikke lægges ganske fast i præjudikater. Den enkelte dommers personlige meninger og holdninger ("dommerindividualiteten") bør - så vidt muligt - ikke påvirke indholdet af retsafgørelsen, heller ikke den af den del af afgørelsen, der angår beviset. Retsideologien kræver, at samme bevis så vidt muligt vurderes ens af alle dommere. Udfaldet af en retssag bør så vidt muligt kunne forudsiges."

¹⁷ I Henrik Zahle, Bevisret - oversigt s. 13 er følgende således anført i relation til bevisernes og bevisvurderingens ofte afgørende betydning for udfaldet af en sag: "I retssager behøves tre ting, siger advokater ofte: for det første beviser, for det andet beviser og for det tredje beviser. Og beviser er måske ofte vigtigere end de regler og fortolkningsproblemer, som er det retlige grundlag for en retssag."

Den væsentligste forskel mellem de fra eksemplerne A og B udledte retsregler er, at retsregel B af rent statistiske årsager må anses for at være af betydeligt mindre praktisk interesse end retsregel A. Sandsynligheden for, at der skulle opstå en sag, hvor omstændighederne direkte er omfattet af eksemplifikationen af særligt undskyldende omstændigheder i retsregel B er nemlig relativt lille. Det indebærer imidlertid ikke på nogen måde, at en dom med en konkret begrundelse ud fra en praktisk synsvinkel altid vil være relativt uinteressant. Ud fra de i domsbegrundelsen fremhævede konkrete omstændigheder kan det nemlig efter omstændighederne relativt ubesværet på induktiv vis generaliseres, således at begrundelsen løftes fra det meget konkrete plan til et mere abstrakt plan, hvorefter der kan opstilles en i praktisk henseende mere interessant retsregel.¹⁸ Endvidere kan de konkrete oplysninger være yderst værdifulde, når der i en konkret situation skal tages stilling til, om en tiltalt for eksempel kan anses for at have kørt "langsomt" - hvor langsomt er "langsomt" målt i km/t.

Når man på grundlag af en konkret domsbegrundelse i en dom skal generalisere sig frem til en mere abstrakt formuleret retsregel, stiller det naturligvis større krav, end når man nærmest får den mere abstrakte retsregel foræret, fordi der foreligger en mere abstrakt begrundelse. I det her drøftede eksempel B er det således en forudsætning, at man har eller skaffer sig viden om, at krydset Kongens Nytorv - Holmens Kanal, er et ganske kompliceret vejkryds, at 20 km/t i et motorkøretøj normalt må anses for en særdeles moderat hastighed, og at Kirke Såby er en landsby beliggende cirka 40 kilometer vest for Valby Bakke. Endvidere stiller den induktive generalisering i sig selv krav om et mindstemål af talent for udvælgelse af de relevante aspekter ved de i begrundelsen fremhævede konkrete omstændigheder.

De større krav, som konkrete domsbegrundelser stiller, må ifølge sagens natur indebære, at de induktivt opnåede resultater fra analysen af et spørgsmål, der er genstand for en konkret domsbegrundelse, normalt vil være behæftet med en højere grad af usikkerhed end de tilsvarende resultater fra analysen af et spørgsmål, der er genstand for en mere abstrakt domsbegrundelse. Der er dog i princippet intet som helst i vejen for på grundlag af en eller flere domme med en meget konkret begrundelse vedrørende et spørgsmål at opstille mere abstrakt formulerede og praktisk interessante retsregler om det pågældende spørgsmål.

¹⁸ Der burde ikke være noget kættersk ved denne induktive metode, jf. for eksempel Preben Stuer Lauridsen, *Studier i retspolitisk argumentation* s. 261 med omtale af, hvordan Max Sørensen ud fra de relevante momenter i tøjbrudsdommen (UfR 1958 s. 955) induktivt generaliserede og systematiserede en mere omfattende teori vedrørende loves ikrafttræden.

Eksempel C med den intetsigende domsbegrundelse er mere problematisk. Når man har kendskab til, at der som hovedregel sker betinget frakendelse af kørekortet, hvis man kører ud for rødt og forvolder skade eller fare for skade, er det dog nærliggende at antage, at domsbegrundelsen er udtryk for den opfattelse, at der kan foreligge særlige undskyldende omstændigheder. Den antagelse er naturligvis særlig nærliggende, når det ligefrem fremgår af dommen, at forsvaret som eneste begrundelse for, at der ikke skulle ske betinget frakendelse af kørekortet, havde påberåbt sig særligt undskyldende omstændigheder. Eksemplet vil derfor uden de helt store komplikationer kunne give anledning til den konklusion, at det med en rimelig grad af sandsynlighed kan antages, at dommeren anvendte en retsregel af følgende indhold:

"Dersom man er kørt ind i et lyskryds for rødt lys, og der ikke foreligger særligt undskyldende omstændigheder, foreligger der tilsidesættelse af væsentlige hensyn til færdselssikkerheden, og har vedkommende derved voldt skade på person eller ting eller fremkaldt fare for sådan skade, skal der ske betinget frakendelse af kørekortet."

Ved en yderligere gennemgang og analyse af dommen fra eksempel C vil man i dommens referat af bevisførelsen finde omstændigheder, som efter deres natur vil være egnede til at udgøre særligt undskyldende omstændigheder, nemlig de ovenfor flere gange omtalte 3 typer undskyldende omstændigheder. Endvidere vil den yderligere gennemgang og analyse vise, at netop de omstændigheder blev påberåbt af forsvaret til støtte for synspunktet om, at væsentlige hensyn til færdselssikkerheden ikke var tilsidesat. Herefter vil det være nærliggende at konkludere, at de pågældende omstændigheder kan antages at have været af betydning for dommerens afgørelse. På samme måde som, når der er tale om konkrete domsbegrundelser, vil man herefter ud fra de således fremfundne undskyldende konkrete omstændigheder induktivt kunne generalisere, således at de løftes fra det meget konkrete plan til et mere abstrakt plan, hvorefter der kan opstilles en i praktisk henseende mere interessant retsregel med en praktisk relevant eksemplificering af, hvad der kan anses for at udgøre særligt undskyldende omstændigheder. Eksempel C kan derfor efter en nærmere analyse give anledning til den antagelse, at dommeren må antages *formentlig* at have anvendt en retsregel af følgende indhold:

"Dersom man er kørt ind i et lyskryds for rødt lys, og der ikke foreligger særligt undskyldende omstændigheder - herunder hvis krydset havde en kompliceret karakter, og vedkommende kørte langsomt og ikke var kendt

på ulykkesstedet - foreligger der tilsidesættelse af væsentlige hensyn til færdselssikkerheden, og har vedkommende derved voldt skade på person eller ting eller fremkaldt fare for sådan skade, skal der ske betinget frakendelse af kørekortet."

Tilføjelsen af det yderligere analysetrin, hvor de konkrete undskyldende omstændigheder skal identificeres, indebærer selvsagt, at analyseresultaterne ofte må være behæftet med endnu større usikkerhed end, når der er tale om analyse af et spørgsmål, der er genstand for en konkret domsbegrundelse.

Den eneste principielle forskel mellem en intetsigende domsbegrundelse som i eksempel C og en helt manglende domsbegrundelse som i eksempel D er, at der ikke er nogen tvivl om, at dommeren har truffet en afgørelse om et spørgsmål, når der foreligger en intetsigende begrundelse, mens det ikke på samme måde fremgår af en helt manglende begrundelse, at dommeren har truffet en afgørelse vedrørende det pågældende spørgsmål. Det kan imidlertid fremgå af den øvrige del af dommen, at dommeren må have taget stilling til et spørgsmål, som ikke er omtalt i domsbegrundelsen. Når det er tilfældet, så finder det ovenfor anførte om det, der kan udledes af intetsigende domsbegrundelser, tilsvarende anvendelse, idet den eneste relevante information, man kan udlede af en intetsigende begrundelse, er, at dommeren rent faktisk har taget stilling til det pågældende spørgsmål.

Når det drejer sig om intetsigende eller helt manglende begrundelser kan man med en metafor hentet fra teknikens verden sige, at identifikationen af de for afgørelsen væsentlige konkrete omstændigheder og formuleringen af den retsregel, dommeren må antages at have lagt til grund, kræver en form for retsvidenskabelig "reverse engineering". Herved forstås, at man ud fra et kendt resultat arbejder sig tilbage til de afgørende konkrete omstændigheder og i den forbindelse (re)konstruerer koblingen mellem sagens konkrete omstændigheder og resultatet, hvilket indebærer, at man formulerer den retsregel, som den pågældende afgørelse må antages at være baseret på. Man må i den forbindelse under tilbørlig hensyntagen til almindelig juridisk metode fremfinde den mest nærliggende begrundelse for det pågældende resultat, hvorefter man må hævde, at dommen implicit afspejler den opfattelse, som ligger til grund for den således (re)konstruerede begrundelse. Udtrykket "den mest nærliggende begrundelse" er valgt for at betone, at det skal være den begrundelse, som det er mest sandsynligt, at dommeren i den konkrete sag har lagt til grund. Den begrundelse, man skal søge, skal med andre ord principielt ikke være "den bedst mulige" og navnlig ikke den begrundelse, som man personligt har præference for.

Den indlysende betænkelighed man først og fremmest kan have ved den form for juridisk reverse engineering er naturligvis, at man - bevidst eller

ubevidst kommer til at søge de konklusioner, som man personligt har præference for og derfor ønsker at promovere i stedet for at lede efter den mest nærliggende begrundelse. Det er helt klart en væsentlig betænkelighed, men det er ikke i sig selv et dræbende argument mod "reverse engineering" af domsbegrundelser. Man må dog nok konkludere, at de nævnte betæneligheder bør give anledning til en betydelig forsigtighed med hensyn til mere vidtgående konklusioner og konklusioner, som afviger fra det, der ellers må anses for en mere eller mindre klar tendens i retspraksis.

Af det anførte burde det fremgå, at der principielt set ikke er noget som helst i vejen for at anvende domme med meget konkrete, intetsigende eller helt manglende begrundelser, når man ønsker at finde ud af, hvilke opfattelser danske dommere lægger til grund for deres afgørelser. Man skal blot være opmærksom på den større usikkerhed, der ifølge sagens natur som udgangspunkt må være knyttet til analyseresultaterne. Man kan således end ikke udelukke, at de resultater, der fremkommer ved analysen af intetsigende domme kan overrulle resultatet fra analysen af en dom med en abstrakt begrundelse. Hvis 10 nyere landsretsdomme om et spørgsmål med lige intetsigende begrundelser ret entydigt peger i én retning, og en enkelt lidt ældre landsretsdom med en abstrakt begrundelse vedrørende samme spørgsmål peger i en helt anden retning, er der for eksempel noget som kunne tale for, at den overvejende opfattelse hos den danske dommerstand går i den førstnævnte retning, hvilket man vanskeligt kan hævde er uden praktisk interesse og dermed uden interesse for retsvidenskaben.

Om man inden for retsvidenskaben kan acceptere anvendelse af domme med konkrete, intetsigende eller helt manglende begrundelser er med andre ord alene et spørgsmål om at acceptere en vis grad af usikkerhed med hensyn til resultatet. Af rent matematiske årsager reduceres usikkerheden jo flere domsanalyser, der peger i samme retning og omvendt. Selv om man måtte finde den usikkerhed, der er knyttet til analysen af én dom med en konkret, intetsigende eller manglende begrundelse for uacceptabel, indebærer det således ikke, at man skal afvise den akkumulerede virkning af et større antal domme, som med samme type begrundelse tager stilling til samme spørgsmål.

4.Behovet for anvendelse af domme med konkrete, intetsigende eller manglende begrundelser

Når betænelighederne ved en dom med en konkret, intetsigende eller manglende begrundelse i relation til et spørgsmål ligger i usikkerheden med hensyn til de resultater, som kan udledes af dommen, så bør domme med sådanne begrundelser kun ignoreres i det omfang usikkerheden med hensyn

til resultaterne konkret må vurderes som uforholdsmæssig stor i forhold til dommenes eventuelle bidrag til retsvidenskaben.

Hvis dansk retspraksis udgjorde et overflødigedshorn af grundige begrundelser med klare og manifesterede udtalelser om en omfattende vifte af principielle spørgsmål, ville der være et stærkt begrænset behov at inddrage meget konkrete, intetsigende og helt manglende domsbegrundelser i det retsvidenskabelige arbejde. Der ville i så fald ikke skulle meget til, før resultaterne fra en analyse af en intetsigende domsbegrundelse måtte anses for behæftet med en uforholdsmæssig stor og dermed diskvalificerende usikkerhed. Nu forholder det sig imidlertid omvendt, således at begrundelserne i danske domme ofte er ganske summariske, og at der blandt danske dommere syntes at være en udpræget modvilje mod eksplicit at udtale sig om principielle spørgsmål i deres domsbegrundelser. Med den herskende tradition for begrundelse af domme er der med andre ord et større behov for, at øse af den mindre sikre retskilde, som sådanne domme udgør, således at retsvidenskaben i relativt vidt omfang må acceptere at arbejde med meget konkrete, intetsigende og helt manglende domsbegrundelser.

Behovet er særlig udtalt i relation til de mange spørgsmål som uhyre sjældent eller aldrig bliver gjort til genstand for eksplicit omtale i domsbegrundelserne, uanset at der er tale om spørgsmål, som dommeren nødvendigvis - mere eller mindre bevidst - må forholde sig til for at kunne afgøre sagen. Som eksempler kan nævnes spørgsmålene om beviskrav og påberåbelsesbyrde i forbindelse med forskellige sagstyper.¹⁹ Dersom man ønsker at beskæftige sig med retspraksis i relation til sådanne spørgsmål, der uhyre sjældent gøres til genstand for eksplicit omtale i domsbegrundelser, og man ønsker at gøre det på en meningsfuld måde, er man tvunget til at analysere domme i relation til spørgsmål, som er genstand for intetsigende begrundelser, eller hvorom domsbegrundelserne er helt tavse. At afvise behandlingen af retspraksis i relation til sådanne spørgsmål, fordi der ikke foreligger et i forhold til spørgsmålenes omfang og kompleksitet rimeligt antal domme med klare abstrakte begrundelser, vil være nemt og måske endog bekvemt, men det kan ikke karakteriseres som frugtbart.

¹⁹ Se W.E. von Eyben, Bevis s. 12, hvor det er anført, at bevisproblemer relativt sjældent diskuteres i begrundelsen.

5. Forudsætningen om den bag domsbegrundelsen mere eller mindre skjult liggende opfattelse

Det ovenfor anførte er baseret på den forudsætning, at der bag selv en intetsigende eller helt manglende domsbegrundelse normalt ligger en opfattelse hos dommeren om, hvilke af sagens konkrete omstændigheder, der taler for det valgte resultatet, og af hvilke mere abstrakte årsager de gør det.

Man kan overveje, om denne forudsætning holder stik. I den forbindelse må man i givet fald overveje, om alternativterne hertil må anses for at være aktuelle i en så overvældende stor del af de relevante tilfælde, at det må anses for urimeligt at fastholde den nævnte forudsætning. Man må her se på de forskellige årsager, der kan være til, at en dommer vælger at give en meget konkret, intetsigende eller helt manglende begrundelse.

Når en dommer vælger at give en konkret begrundelse, kan det skyldes, *at* han anser det for himmelråbende elementært, at den anvendelige regel har et givet indhold på det mere abstrakte plan, *at* han derfor finder det irrelevant eller uinteressant til at omtale reglen i abstrakte termer, og *at* han mener, at det interessante, der er værd at omtale i domsbegrundelsen, er hvilke af sagens konkrete omstændigheder, der er afgørende for det pågældende spørgsmåls afgørelse. I en sag om erstatningsansvar kan det for eksempel forekomme mindre interessant i domsbegrundelsen af repetere indholdet af den almindelige erstatningsregel, mens de for sagen konkrete omstændigheder, der er afgørende for ansvarsspørgsmålet kan være langt mere interessante såvel for parterne som for en person, der ønsker at sige noget om, hvor grænsen til det ansvarspådragende ligger. I det omfang en konkret domsbegrundelse er motiveret af sådanne forhold, er forudsætningen om en bag begrundelsen liggende opfattelse af de anvendelige retsregler klart opfyldt.

En anden forklaring bag en konkret begrundelse kan være, at dommeren ikke er i tvivl om, hvilke af sagens konkrete omstændigheder, der bør tillægges afgørende betydning, men at dommeren ikke i tilstrækkelig grad har gjort sig klart, hvorfor det udtrykt i mere abstrakte termer er netop de konkrete omstændigheder, der er væsentlige for sagens afgørelse. I dette tilfælde kan man også sige, at dommen er udtryk for en klar opfattelse af den anvendelige retsregel. Retsreglen må blot som udgangspunkt formuleres lige så konkret som domsbegrundelsen. Spørgsmålet er med andre ord ikke, om der bag begrundelsen ligger en opfattelse af hvorfor sagen bør have et givet udfald. Det gør der - i hvert fald i det omfang domsbegrundelsen afspejler dommerens egentlige opfattelse. Spørgsmålet er, om der fra den i begrundelsen udtrykte opfattelse induktivt kan generaliseres noget af mere almen interesse.

Når man bevæger sig fra de konkrete begrundelser til de intetsigende og helt manglende begrundelser, kan man ikke ved simpel analyse sige noget meningsfuldt om, hvorvidt der bag den intetsigende eller manglende begrundelse ligger en opfattelse hos dommeren om, hvorfor de pågældende spørgsmål skal afgøres på den pågældende måde. Det er min opfattelse, at i hvert fald når det kommer til domme, der er publiceret i de forskellige danske domssamlinger, må de (for) mange mere eller mindre intetsigende og manglende begrundelser langt overvejende tilskrives den her i landet herskende tradition for formulering af domsbegrundelser, hvorimod de ikke kan henføres til ren vilkårlighed i retsanvendelsen. Denne opfattelse er ikke baseret på empiriske data, og det kan naturligvis ikke udelukkes, at en nærmere undersøgelse, som imidlertid ligger langt uden for denne afhandlings rammer, ville vise noget andet. Imidlertid forekommer en så udbredt vilkårlighed i retsanvendelsen usandsynlig, at jeg uden støtte i andet end min egen subjektive opfattelse vil tillade mig at antage, at intetsigende og manglende begrundelser kun relativt sjældent er udtryk for, at dommeren ikke har været i stand til at give en sammenhængende begrundelse for resultatet.

6.Sammenfatning

Den juridiske metodelære siger meget lidt om, hvorledes analyser af domme kan eller bør håndteres. Ifølge den herskende lære er domme med intetsigende og meget konkrete begrundelser nærmest værdiløse, hvorfor man kan sige, at ifølge den herskende lære bør man holde sig fra domme med intetsigende eller meget konkrete begrundelser.

Det afgørende for, om en dom i relation til et juridisk spørgsmål kan siges at have værdi for retsvidenskaben må afhænge af, i hvilket omfang der fra dommen kan udledes noget om det pågældende spørgsmål, som er af praktisk interesse dels for andre dommere, som efterfølgende skal tage stilling til samme eller tilsvarende spørgsmål, og dels for brugerne af det danske domstolssystem, herunder advokater og aktuelle eller potentielle parter i retssager.

Efter omstændighederne kan der fra domme med konkrete, intetsigende eller helt manglende begrundelser udledes retsregler, som er af praktisk interesse i den ovenfor omtalte forstand. Fra en konkret formuleret domsbegrundelse kan der for eksempel ofte induktivt generaliseres en mere abstrakt formuleret retsregel. Af forskellige årsager er de abstrakt formulerede retsregler, der kan udledes af konkrete, intetsigende og helt manglende domsbegrundelser, forbundet med større usikkerhed end tilsvarende abstrakt formulerede retsregler, der mere eller mindre direkte kan udledes fra en abstrakt domsbegrundelse.

Den for retsvidenskaben i den sammenhæng relevante forskel mellem på den ene side en abstrakte domsbegrundelse og på den anden side en konkret, intetsigende eller helt manglende domsbegrundelse er størrelsen af den usikkerhed der vil være knyttet til den abstrakt formulerede retsregler, som efter omstændighederne kan udledes af dommen. Spørgsmålet om accept af domme med sådanne begrundelser som værdifuld retskilde må med andre ord afhænge af, om usikkerheden er uforholdsmæssigt stor, i hvilken forbindelse det er væsentligt at overveje, hvilke alternative retskilder der er at øse af.

På grund af den danske tradition med koncentrerede/summariske domsbegrundelser må man konkludere, at der kan være et relativt stort behov for også at øse af mindre sikre retskilder såsom domme med konkrete, intetsigende eller helt manglende begrundelser, hvilket selvsagt er mest udtalt i relation til spørgsmål, hvorom dommerne sjældent udtaler sig i deres begrundelser, herunder for eksempel spørgsmål om bevisvurdering.

De her forfægtede synspunkter hviler på en forudsætning om, at der ikke alene bag en konkret begrundelse med også bag en intetsigende eller helt manglende begrundelse for afgørelsen af et spørgsmål normalt ligger en opfattelse af, hvorfor det pågældende spørgsmål skulle afgøres på den pågældende måde. Denne forudsætning holder, for så vidt angår konkrete domsbegrundelser. For så vidt angår intetsigende eller helt manglende domsbegrundelser er det et trosspørgsmål, om forudsætningen holder. Der syntes ikke at foreligge beviser for, at forudsætningen ikke holder i relation til intetsigende og helt manglende domsbegrundelser, og det syntes at måtte have formodningen for sig, at den danske dommerstand er besjælet med en sådan grad af seriøsitet, at de (for) mange intetsigende og helt manglende domsbegrundelser ikke i almindelighed kan henføres til vilkårlighed i retsanvendelsen.

Fremmed ret i videnskabelige værker - hvorfor og hvordan¹

af
Ole Lando

1. Retssammenligning i akademiske afhandlinger. Formål og emner.

Først vil jeg kort forklare, hvorfor den, der skriver et retsvidenskabeligt værk, det være sig en artikel eller en bog, bør bekræftige sig med fremmed ret. Dernæst vil jeg mere udførligt beskrive, hvordan hun bør gå til værks. Det er langfra nogen udtømmende fremstilling af emnet. De råd, jeg giver, må også tages med forbehold. Nogle af dem passer ikke på alle værker, og nogle kan diskuteres.

1.1. Hvorfor fremmed ret?

Hvis man som jurist har noget på hjerte og vil blive hørt, skal man påberåbe sig en af de store autoriteter. Tyskeren *Rudolph von Ihering* var en af de 19 århundredes betydelige videnskabsmænd, der øvede indflydelse på flere af datidens retslærde i Danmark. Han sagde, at den, der blot studerer og beskriver et lands ret, ikke driver nogen sand retsvidenskab. Man bør gå til udlandet for at lære.

Flere af grundene til, at man bør studere fremmed ret, vil fremgå af det følgende afsnit om, hvordan man bør gå til værks. Her skal blot nævnes to yderligere grunde.

Den, som vil behandle et juridisk emne, og som vil videreudvikle retten i Danmark, kan ikke nøjes med de erfaringer, der er gjort her i landet. Selv den mest fantasifulde forsker har brug for et større erfarningsmateriale. Hverken hun eller lovgiveren kan jo som fysikeren anstille forsøg. Man kan ikke prøve en ny ægtskabslov på Langeland eller en ny færdselslov på Fyn. Vi er i vidt omfang henvist til at hente modeller og ideer fra udlandet og se, hvordan de har virket der.

Studiet af fremmed ret giver én en bedre indsigt i dansk ret. Danske Lovs 5,1.1. bestemmer for eks., at mundtlige løfter er bindende. I Danmark kræver

¹ Dette er en ændret version af en artikel, "Emner og metode for retssammenligning på privatrettens område", som er offentliggjort i Tidsskrift for Retssvitenskap 1998, 389.

vi følgelig ikke form (for eks skriftlighed) som betingelse for at gøre gaveløfter bindende. De fleste andre lande stiller formkrav til gaveløfter. Den nordiske aftalelovs § 1 bestemmer, at tilbud og svar på tilbud er bindende for afgiveren. Man har gjort løfter og tilbud bindende, bl. a. fordi man ikke som engelsk og amerikansk ret vil kræve en modydelse (*consideration*) fra løftemodtageren eller som i den franske og andre romanske retsordner *causa*, dvs en anerkendelsesværdig grund for løftet som betingelse for at gøre et løfte bindende. Studiet af fremmed ret viser os, at kravene om form, *consideration* og *causa* rejser langt flere problemer, end de løser. I udlandet begynder man også at indse, at disse krav kan undværes. Vor retstilstand kan skabe problemer i de sjældne situationer, hvor et løfte eller tilbud, som ikke kan rammes af en ugyldighedsgrund, savner et fornuftigt formål eller motiv, især hvor det vil være velfærdstruende for løftegiveren at skulle opfylde løftet. Her vil fransk og engelsk ret beskytte løftegiveren. Fremmed ret viser os altså, at der kan være et problem, og kan da bruges som argument for at stille strenge krav til beviset for, at løfter, som savner et fornuftigt formål eller motiv, virkelig var ment at skulle være retligt bindende.

1.2. Hvordan bruger man fremmed ret ?. Oplysning og retspolitik

Retssammenlignende afhandlinger er ofte skrevet for at informere borgerne, de erhvervsdrivende, dommere og advokater om fremmed ret. Der er et voksende marked for denne oplysning. Den borger, der vil drive forretning, eje ejendom, gifte sig eller bo i et fremmed land, må vide, hvilken ret, der gælder der. Der findes flere sådanne oplysende værker. Nogle søger blot at give kontant information til dem, der har brug for viden inden for et område. De er f.eks. skrevet af advokater fra en række lande, der hver oplyser om retten i hans eller hendes retssystem. Disse håndbøger kan være ret perspektivløse. Andre søger at oplyse på et højere niveau. De giver den historiske udvikling, og prøver at skildre de væsentlige træk eller stilpræg i de enkelte landes ret. De kan også være håndbøger. Et eksempel er *Ferid og Sonnenberger: Das französische Zivilrecht*², 1 som giver fortrinlige og grundige oplysninger. *Torstein Eckhoff* udgav i 1953 en bog om «Rettsvesen og rettsvitenskap i USA». Den, der i dag skrev en tilsvarende bog om et andet stort retssystem, burde kunne blive doktor på den. Gjorde han det lige så godt som Eckhoff, ville han få hæder af den.

² Ferid, *Das französische Zivilrecht*, Bind I, *Allgemeine Lehren, Recht der Schuldverhältnisse*, Frankfurt a.M. 1971, *Ferid/Sonnenberger. Das französische Zivilrecht*, Bind II, *Die einzelnen Schuldverhältnisse* 2 Aufl. Heidelberg, 1986.

Fremstillinger af fremmed ret anvendes også som led i akademiske afhandlinger. De bruges undertiden blot til at vise, hvor den hjemlige ret befinder sig inden for de givne løsningsmodeller. Er hjemlandets ret langt fremme eller er den uudviklet?

Europa har i dag mange unge jurister, der vil arbejde videnskabeligt og vil være doktorer. De har fået at vide, at det kan de blive, hvis de, som det hedder, bringer videnskaben videre. Det gør man ved at have en tese, gerne flere teser, ellers går det ikke. Nogle har faktisk haft teser, der har betydet noget for retsvidenskaben. Fremmed ret har da været forfatterens inspirationskilde og argument for forslag til reformer. Med den øverste franske forvaltningsdomstol *Conseil d'Etat* i hånden opstillede Poul Andersen i sin disputats fra 1924 en lære om ugyldige forvaltningsakter, som fik stor betydning for dansk ret.

Nogle afhandlinger sætter retssammenligningen i centrum. Allerede i 1938 offentliggjorde franskmænd *Henri Batiffol* «*Les conflits de lois en matière de contrats*». Han havde en teori om kontraktens lokalisering i international privatret. Parterne, sagde han, kan ikke vælge den lov, der gælder for kontrakten. Loven gælder, den vælges ikke. Alligevel vil parterne kunne lokalisere kontrakten, bl.a. ved at bestemme, hvor den skal indgås, og hvor den skal opfyldes; derved kan de indirekte øve indflydelse på, hvilken lov der skal gælde. Denne tese, mente han udsprang af hans analyse af fransk, engelsk, amerikansk og tysk retspraksis på dette område, der dengang mest var uskreven ret i disse lande. Hans teori vandt ikke megen udbredelse, og i dag er den nærmest glemt. I dag er alle enige om, at parterne kan vælge den lov, der gælder for kontrakten. Hans sammenlignende analyse af praksis var derimod fremragende både ved sin grundighed og metode. Bogen kan ikke anvendes i dag for den, der søger oplysning om gældende ret, men det kunne den i flere årtier efter 1938. Hans måde at skildre udviklingen i landenes ret har stadig værdi.

Batiffol var ikke den eneste forfatter, hvis teser havde begrænset værdi. Et formål med en retssammenligning kan være at udarbejde forslag til retsharmonisering eller uniformering i Europa eller i verden. Der findes næsten ikke det område, som ikke kan blive berørt af harmonisering eller uniformering. I dag vil mange forfattere derfor blive tvunget til at tage stilling til, om en sådan harmonisering bør ske, og til at inddrage fremmed ret i deres afhandlinger.

2. Emnet og dets afgrænsning

Den der vil skrive en retssammenlignende afhandling vil undertiden støde på vanskeligheder, når han skal definere og afgrænse sit emne. Det sker, at nogle retssystemer ikke kender emnet eller ikke ser noget særligt problem i det, som

man selv tror er et vanskeligt spørgsmål. Den, der vil skrive en retssammenlignende fremstilling af reglerne om købers kreditormora, vil se, at man i *common law* ikke behandler det som noget særegent problem. Køber har normalt pligt til at modtage varen, og gør han det ikke, er det *breach of contract*, ligesom hvis sælgeren ikke leverer varen. En fransk doktorant, der vil skrive en retssammenlignende fremstilling om løftets *causa*, har et problem i Norden. Vi kender ikke begrebet. I fransk ret er *causa* løftets retsgrund og bevæggrund. Det bruges som begrundelse for at tilsidesætte løfter, der ikke er ment tilstrækkeligt alvorligt, kontrakter, der er indgået i strid med reglerne om fejltagelse, svig og tvang, og kontrakter, der strider mod lov og ærbarhed. De savner *causa* eller har en ulovlig *causa*. Vor franske doktorant må fortælle, at vi i Norden har næsten de samme regler som de franske, men at vi klarer os uden begrebet *causa*. De franske forfattere som mener, at *causa* er et overflødigt rekvisit, vil finde gode argumenter hos os.

Lad os for at tage et andet eksempel, forestille os en forsker, der vil skrive en retssammenlignende fremstilling af det, vi kalder *force majeure*. Hun har læst det inspirerende afsnit om emnet i Zweigert & Kötz *Introduction to comparative law* Bind II³. Hun har set, at forfatterne ikke taler om *force majeure*, men om «Effects of supervening events». De begynder med at skildre de faktiske situationer, som de vil behandle. De opstår, når skyldnerens opfyldelse på grund af senere indtrufne begivenheder hindres eller vanskeliggøres, fordi opfyldelse er blevet umulig eller meget byrdefuld for ham. Der er endvidere de tilfælde hvor den, der skal modtage opfyldelsen, ingen nytte vil have af den, hvor den, som det hedder på engelsk, er blevet «pointless». Hvem skal så bære risikoen for disse begivenheder? Falder aftalen bort, kan den hæves eller ændres.

Hun ser, at forfatterne bruger det, de kalder en funktionalistisk metode. De taler ikke om *force majeure*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage* eller *frustration*. Disse termer i fransk, tysk og engelsk ret dækker ikke over helt de samme fænomener. Zweigert & Kötz har i stedet valgt at behandle de problemer, som de faktiske situationer rejser og bruger udtrykket «Effects of supervening events», som er befriet for enhver smag af fransk, tysk eller engelsk ret.

Hun vil også senere, når hun skal til at sammenligne, opdage, at det kan være en fordel at undgå juridiske udtryk og finde neutrale «faktiske» ord i stedet.

³ Oxford 1987 Kapitel 14. Se endvidere i 3. udgaven af Zweigert & Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 1997 § 37 s 516ff. Se også Treitel, *Frustration and Force Majeure*, London 1994, der omhandler engelsk ret, men som har "a comparative dimension".

Jeg vil i det følgende gå med hende gennem de faser, hun vil gå igennem i sit arbejde. Først omtale det materiale, hun vil læse, hvilke retssystemer hun vil kaste sig over, siden hvilke kilder, hun kan læse, hvordan hun kan vurdere kilderne, og til sidst hvordan hun kan systematisere fremstillingen.

3. Arbejdets faser

2.1. Hvilke retssystemer skal undersøges og fremstilles?

En forfatter, der vil vurdere, eventuelt reformere sit lands ret, skal medtage de retssystemer, der indeholder noget, som kan bruges i hendes land.

Vil hun skrive en afhandling i oplysningens tjeneste, skal hun vende sig mod de lande, som landet har mest samkvem med. Vil hun arbejde inden for kontraktretten, kan hun slå op i landets statistiske årbog og se, hvem landet handler mest med. I Norden er det så vidt jeg ser, Tyskland, UK og USA. Frankrig og Nederlandene indtager også en vigtig plads.

Er hendes sigte med den fremmede ret at få impulser til reformer, er det ofte typeløsninger, hun bør søge efter. For at løse problemet på en rationel måde er det tit nødvendigt at forestille sig idealtyper, for eks. en løsning, der konsekvent gennemfører én idé og en anden, der ligeså konsekvent gennemfører den modsatte idé. I en fremstilling af reglerne om erstatning i kontraktforhold kan det f.eks. være hensigtsmæssigt at konfrontere to sådanne idealtyper. Den ene går ud på, at skyldneren pålægges ansvar for misligholdelse uden skyld, dvs. et såkaldt objektivt ansvar. Den anden går ud på, at skyldneren kun ifalder ansvar, hvis misligholdelsen kan tilregnes ham som forsætlig eller uagtsom. Ingen af de to "idealer" praktiseres i noget land. Den, der vil analysere problemet, vil drage nytte af engelsk og tysk ret, som er to realtyper, som går langt i hver sin retning; engelsk ret går vidt i retning af at pålægge skyldneren objektivt ansvar og tysk i retning af at forlange skyld som betingelse for at ifalde ansvar.

Vil hun kun søge inspiration til løsning af *force majeure*-problemer i dansk ret, vil hun formentlig kunne nøjes med at læse tysk, fransk og engelsk ret. I de tre systemer vil hun finde de typeløsninger, som hun har brug for. I hendes overvejelser om, hvorvidt man bør være streng eller mild over for den skyldner, der påberåber sig *force majeure*, hører de franske civildomstole til de strengeste i Europa og de tyske domstole til de mildeste. Engelsk ret indtager i denne skala en særstilling. Man ved, hvordan visse situationer bedømmes, men det er svært at finde svar på alle spørgsmålene.

Ofte vil hun finde bedst vejledning i de retssystemer, hvis aktører med særlig energi har kastet sig over det retsområde, man vil undersøge. Lovgivere, dommere og forvaltningens embedsmænd har brugt mange kræfter på at

udvikle regler om karteller og monopoler i USA der har en forholdsvis fri økonomi og en magtfuld industri- og handelsstand. Retten i USA har været et forbillede for flere andre lande.

Går hun ind i det mere ambitiøse arbejde med at uniformere retten i Europa, må hun undersøge alle de lande, hvis ret hun vil uniformere. Hun kan ikke udelade nogen af dem og ikke give et af dem forrang frem for de andre. En italiensk professor, jeg kender, arbejder på en europæisk kontraktret for Europa. Han vil gøre det med udgangspunkt i den italienske civillovbog, *codice civile* fra 1942. Den er, hævder han, en meget moderne, rationel, liberal og velsystematiseret lovbog, og det er i og for sig rigtigt. Han har også fået støtte af mange italienske venner, der med begejstring deler hans opfattelse. Denne metode er uanvendelig. Vil man overbevise andre end sine landsmænd, må man oplyse om og argumentere ud fra alle retssystemerne. Det er ligeså vigtigt at fortælle hvorfor man ikke har valgt den engelske løsning på et problem, som hvorfor man har foretrukket den italienske.

Hun vil ofte få sprogvanskeligheder. Nogle sprog kan man lære at stave sig igennem med et leksikon, andre kan man ikke. Der er værker på et af hovedsprogene om de "svære" landes ret. Nederlandsk ret er godt dækket. Italiensk og spansk ret er nogenlunde dækket, græsk også. Portugisisk ret er det mig bekendt ikke. Hvor hun ikke læser sproget, er hun henvist til de læser der findes på hovedsprogene og til at bruge interview-metoden. Hun bør da finde en hjælpsom indfødt, skrive ned, hvad hun får ud af sin ubehjælpsomme læsning og sende vedkommende det til gennemsyn og kritik.

Uanset hvad hun gør, må hun lære sig engelsk, tysk og fransk. Engelsk kan de fleste, men det engelske retssprog er os fremmed. Den tyske og den franske begrebsverden ligner den nordiske, og det er en hjælp. Hun bør lære sig tysk og fransk, ikke blot for at kunne læse om tysk og fransk ret. Hun må kunne tale med tyskere og med franskmænd på deres eget sprog. Sprogene er også indgangen til disse landes politik, deres filosofi og litteratur. Filosofer og især forfattere har haft stor magt over sindene. De pågældende landes jurister er bevidst eller ubevidst påvirket af dem. Vil man forstå et lands jura, må man også kende noget til dets litteratur. Hun vil da opdage, at det er langt lettere at læse og tale det juridiske sprog end at læse skønlitteraturens sprog. Det frister til at læse skønlitteraturen i oversættelser Det kan man også.

3.2. Hvad skal hun læse?

3.2.1. Doktrinen

Begynd med forfatterne og lovteksterne og gå så siden til dommene og kontraktformularerne.

Man kan begynde med de forfattere, der skildrer et for dem selv fremmed retssystem. Disse forfattere forklarer begrebernes betydning og har øje for præg som en udlænding ikke ser. Det var en englænder, der gjorde mig opmærksom på, at det franske ord *paiement*, der ligner det engelske *payment*, ikke betyder betaling af penge, men opfyldelse i det hele taget. Vor forsker kan læse Barry Nicolas lille bog om *The French law of Contracts*⁴ og som nævnt Ferid & Sonnenberger. *Das französische Zivilrecht*. Her bør hun læse de indledende afsnit om fransk civilret i almindelighed og afsnittet om kontrakter.

Når hun skal til at læse de nationale forfattere, opstår problemet om, hvad hun skal læse. Hun kan ikke læse alle de store værker fra ende til anden. Her skal hun lade sin medfødte dovenskab komme til orde. Læs til du har et overblik.

Men inden hun har afsluttet denne læsning skal hun pakke sin kuffert og tage på sin første tur til det eller de lande, hvis ret hun vil skrive om. Her skal hun tale med folk på stedet om, hvad hun skal læse. Hun vil tit kunne låne værkerne på bibliotekerne. Hun skal også tale med landets jurister om emnet. Hun vil ikke sjældent kunne finde nogen, der har beskæftiget sig med samme emne. De vil ofte gerne hjælpe hende.

Hun skal ikke nøjes med at spørge én indfødt jurist. Spørg flere hvis de findes. Hun vil da opdage at to jurister kan se med meget forskellige øjne på deres eget retssystem..

3.3.2. Dommene

Efter forfatteren kommer hun til dommene. Hun kan læse de domme, forfatterne påberåber sig, og eventuelt se domsregistrene efter for at se, om der er kommet vigtige domme, som endnu ikke er blevet omtalt i litteraturen.

Engelske domme gengives normalt udførligt både m.h.t. til fakta og præmisser. Her finder hun oplysninger om tidligere retspraksis. Det sker også, at forfatterne omtales. Dommene er i reglen velskrevne og forståelige, ikke sjældent er det en fornøjelse at læse dem. USA's domme ligner i mange henseender de engelske. Da engelsk og amerikansk ret så at sige er retspraksis, er det vigtigt at læse de ledende domme i disse lande.

Hvor vigtigt: det erfor hende at læse andre landes domme afhænger af hendes ambitionsniveau. Kan hun læse sproget, er det nok tilrådeligt at læse nogle af de ledende domme..

I de franske domssamlinger refereres en dom normalt meget kortfattet. Fakta er reduceret til det mindst mulige, og præmisserne er normalt korte. Meget ofte fremtræder den som en logisk slutning fra en lovbestemmelse. Der henvises hverken til tidligere praksis eller til litteratur. Dommen er tit

⁴ 2. udg., Oxford 1992.

uforståelig for den uindviede. Domsreferaterne er derfor ofte ledsaget af en note, som regel skrevet af en universitetslærer. I noten forklares dommen og sammenholdes med tidligere domme og med litteraturen om samme emne. Man kan ofte lære meget andet end om dommen ved at læse noten. Den er tit kritisk, det er sjældent, man læser en begejstret anmeldelse af en dom.

Tidsskriftsreferaterne af fakta i de tyske domme er også kortfattede, selv om retsbogsudskriften referer fakta udførligt. præmissen er ofte lang, og tidsskrifterne gengiver den ofte in extenso. Der henvises både til tidligere praksis og til litteraturen. Tyske domme er også tit ledsaget af en note, som det kan være nyttigt at læse.

Dommene viser, at dommerne undertiden har kastet falske lodder i fru Justitias vægtskål. Det er således sket, at en domstol har «fortolket» en kontrakt for at nå et resultat, som den burde have begrundet med, at forholdene har ændret sig væsentligt. Af taktiske grunde har dommeren ikke villet slække på de strenge krav, man hidtil i læren om *force majeure* eller *frustration* har stillet for at fritage skyldneren for ansvar. Man gør det så ved hjælp af fortolkning⁵. Sådanne domme kan undertiden hjælpe hende til at opstille en tese om virkningen af ændrede forhold.

3.2.3. Kontraktformularerne

Den, der vil skrive om *force majeure*, må også læse kontraktformularerne som f.eks. ECE 188 om levering af maskiner, GAFTA om salg af foderstoffer og FIDICs kontrakter om byggeri. Nogle af de vigtigste domme om *force majeure* fortolker disse formularer. Det viser sig dog tit, at de almindelige regler om *force majeure* har betydning for fortolkning af klausulerne.

3.2.4. «Law and Economics»

Så skulle hun normalt være færdig med at læse. Men tvivlen kan stadig nage hende. Er det i sidste ende ikke et samfundsøkonomisk spørgsmål, hvem der skal bære risikoen for, at forholdene ændrer sig væsentligt efter kontraktens indgåelse? Bør man ikke pålægge den af parterne risikoen, som med de mindste omkostninger kan tage forholdsregler imod begivenheden, eller som billigst kan forsikre mod den, enten ved at indregne risikoen i sine egne priser eller ved at tegne en forsikring? Disse spørgsmål behandler nogle af de forfattere, der beskæftiger sig med «Law and Economics». Denne disciplin er ret ny, men viser sig mere og mere nødvendig at dyrke. Nogle af de jurister,

⁵ Se for eks. *Staffordshire Health Area Authority v. n Staffordshire Waterworks Co* [1978] 1 W.L.R 1387. Se om amerikansk ret Farnsworth on Contracts (1990) Vol 15 4.26.

som skriver om retsøkonomi, er let forståelige. Andre, somfortrinsvis er økonomer, bruger modeller og matematiske formler, som de fleste jurister ikke forstår.

3.2.5. *Retssociologi*

Jurister ser det normalt som deres opgave at fastslå, hvad der er gældende ret, eller hvad der bør være gældende ret. Det, der interesserer dem, er, hvorledes dommerne vil eller bør løse en retskonflikt. Men retssociologer interesserer sig mere for, hvordan borgerne ter sig. Bruger forretningsfolk juraen, når der opstår det, som vi kalder en retstvist? I Minnesota har *Macauly* undersøgt deres adfærd og fundet ved talrige spørgeskemaer og interviews, at parterne i reglen tolererer hinandens misligholdelse, og at de forhandler sig til rette uden at søge juridisk bistand. En af dem betroede *Macauly*, at juristerne normalt kun forkludrer tingene.⁶ Ikke desto mindre hører

USA til et af de lande, som har flest jurister og retssager pr. indbygger. I Tyskland er der også et forholdsvis livligt retsvæsen. Nordboere er fredeligere, og japanerne går næsten ikke til domstolene.

Forretningsmoralen spiller også en rolle for folks adfærd. I England kan et tilbud tilbagekaldes, indtil det er blevet antaget. Ikke desto mindre er det ikke god forretningsmoral at tilbagekalde et tilbud. I City of London gør man det ikke, hvis man vil «*stay in business*». I Japan styrer riterne *giri* som de kaldes, folks adfærd. Retsreglerne spiller en mindre rolle.

Skal vor forsker også interessere sig for forretningsfolks faktiske adfærd, og skal hun forske i befolkningens moralbegreber? Hvis hun skriver for at oplyse forretningsfolk om de gældende normer i et land, kan adfærden og moralen være lige så betydningsfuld som juraen. Hvor der findes pålidelige oplysninger om borgernes adfærd på et retsområde, bør de altid medtages.

3.3. Vurderingen af materialet

3.3.1. *Retskildehierarkiet*

Både når hun læser og når hun skal skrive, skal hun vurdere sit materiale. Hvad er gældende ret i landet. Hvad vil domstolene gøre i de og de situationer. Hvordan fortolker de lovene? Hvilken betydning har retspraksis? Hvordan forholder dommerne sig til doktrinen?

Hun vil have læst, at loven er den formeste retskilde i *civil law* landene på kontinentet, og at præjudikaterne er det i *common law* landene. Hun har også læst at denne forskel ikke er så betydningsfuld, som mange tror. Dommene har

⁶ ' *Macauly, How do Businessmen Behave in Making and Enforcing Contracts? American Sociological Review 1963, 55.*

også stor betydning på kontinentet, og lovene spiller en større og større rolle i England og USA. Hun vil dog også se, at en lov ikke har nogen egentlig tilværelse i England, før domstolene har haft lejlighed til at fortolke den, at lovene fortolkes restriktivt, og at forarbejderne, som før i tiden slet ikke kunne påberåbes ved domstolene, stadig ikke tillægges samme betydning som på kontinentet⁷. Hun vil også opdage, at juristen på kontinentet i lovgivningen, retspraksis og kulturtraditionen søger efter almene principper, som kan bruges på ulovbestemte tilfælde fælde og ved fortolkning af lovene. I common law vil man ikke så tit finde denne søgen efter almene grundsætninger i lovene. I domspraksis er en del principper nedfældet men der er store hvide pletter. Man ved for eks. ikke med sikkerhed om en kraftig formindskelse af pengenes værdi, som truer en skyldner med ruin, kan påberåbes som frustration.

3.3.2. Doktrinen betydning

Hun vil hurtigt opdage, at doktrinen øver større indflydelse på dommerne i Tyskland og Frankrig end i England. I Tyskland er der værker der har skabt en retspraksis såsom *Ludwig Raisers* bog om de almindelige forretningsbetingelser⁸, og det samme gælder i Frankrig. De engelske forfattere fører en mere beskeden tilværelse. De søger at fortolke retspraksis, at få en mening og konsistens ud af den. De kritiserer den ikke så tit, og når de gør det, er det med dæmpet røst. De vover heller ikke altid at foreslå løsninger.

I England er der således stadig en vis ubalance i behandlingen af urimelige aftalevilkår. Ansvarsfraskrivelser er omfattet af the *Unfair Contract Terms Act* fra 1977 og underkastet en rimelighedscensur. EF-Direktivet om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler er også gennemført. Domstolene har dog ikke grebet ind over for urimelige vilkår i al almindelighed. Her gælder stadig kontraktfrihed. I sin bog, *Law of Contract*, tager *Guenther Treitel* dette til efterretning⁹ og gør ikke noget ved det. En tysk eller en fransk forfatter ville være faret i blækhuset og have kritiseret domstolene for ikke at overføre lovens principper til de ulovbestemte områder.

Siden anden verdenskrig er doktrinen rolle dog vokset i England. I gamle dage kunne man kun påberåbe sig de afdøde forfatters værker ved domstolene, nu kan de levendes også citeres. De dodes værker nyder dog stadig større respekt end de nulevendes. Det råder man til en vis grad bod på

⁷ Det totale forbud blev lempet i sagen *Pepper v. Hart* [1993] A.C. 593.

⁸ *Ludwig Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1935 (optrykt i 1961).

⁹ *Treitel, Law of Contract*, 9 ed 1995 226.

ved at lade levende forfattere skrive nye udgaver af de døde bøger. *Anton, Benjamin*, og *Dacey* er alle for længst døde, men deres bøger udkommer stadig i nye udgaver.

Som man vil forstå, er det vigtigt, at hun lever sig ind i de fremmede landes retstænkning. På sin anden rejse, som hun foretager, når hun har skrevet et første udkast til sin bog, skal hun rådspørge de indfødte jurister. Nogle er glade for, at der er udlændinge, der interesserer sig for deres ret. jeg kan kun give hende det råd - spørg. Bliv ved indtil du forstår. Det kan tage tid.

3.3.3. Læsning af domme

Læsningen af domme volder problemer. I England har man opstillet en sondring mellem de retssætninger, som en dom nødvendigvis må bygge på, the *ratio decidendi*, og de betragtninger, som dommeren i øvrigt anstiller, om hvad han anser for gældende ret, men som ikke er nødvendige for dommens resultat, (*obiter dicta*). I den engelske lære om præjudikaters bindende kraft (*stare decisis*) er denne sondring afgørende. Dommeren er pligtig at følge tidligere dommes *ratio*, ikke deres *obiter dicta*. Denne sondring har dog også betydning uden for the *common law* hvor *stare decisis* ikke gælder. At udtale sig abstrakt om en regel er noget andet end konkret at bruge den. Reglen står først sin prøve, når den skal bruges.

Det er dog tit svært at finde the *ratio decidendi*. Lad os antage, at en brud har bestilt en fotograf til at komme og fotograferer brudeparret uden for kirken efter vielsen. Fotografen lover at komme, men glemmer det. Bruden sagsøger ham med krav om erstatning for den skuffelse, hun lider, ved ikke at være blevet forevigt i denne højtidelige stund. En skotsk dommer har givet erstatning for *«mental distress»*¹⁰. Han har begrundet det med, at man i aftaler, der ikke har noget kommercielt formål, må kunne give erstatning, hvor det har påvirket sagsøgerens *«personal, social or family interests»*. Dommeren har ikke sagt noget om, hvor alvorlig socialt set skuffelsen må være for at udløse erstatning. Vil man give erstatning til en mor, der ikke får sig og sit nydøbte barn fotograferet uden for kirken? Vil man tilkende et brudepar, der ikke blev fotograferet sammen med gæsterne til bryllupsmiddagen, erstatning? Eller hvad med den fotograf, der ikke kom og fotograferede en doktor og hendes gæster ved doktormiddagen?

Den usikkerhed, der altid kan hævdes at bestå om en doms *ratio* har ført til, at en dom er blevet fraveget, *distinguished away* i en senere dom, enten fordi forholdene havde ændret sig, eller fordi dommerne i deres hjerter ikke syntes

¹⁰ ' *Diesen v. Samson*, 1971 S.L.T. 49.

om udfaldet i den tidligere dom. Fakta er aldrig ens i to sager, og man kan altid påberåbe sig dette.

Betydningen af sondringen mellem *ratio* og *obiter dictum* mindskes også derved, at nogle *obiter dicta* bliver berømte og derfor tit bliver påberåbt, og at nogle *ratioer* bliver glemt eller *distinguished away*.

3.3.4. Det sikre og det usikre

En ting, som er vigtig og svær at trænge ind i, er, hvad der er sikkert, og hvad der er usikkert. Hvilke regler, man med sikkerhed kan læse ud af loven og dommene, og hvad er tvivlsomt. Her kan hun let blive vildledt, også når hun taler med de indfødte. Nogle personer hævder de ting med størst overbevisning, som er de mest tvivlsomme. Man ser af og til at en professor på Kontinentet hævder en teori som gældende ret, selv om domstolene i hans land ikke følger den, eller at han til støtte for sin teori påberåber sig en dom, selv om dommen ikke støtter den. Det kan derfor ofte være nyttigt at læse dommene.

Hun kender hierarkiet. Hvad de øverste domstole siger er vigtigere, end hvad første instans domstolene siger. En klar retspraksis må tillægges større vægt end teorien, selv om forfatterne hævder, at deres opfattelse er vigtigere end retspraksis. Men det sker, at en forfatters kritik får domstolene til at ændre opfattelse.

Værre er det, når den øverste domstols afgørelser er uklare eller i indbyrdes modstrid. Hendes trøst må være, at landets egne jurister også lever med denne usikkerhed.

3.4. Skrivefasen

Nu har hun læst og vurderet, nu skal hun skrive. Jeg tror, at skrive- og formuleringsfasen tager længere tid end læsefasen. De første nedskrivninger rejser nye spørgsmål, som hun må søge opklaret.

Selve formuleringen er tit svær. Det tager lang tid at skrive enkelt og kortfattet.

Først må hun systematisere sit stof. Hvilke betingelser stilles der, for at *force majeure* kan føre til ophør eller ændring af aftalen? Skal der foreligge umulighed eller blot ekstrem byrdefuldhed eller *«point-lessness»*? Kræves det, at skyldneren ikke havde kunnet tage hindringen i betragtning? Hvilke hindringer accepterer man? Gælder der her et kontrolansvar? Hvad er virkningen af *force majeure*? Bortfald *eo ipso* adgang til at hæve aftalen, ændring af aftalen? Kan en part kræve genforhandling af aftalen?

Skal hun skrive om hvert land for sig og behandle alle problemerne i tysk ret, før hun går videre til fransk ret etc? Det kan man kalde *Länderberichtsmethoden*.

Eller skal hun tage hvert problem op for sig og fremstille og sammenligne løsningerne i hvert land problem for problem, (*den analytiske metode*)? Den første metode gør det lettere at fremstille reglerne i sammenhæng både i tid og systematisk. Er hendes mål at bringe oplysning om landenes ret, er denne metode også tit den bedste. Hun behøver da heller ikke at fremstille problemerne i samme rækkefølge i hvert land. Hun kan f.eks., når hun fremstiller engelsk ret om *frustration*, gå historisk til værks og begynde med *Paradine v. Jane* fra 1647¹¹ og tage de første skelsættende domme fra 1860'erne og begyndelsen af dette århundrede, før hun giver sig ind på en behandling af de enkelte problemer.

Den analytiske metode giver hende bedre mulighed for at anstille sammenligninger. Vil hun selv foreslå løsninger, kan det være hensigtsmæssigt at stille landene op over for hinanden, inden hun begynder sine vurderinger.

Nogle forfattere bruger begge metoder i samme fremstilling. De begynder med en *Länderbericht* og går siden over til en analyse af de enkelte problemer. Det fører til gentagelser, men har visse fremstillingsmæssige fordele.

I udlandet inddeler man tit retsstoffet på en måde, der adskiller sig fra den hjemlige. I *common law* hører reglerne om modregning og forældelse til procesretten. Franske forfattere behandler det kontraktretlige og det ikke-kontraktretlige erstatningsansvar sammen.

Den hollandske lovbog anser forholdsmæssig afslag i købesummen som en delvis ophævelse af aftalen.

Hvis hun skriver for et hjemligt publikum, og det vil en doktorant tit gøre, kan hun i sine analytiske afsnit bruge den hjemlige systematik. Bruger hun *Länderberichtmetoden*, kan hun undertiden følge det fremmede lands systematik. Skriver hun for et internationalt publikum, er hun ret frit stillet og kan anvende den systematik, de fleste systemer bruger, eller den hun finder bedst. Behandler hun en international konvention, kan hun bruge dens system.

Alle de emner, hun vælger at omtale i et eller flere af systemerne, må omtales i alle systemerne. Det er ikke så sjældent, at en forfatter overser et problem i et enkelt land. Det bør hun undgå så vidt muligt. Er der hvide pletter, må det siges.

¹¹ (1647) Aleyn 26 Stry, 47.

Fri bevægelighed for arbejdstageres persondata i Øresundsvirksomheder

af
Ruth Nielsen

1. Problemstilling

Denne artikel fokuserer på forholdene i virksomheder, der er etableret på begge sider af Øresund eller som i øvrigt er indblandet i ansættelsesforhold med tilknytning til både Danmark og Sverige.

Danmark og Sverige er bundet af det samme direktiv om personoplysninger,¹ hvis overordnede formål er at beskytte registrerede personers integritet og fremme udviklingen af et frit persondatamarked i EU. Der er imidlertid stadig en del væsentlige forskelle mellem svensk og dansk ret. Disse forskelle gør det relevant, om det er dansk eller svensk ret eller måske både dansk og svensk ret, der skal overholdes i en Øresundsvirksomhed og man kan spørge, om der er skabt så meget fælles persondatamarked, at der er frihed til at overføre data vedrørende ansøgere og ansatte fra den danske del af en Øresundsvirksomhed til den svenske og omvendt på områder, hvor behandling er lovlig i det ene land men ikke i det andet.

2. Generelt om databeskyttelsesreglerne

Europarådet vedtog i 1981 "Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data".² Både Danmark og Sverige ratificerede denne konvention den 21.1.1981.

I 1995 vedtog Europa-parlamentet og Rådet for Den europæiske Union et direktiv om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger.³

¹ 95/46/EF.

² <http://www.coe.fr/eng/legaltxt/108e.htm>.

³ 95/46/EF, EFT 1995 L 281 s 31ff, på internettet på Europa-serveren http://europa.eu.int/eur-lex/da/lif/dat/da_395L0046.html. Direktivet skulle have været

Direktivet er implementeret i Sverige ved Personuppgiftslagen af 29. april 1998,⁴ der trådte i kraft den 24. oktober 1998, som er datoen for udløbet af direktivets implementeringsfrist. Loven suppleres af Personuppgiftsförordningen, der blev vedtaget 3.9.98, og som indeholder mere detaljerede regler end loven.⁵

I Danmark blev der fremsat lovforslag til implementering af direktivet i foråret 1998,⁶ men det blev ikke gennemført inden Folketinget gik på ferie. Forslaget blev stort set uændret genfremsat som forslag til lov om behandling af personoplysninger den 8. oktober 1998.⁷ I denne artikel tages udgangspunktet i forslaget af 8.10.98. I perioden fra udløbet af direktivets implementeringsfrist (den 24.10.98) til den danske lov om personoplysninger træder i kraft, gælder direktivet direkte over for offentlige arbejdsgivere, mens direktiver ikke har direkte virkning over for private arbejdsgivere, jf EF-Domstolens dom i Marshall-sagen.⁸ De "gamle" danske registerlove skal i den situation fortolkes direktivkonformt, hvilket formentlig kan lade sig gøre inden for rammerne af nogenlunde sædvanlige fortolkningsprincipper.

2.1. Formålet med databeskyttelsesregler

2.1.1. Europarådskonventionen

Art 1 i Europarådskonventionen om databeskyttelse bestemmer om formålet, at

The purpose of this convention is to secure in the territory of each Party for every individual, whatever his nationality or residence, respect for his rights and fundamen-

gennemført pr 24.10.1998. Se om direktivet Peter Blume i Blume, Peter, Helen Holdt, Ruth Nielsen og Thomas Riis: IT-retlige emner, Kbhvn 1998 kap 1.

⁴ SFS (Svensk författningssamling) 1998:240. Findes på den svenske Datainspektions hjemmeside på <http://www.din.se/lagar.html> eller på RIXLEX <http://rixlex.riksdagen.se/>.

⁵ SFS 1998:1191. http://www.din.se/nyheter.htm#Tre_forfattningar.

⁶ L 82: Forslag til lov om behandling af personoplysninger. Findes på http://www.folketinget.dk/Samling/19972/lovforslag_som_fremsat/L82.htm. Forslaget bygger på Betænkning nr 1345/1997 afgivet af Registerlovudvalget.

⁷ L 44: Forslag til lov om behandling af personoplysninger. Findes på http://www.folketinget.dk/Samling/19981/lovforslag_som_fremsat/L44.htm.

⁸ Sag 152/84, M H Marshall mod Southampton and South West Hampshire Area Health Authority (Teaching), Saml 1986 s 723.

tal freedoms, and in particular his right to privacy, with regard to automatic processing of personal data relating to him ("data protection").

2.1.2. Direktivet (95/46/EF)

Ifølge EF-Traktatens art 7A vedtager Fællesskabet foranstaltninger med henblik på gradvis oprettelse af det indre marked. Direktivet om personoplysninger er vedtaget med hjemmel i EF-Traktatens art 100 A, ifølge hvilken Rådet med henblik på at virkeliggøre de i artikel 7 A fastsatte mål kan vedtage foranstaltninger med henblik på indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser, der vedrører det indre markeds oprettelse og funktion. Pkt 3 i præamblen til direktivet fastslår, at det indre markeds oprettelse og funktion, som i henhold til traktatens artikel 7 A indebærer fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser, og kapital, forudsætter ikke blot, at personoplysninger kan cirkulere frit fra én medlemsstat til en anden, men også, at det enkelte menneskes grundlæggende rettigheder beskyttes.

Direktivet om personoplysninger har to formål. For det første tager det sigte på at beskytte borgernes grundlæggende rettigheder, herunder især privatlivets fred, der er garanteret i Den europæiske Menneskerettighedskonvention⁹ art 8, der lyder:

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

Direktivets art 1 om dets formål bestemmer således i stykke 1:

1. Medlemsstaterne sikrer i overensstemmelse med dette direktiv beskyttelsen af fysiske personers grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, især retten til privatlivets fred, i forbindelse med behandling af personoplysninger.

I præambelens pkt 11) siges det, at direktivets princip om beskyttelse af personers rettigheder og frihedsrettigheder, og navnlig retten til privatlivets fred, er en præcisering og udvidelse af principperne i Europarådets konventionen af 28.1.1981 om beskyttelse af det enkelte menneske i forbindelse med databehandling af personoplysninger.

⁹ <http://www.coe.fr/eng/legaltxt/5e.htm>

For det andet er formålet med direktivet, at personoplysninger frit skal kunne udveksles indenfor EU. Målet er at etablere et indre persondatamarked. Direktivets art 1, stk 2 bestemmer således:

2. Medlemsstaterne må ikke af grunde, der har forbindelse med den i stk. 1 foreskrevne beskyttelse, indskrænke eller forbyde fri udveksling af personoplysninger mellem medlemsstaterne.

2.1.3. Svensk ret

1 § i den svenske Personuppgiftslag bestemmer:

Syftet med denna lag är att skydda människor mot att deras personliga integritet kränks genom behandling av personuppgifter.

Her gentages således den første af direktivets ovennævnte to målsætninger. Den anden - det frie persondatamarked - er ikke eksplicit nævnt i den svenske lov.

2.1.4. Dansk ret

Det danske lovforslag indeholder ingen eksplicit formålsbestemelse i lovteksten. I fremsættelsestalen skrev justitsministeren:¹⁰

Lovforslaget, der er en stort set uændret genfremsættelse af lovforslag L 82 af 30. april 1998, har til formål at gennemføre en mere tidssvarende generel lovgivning om behandling af personoplysninger til afløsning af den gældende registerlovgivning (lov om offentlige myndigheders registre og lov om private registre m.v.). Lovforslaget bygger i det væsentlige på betænkning nr. 1345/1997 om behandling af personoplysninger, der er afgivet af Udvalget om Registerlovgivningen.

Med lovforslaget tilsigtes det fortsat at sikre et højt beskyttelsesniveau i forhold til den enkelte borger. Samtidig er det hensigten at skabe en fleksibel ordning, som kan danne rammen om en hensigtsmæssig udnyttelse af den stadig større mulighed for - på baggrund af den teknologiske udvikling - at gøre personoplysninger til genstand for elektronisk behandling.

Det er endvidere et væsentligt formål med lovforslaget at gennemføre et EF-direktiv fra 1995 om behandling af personoplysninger (direktiv 95/46/EF).

2.1.5. Delkonklusion

National lovgivning på et direktivreguleret område skal fortolkes direktivkonformt og formålsfortolkning har stor betydning i EU-retten.¹¹ Der er derfor ingen tvivl om at personoplysningsdirektivets dobbelte målsætning - sikring

¹⁰ L 44 frmsat skriftligt 8.10.98.

¹¹ Se generelt Ruth Nielsen: Retskilderne, København 1997 s 126 ff.

af privatlivets fred og udvikling af et indre persondatamarked - gælder både i dansk og svensk ret, uanset at den kun delvis har fundet udtryk i implementeringslovenes tekst.

2.2. Anvendelsesområde

2.2.1. Begrebet behandling

Direktivets, den svenske personoppgiftslags og det danske lovforslags centrale begreb er behandling. Dette begreb omfatter efter direktivets art 2 b) enhver operation eller række af operationer - med eller uden brug af elektronisk databehandling - som personoplysninger gøres til genstand for, fx indsamling, registrering, systematisering, opbevaring, tilpasning eller ændring, selektion, søgning, brug, videregivelse ved transmission, formidling eller enhver anden form for overladelse, sammenstilling eller samkøring samt blokering, slettelse, tilintetgørelse eller arkivering. Dette begreb er umiddelbart så bredt, at enhver personaleadministrativ behandling af oplysninger om ansøgere og ansatte, fx indsamling af oplysninger om strafbare forhold i forbindelse med ansættelses-interview, må anses for omfattet.

2.2.2. Direktivets anvendelsesområde

Direktivets beskyttelsesregler gælder ikke for enhver behandling. Art 3, stk 1 i direktivet indskrænker dets anvendelsesområde til (min kursivering):

1. Dette direktivs bestemmelser anvendes på behandling af personoplysninger, der helt eller delvis foretages ved hjælp af *edb*, samt på ikke-elektronisk behandling af personoplysninger, der er eller vil blive indeholdt i et *register*.

Direktivet finder således kun anvendelse, hvis der benyttes edb til behandlingen af personoplysninger eller hvis der etableres et register. Et "register med personoplysninger" (register) defineres i direktivets art 2 c) som enhver struktureret samling af personoplysninger, der er tilgængelige efter bestemte kriterier, hvad enten denne samling er placeret centralt, decentralt eller er fordelt på et funktionsbestemt eller geografisk grundlag.

2.2.3. Svensk ret

I den svenske Personoppgiftslag er lovens anvendelsesområdet afgrænset på samme måde som direktivets, dvs ved henvisning til edb og registre. Her bestemmer 5§:

Denna lag gäller för sådan behandling av personuppgifter som helt eller delvis är automatiserad.

Lagen gäller även för annan behandling av personuppgifter, om uppgifterna ingår i eller är avsedda att ingå i en strukturerad samling av personuppgifter som är tillgängliga för sökning eller sammanställning enligt särskilda kriterier.

Arbejdsgiveres spørgsmål under ansættelsesinterview, fx vedrørende strafbare forhold, er således kun omfattet af direktivet eller den svenske lov, hvis der benyttes edb, hvilket formentlig typisk ikke er tilfældet, eller hvis arbejdsgiveren planlægger at registrere oplysningen, men ikke hvis oplysningen kun benyttes i den konkrete situation til at træffe ansættelsesbeslutningen og derefter slettes.

2.2.4. Dansk ret

Det danske lovforslags § 1, stk 1 dækker det samme område som den svenske lov og direktivet, men det danske forslag har et bredere anvendelsesområde i den private sektor, idet § 1, stk 2 bestemmer:

Stk. 2. Loven gælder tillige for anden ikke-elektronisk systematisk behandling, som udføres for private, og som omfatter oplysninger om personers private eller økonomiske forhold eller i øvrigt oplysninger om personlige forhold, som med rimelighed kan forlanges unddraget offentligheden. Dette gælder dog ikke reglerne i lovens kapitel 8 og 9.

Udtrykket “anden ikke-elektronisk systematisk behandling” er ikke særlig klart, men det er nærliggende at hævde, at fx arbejdsgivere, der systematisk i forbindelse med ansættelsesinterview spørger om strafbare forhold eller andre personoplysninger, foretager en systematisk indsamling af disse oplysninger, og dermed er omfattet af den danske lov, og kun må gøre det under de snævre betingelser, personoplysningsloven opstiller.

2.2.5. Delkonklusion

I direktivet og den svenske lov om personoplysninger findes der ikke noget modstykke til den danske § 1, stk 2 om “anden ikke-elektronisk systematisk behandling”. På den svenske side af en dansk-svensk virksomhed falder en sådan behandling derfor uden for databeskyttelsesreglerne, mens den er omfattet af den danske lov.

2.3. Grundprincipper. Formålsbestemthedsprincippet

Direktivet og de danske og svenske gennemførelseslove angiver en række grundprincipper og betingelser, der skal opfyldes, for at personoplysninger kan behandles. Borgerne, heri indbefattet arbejdstagere, tildeles en række rettigheder bla til information og indsigt. Det fastslås, at der skal være en

national tilsynsmyndighed, i Danmark Datatilsynet, tidligere Registertilsynet,¹² i Sverige Datainspektionen.¹³

I direktivets artikel 6 er der fastsat en række hovedprincipper, der skal overholdes i forbindelse med enhver persondatabehandling. Af særlig betydning er formålsbestemthedsprincippet.¹⁴ Ifølge dette skal der være angivet et præcist formål, når personoplysninger indsamles, og disse oplysninger må ikke senere benyttes på en måde, der er uforeneligt med dette formål. Det er et princip, der begrænser de dataansvarliges, fx arbejdsgiveres, frihed.

Den behandlede har ret til at modtage information om databehandlingen. Dette er tilfældet, når oplysninger indsamles direkte hos den pågældende. Formålet hermed skal angives og det skal fremgå, om det er pligtigt at afgive de ønskede oplysninger. Endvidere skal der gives information om til hvilke kategorier myndigheder og virksomheder, oplysninger kan blive videregivet. Herudover er der ret til indsigt i behandlinger.

Ifølge art 6 i direktivet skal medlemsstaterne fastsætte bestemmelser om, at personoplysninger a) skal behandles rimeligt og lovligt b) skal indsamles til udtrykkeligt angivne og legitime formål, samt at senere behandling heraf ikke må være uforenelig med disse formål; senere behandling af oplysninger i historisk, statistisk eller videnskabeligt øjemed anses ikke for at være uforenelig med disse formål, såfremt medlemsstaterne giver de fornødne garantier c) skal være relevante og tilstrækkelige og ikke omfatte mere end, hvad der kræves til opfyldelse af de formål, hvortil de indsamles, og til de formål, hvortil de senere behandles d) skal være korrekte og om nødvendigt ajourførte; der skal tages ethvert rimeligt skridt til at slette eller berigtige oplysninger, der er urigtige eller ufuldstændige i forhold til det formål, hvortil de indsamles, eller i forbindelse med hvilke de behandles på et senere tidspunkt e) ikke må opbevares på en måde, der giver mulighed for at identificere de registrerede i et længere tidsrum end det, der er nødvendigt af hensyn til de formål, hvortil de indsamles, eller i forbindelse med hvilke de behandles på et senere tidspunkt.

Efter art 7 skal medlemsstaterne fastsætte bestemmelser om, at behandling af personoplysninger kun må finde sted hvis:

- a) der ikke hersker tvivl om, at den registrerede har givet sit samtykke, eller

¹² Se om dette <http://www.registertilsynet.dk/index.html>.

¹³ <http://www.din.se/>.

¹⁴ Jf herom Peter Blume: Formålsbestemthedsprincippet i databeskyttelsesretten, UfR 1995 p 110-15.

- b) behandlingen er nødvendig af hensyn til opfyldelsen af en kontrakt, som den registrerede er part i, eller af hensyn til gennemførelse af foranstaltninger, der træffes på dennes anmodning forud for indgåelsen af en sådan kontrakt, eller
- c) behandlingen er nødvendig for at overholde en retlig forpligtelse, som gælder for den registeransvarlige, eller
- d) behandlingen er nødvendig for at beskytte den registreredes vitale interesser, eller
- e) behandlingen er nødvendig af hensyn til udførelsen af en opgave i samfundets interesse eller henhørende under offentlig myndighedsudøvelse, som den registeransvarlige eller en tredjemand, til hvem oplysningerne videregives, har fået pålagt, eller
- f) behandlingen er nødvendig, for at den registeransvarlige eller den tredjemand eller de tredjemænd, til hvem oplysningerne videregives, kan forfølge en legitim interesse, medmindre den registreredes interesser eller de grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, der skal beskyttes i henhold til artikel 1, stk. 1, i dette direktiv, går forud herfor.

Kravet om, at behandlingen skal forfølge et lovligt formål er meget væsentlig for den problemstilling, der behandles her. Det indebærer, at forskelle mellem dansk og svensk arbejdsret med hensyn til hvad det er lovligt, at en arbejdsgiver indsamler oplysninger om, får afledede virkninger for adgangen til at behandle personoplysninger på en måde, der er omfattet af databeskyttelsesreglerne, typisk ved hjælp af edb eller ved manuel registrering. Hvis et formål er forbudt efter de arbejdsretlige regler, kan arbejdsgiveren ikke lovligt behandle oplysninger med dette formål, jf neden for om helbredsoplysninger, hvor de arbejdsretlige regler er forskellige i Danmark og Sverige. Databeskyttelsesreglerne lovgivgør ingen formål, som er ulovliggjort ved andre regler, fx i den arbejdsretlige lovgivning.¹⁵

2.4. Følsomme oplysninger

Man sonderer imellem følsomme og ikke-følsomme persondata. Opdelingen beror på den opfattelse, at der er visse typer af data, hvis misbrug i særlig grad kan medføre integritetskrænkelser og som derfor må gives en særlig stærk beskyttelse.

2.4.1. Direktivet

Direktivets hovedbestemmelse vedrørende følsomme oplysninger, bla fagforeningsmæssigt tilhørsforhold og helbredsoplysninger, er art 8 stk 1, der bestemmer (min kursivering):

¹⁵ Cfr Oluf Jørgensen i en kronik i Jyllandsposten den 1.10.98, se nærmere nedenfor om helbredsoplysninger.

1. Medlemsstaterne forbyder behandling af personoplysninger om racemæssig eller etnisk baggrund, politisk, religiøs eller filosofisk overbevisning, *fagforeningsmæssigt tilhørsforhold* og oplysninger om *helbredsforhold* og seksuelle forhold.

Fagforeningsmæssigt tilhørsforhold er således blevet en følsom oplysning, hvilket den ikke har været behandlet som tidligere i dansk og svensk ret. Der gælder dog efter direktivets art 8, stk 2 b) en undtagelse, når:

- a) den registrerede udtrykkeligt har givet sit samtykke til en sådan behandling, medmindre det i medlemsstatens lovgivning fastsættes, at det i stk. 1 omhandlede forbud ikke kan hæves ved den registreredes samtykke, eller
- b) behandlingen er nødvendig for overholdelsen af den registeransvarliges arbejdsretlige forpligtelser og specifikke rettigheder, for så vidt den er tilladt ifølge nationale lovbestemmelser, som fastsætter de fornødne garantier,

Opregningen i direktivets art 8 af følsomme oplysninger er udtømmende. Sammenlignet med tidligere dansk ret er strafbare forhold ikke længere følsomme. Det samme gælder oplysninger om rent private forhold eller væsentlige sociale problemer.

2.4.2. Svensk ret

Bestemmelsen i direktivets art 8 om følsomme oplysninger er overført til svensk ret i Personuppgiftslagen 13 §, der bestemmer, at det er forbudt at behandle personoplysninger, som afslører race eller etnisk oprindelse, politiske anskuelser, religiøs eller filosofisk overbevisning, eller medlemskab i fagforening. Det er også forbudt at behandle personoplysninger som vedrører helbred eller seksualliv. Der er dog en række undtagelser fra dette forbud. 15 § bestemmer:

Känsliga personuppgifter får behandlas, om den registrerade har lämnat sitt uttryckliga samtycke till behandlingen eller på ett tydligt sätt offentliggjort uppgifterna.

Den svenske Personuppgiftslagen bestemmer i 16§, at følsomme personoplysninger må behandles, hvis det er nødvendigt for at:

- a) den personuppgiftsansvarige skall kunna fullgöra sina skyldigheter eller utöva sina rättigheter inom arbetsrätten,

....

Uppgifter som behandlas med stöd av första stycket a får lämnas ut till tredje man bara om det inom arbetsrätten finns en skyldighet för den personuppgiftsansvarige att göra det eller den registrerade uttryckligen har samtyckt till utlämnandet.

I den svenske lov tillades således generelt behandling af følsomme personoplysninger under henvisning til pligter og rettigheder indenfor arbejdsretten, cf straks nedenfor om dansk ret.

2.4.3. Dansk ret

Det danske lovforslags § 7 omfatter oplysninger om racemæssig eller etnisk baggrund, politisk, religiøs eller filosofisk overbevisning, fagforeningsmæssige tilhørsforhold samt oplysninger om helbredsmæssige og seksuelle forhold. Disse oplysninger må som udgangspunkt ikke behandles. Behandling kan dog ske på de betingelser, der opregnes i § 7, stk 2, dvs når

- 1) den registrerede har givet sit udtrykkelige samtykke til en sådan behandling,
- 2) behandlingen er nødvendig for at beskytte den registreredes eller en anden persons vitale interesser i tilfælde, hvor den pågældende ikke fysisk eller juridisk er i stand til at give sit samtykke,
- 3) behandlingen vedrører oplysninger, som er blevet offentliggjort af den registrerede, eller
- 4) behandlingen er nødvendig for, at et retskrav kan fastlægges, gøres gældende eller forsvares.

Der er således - til forskel fra hvad der muligt efter direktivets art 8, stk 2 b) og hvad man har valgt at gøre i Sverige - ikke givet generel adgang til at behandle følsomme personoplysninger af hensyn til arbejdsretlige rettigheder og forpligtelser. Vedrørende behandling af oplysninger om fagforeningsmæssige forhold, der også som udgangspunkt er forbudt efter § 7, stk 1, bestemmes det dog i § 7, stk 3, at

Stk 3. Behandling af oplysninger om fagforeningsmæssige tilhørsforhold kan endvidere ske, hvis behandlingen er nødvendig for overholdelsen af den dataansvarliges arbejdsretlige forpligtelser eller specifikke rettigheder.

2.4.4. Delkonklusion

Hovedreglen om forbud mod registrering af følsomme oplysninger er den samme i direktivet og i den svenske og den danske lov, men undtagelserne er udformet forskelligt.

Den danske lov indeholder således til forskel fra den svenske Personoplyggiftslag 16§ ikke som direktivets art 8, stk 2b en generel undtagelse fra forbudet mod behandling af følsomme oplysninger for de tilfælde hvor behandlingen er nødvendig af hensyn til overholdelsen af den registeransvarliges arbejdsretlige forpligtelser og specifikke rettigheder. Kun for så vidt angår fagforeningsmæssige tilhørsforhold er der en sådan undtagelse i den danske lov. Den generelle undtagelse i § 7, stk 2, nr 4) om tilfælde, hvor behandlingen

er nødvendig for, at et retskrav kan fastlægges, gøres gældende eller forsvares, vil dog formentlig kunne dække de tilfælde hvor behandlingen er nødvendig af hensyn til overholdelsen af den registeransvarliges arbejdsretlige forpligtelser og specifikke rettigheder. Den kan fx udgøre hjemmel for, at en arbejdsgiver herefter kan registrere de ansattes sygedage.

2.5. Anmeldelse

2.5.1. Direktivet

Direktivets art 18 om anmeldelsespligt over for tilsynsmyndigheden bestemmer, at medlemsstaterne skal fastsætte bestemmelser om, at den registeransvarlige forud for iværksættelsen af en behandling, der helt eller delvis udføres ved brug af elektronisk databehandling ... skal foretage anmeldelse til en tilsynsmyndighed. Medlemsstaterne må kun give mulighed for forenklet anmeldelse eller fritagelse for anmeldelse i følgende tilfælde og på følgende betingelser:

- medlemsstaterne anfører for de typer behandling, hvor det i betragtning af de behandlede oplysninger ikke er sandsynligt, at de registreredes rettigheder eller frihedsrettigheder krænktes, behandlingens formål, hvilke oplysninger eller typer oplysninger der behandles, hvilke registrerede eller kategorier af registrerede der er tale om, til hvilke modtagere eller kategorier af modtagere oplysningerne videregives, samt hvor længe oplysningerne opbevares, og/eller.....
- de registeransvarlige udpeger i overensstemmelse med den nationale lovgivning, som de er underlagt, en person med ansvar for beskyttelse af personoplysninger, som bl. a. har til opgave - i fuld uafhængighed at sikre den interne anvendelse af de nationale bestemmelser, der er truffet i medfør af direktivet

2.5.2. Svensk ret

36 § i den svenske personoppgiftslag bestemmer, at automatiseret behandling af personoplysninger er omfattet af anmeldelsespligt. Hvis den dataansvarlige udpeger et personoppgiftsombud, behøver der ikke foretages anmeldelser af behandling af personoplysninger.

2.5.3. Dansk ret

§ 49 i det danske lovforslag bestemmer, at behandling af oplysninger er undtaget fra anmeldelsespligt, når

- 1) behandlingen omfatter oplysninger om ansatte i det omfang, behandlingen ikke omfatter oplysninger som nævnt i § 7, stk. 1, og § 8, stk. 2, eller andre oplysninger om enkeltpersoners rent private forhold,
- 2) behandlingen omfatter oplysninger om ansattes helbredsforhold i det omfang, behandlingen af helbredsoplysningerne er nødvendig til opfyldelse af bestemmelser i lov eller forskrifter fastsat i henhold til lov,

3) behandlingen omfatter oplysninger, hvis registrering er nødvendig som følge af kollektiv overenskomst eller kollektiv aftale på arbejdsmarkedet,

I dansk ret er der ikke åbnet adgang til at udpege et "personuppgiftsombud".

2.5.4. Delkonklusion

Dansk og svensk ret har valgt delvis forskellig model med hensyn til kontrol med overholdelse af databeskyttelsesreglerne. Under svensk ret kan den dataansvarlige vælge at udpege et personuppgiftsombud til at overvåge reglerne, mens denne mulighed ikke eksisterer i dansk ret.

3. Oplysninger om strafbare forhold

3.1. Direktivet

Direktivet behandler ikke oplysninger om strafbare forhold som følsomme oplysninger, men direktivets art 8, stk 5 bestemmer:

5. Behandling af oplysninger om lovovertrædelser, straffedomme eller sikkerhedsforanstaltninger må kun foretages under kontrol af en offentlig myndighed, eller hvis der gælder tilstrækkelige, specifikke garantier i medfør af den nationale lovgivning med forbehold af de undtagelser, som medlemsstaten kan fastsætte på grundlag af nationale lovbestemmelser, hvorefter der gives tilstrækkelige, specifikke garantier. Et fuldstændigt register over straffedomme må dog kun føres under kontrol af en offentlig myndighed.

3.2. Svensk ret

I den svenske personuppgiftslag handler 21 § om Uppgifter om lagöverträdelser m.m.:

21 § Det är förbjudet för andra än myndigheter att behandla personuppgifter om lagöverträdelser som innefattar brott, domar i brottmål, straffprocessuella tvångsmedel eller administrativa frihetsberövanden.

Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får i fråga om automatiserad behandling av personuppgifter meddela föreskrifter om undantag från förbudet i första stycket.

Regeringen får i enskilda fall besluta om undantag från förbudet i första stycket. Regeringen får överlåta åt tillsynsmyndigheten att fatta sådana beslut.

Personuppgiftsförordningen¹⁶ bestämmer om behandling af oplysninger om lovovertrædelser mm:

8 § Datainspektionen får i fråga om automatiserad behandling av person- uppgifter meddela föreskrifter om undantag från förbudet i 21 § personuppgiftslagen (1998:204) för andra än myndigheter att behandla personuppgifter om lagöverträdelse som innefattar brott, domar i brottmål, straffprocessuella tvångsmedel eller administrativa frihetsberövanden. Datainspektionen får också i enskilda fall besluta om undantag från förbudet.

I svensk ret er udgangspunktet således, at det er forbudt for private arbejdsgivere at behandle oplysninger om ansøgere og ansattes strafbare forhold. Det kan dog tillades af datainspektionen enten generelt gennem fastsættelse af forskrifter eller ved konkret beslutning.

3.3. Dansk ret

I dansk ret findes ikke et sådant forbud. § 8 bestemmer:

Offentlige myndigheder må behandle oplysninger om strafbare forhold under de i § 6 angivne betingelser.

Stk. 2. Private må behandle oplysninger om strafbare forhold, hvis det er nødvendigt til varetægelse af en berettiget interesse, og denne interesse klart overstiger hensynet til den registrerede.

Stk. 3. Et fuldstændigt register over straffedomme må kun føres for en offentlig myndighed.

Direktivets krav om tilstrækkelige, specifikke garantier er ikke gentaget i det danske lovforslag og efter min vurdering kan man sætte spørgsmålstegn ved, om direktivets krav er opfyldt på dette punkt, men under alle omstændigheder skal loven fortolkes direktivkonformt. Under de hidtidig gældende registerlove har Registertilsynet antaget, at der for særlige personalegrupper, som fx personale, der skal varetage vagtfunktioner, kan indhentes og registreres oplysninger om strafbare forhold. Det er dog en forudsætning for, at oplysningerne lovligt kan registreres, at de er afgivet af den pågældende selv eller indhentet med dennes samtykke, og at der foreligger omstændigheder, hvor man må vide, at oplysningerne bliver registreret. Dette bør konstateres ved, at den ansatte underskriver interviewskema, personalebedømmelse eller

¹⁶ SFS 1998:1191.

ved, at den ansatte underskriver interviewskema, personalebedømmelse eller lignende eller eventuelt underskriver en særskilt samtykkeerklæring.¹⁷

3.4. Delkonklusion

Der er en forskel mellem dansk og svensk ret med hensyn til arbejdsgiveres adgang til at behandle oplysninger om strafbare forhold.

Hvis der tale om en behandling, der ikke har karakter af edb-behandling eller oprettelse af registre, falder forholdet uden for den svenske lov, men kan være omfattet af § 1, stk 2 i den danske lov, jf foran under 2.2.

Hvis der tale om en behandling, der har karakter af edb-behandling eller oprettelse af registre, er det forbudt for private arbejdsgivere undergivet den svenske peronuppgiftslag at behandle oplysninger om strafbare forhold. Datainspektionen kan dog give tilladelse hertil enten ved generelle forskrifter eller ved at give tilladelse i konkrete tilfælde. For danske private arbejdsgivere er der en vis - omend snæver - adgang hertil.

4. Helbredsoplysninger

4.1. Det arbejdsretlige udgangspunkt

4.1.1. Generelt

Baggrundsreglerne om arbejdsgiveres frihedsgrader i forhold til ansøgere og ansatte er reglerne om ledelsesretten med hensyn til hvilken det historiske udgangspunkt både i Danmark og Sverige var en meget vidtgående frihed for arbejdsgivere til at gøre som de fandt passende. Der er dog med årene udviklet en række begrænsninger, men navnlig i forhold til ansøgere til stillinger er der stadig betydelig frihed. Der følger dog også i denne relation begrænsninger af almindelig retsprincipper, særlovgivning eller andre retskilder.

Specielt i forhold til helbredsundersøgelser og -oplysninger opstår dels spørgsmålet, hvilke oplysninger en arbejdsgiver må skaffe sig med ansøgerens/den ansattes samtykke, dels spørgsmålet, om der må fremskaffes oplysninger uden ansøgerens/den ansattes samtykke. Hvis oplysninger kun må indhentes med samtykke opstår endvidere spørgsmålet, hvilke virkninger, fx ikke-ansættelse, arbejdsgiveren må tillægge nægtelse af samtykke.

¹⁷ Se også Registertilsynets Årsberetning 1983 s 55 f om registrering af helbredsoplysninger og problemer med misbrug af nydelsesmidler.

4.1.2. Den europæiske Menneskeretskonvention (EMRK). EF-Domstolens praksis

Spørgsmålet, om en arbejdsgiver må nægte ansættelse, fordi en ansøger ikke vil samtykke i en lægeundersøgelse er i forhold til EMRK behandlet i sag X mod Kommissionen.¹⁸ EF-Domstolen fandt, at Kommission i arbejdsgiverrollen af hensyn til EMRK art 8 er afskåret fra at gennemføre lægeundersøgelse af en ansøger (i den konkrete sag med henblik på at finde ud af, om vedkommende var HIV-smittet) uden dennes samtykke, men at Kommissionen er berettiget til at tillægge nægtelse af samtykke den virkning, at man ikke vil ansætte den pågældende.

EMRK og hermed dennes art 8 om privatlivets fred blev inkorporeret i dansk ret ved lov i 1992¹⁹ og i svensk ret i 1994.²⁰

4.1.3. Dansk arbejdsret

Mange ansøgere/ansatte vil formentlig være motiveret til at samtykke i meget for at opnå eller beholde en ønsket stilling. Et højt beskyttelsesniveau kan derfor kræve forbud mod helbredsundersøgelser også med ansøgerens/den ansattes samtykke. Et sådant forbud blev som hovedregel indført i Danmark i 1996, da der blev vedtaget en lov om brug af helbredsoplysninger mv på arbejdsmarkedet.²¹

Loven bygger på gentestudvalgets betænkning om helbredsoplysninger på arbejdsmarkedet,²² men er udformet teknologi-neutralt, således at den ikke udelukkende handler om gentest. Lovens hovedregel er et forbud mod at indhente oplysninger fra ansøgere og ansatte til belysning af fremtidig sygdomsrisiko, jf lovens § 2, stk 4, der bestemmer:

En arbejdsgiver må ikke i forbindelse med ansættelse eller under ansættelse af en lønmodtager anmode om, indhente eller modtage og gøre brug af helbredsoplysninger med det formål at få belyst lønmodtagerens risiko for at udvikle eller pådrage sig sygdomme, jf. dog § 3.

Derimod er det tilladt at indhente oplysninger af aktuel og konkret betydning for det job, den pågældende har eller søger.

¹⁸ C-404/92 P, Samling 1994 I-4737.

¹⁹ Lov nr 285 af 1992.

²⁰ SFS 1994:1219.

²¹ Nr 286 af 24.4.1996.

²² Nr 1269/1994.

4.1.4. Svensk ret

I Sverige findes ikke tilsvarende lovgivning, der generelt forbyder arbejdsgivere at indhente oplysninger til belysning af fremtidig sygdomsrisiko. Sverige har derimod en generel lov om gentest.²³ Efter loven kræver anvendelse af genteknik ved "allmänna hälsoundersökningar" særlig tilladelse. Arbejdsgivers adgang til at undersøge ansøgers eller ansattes fremtidige sygdomsrisiko er ikke særlig reguleret i Sverige. Retsstillingen er næppe helt klar, men udgangspunktet i rekrutteringssituationer, dvs ved ansættelse og forfremmelse er - både i Sverige og Danmark - at alt, hvad der ikke er særlig grund til at anse for forbudt, er tilladt.²⁴ Der synes ikke at være noget grundlag for at anse en arbejdsgivers fremskaffelse af oplysninger til belysning af fremtidig sygdomsrisiko for et ulovligt formål efter svensk ret, mens dette som hovedregel klart er tilfældet i dansk ret, da det som hovedregel er forbudt ved § 2, stk 4 i helbredsoplysningsloven.

4.2. Databeskyttelsesreglerne

Art 8 i direktivet forbyder som nævnt behandlinger, der vedrører oplysninger om helbredsforhold. Direktivets art 8, stk 2 fastsætter dog en række undtagelser, herunder når den registrerede samtykke og af særlig relevans for det arbejdsretlige område, at behandling er tilladt, hvis behandlingen er nødvendig for overholdelsen af den registeransvarliges arbejdsretlige forpligtelser og specifikke rettigheder, for så vidt den er tilladt ifølge nationale lovbestemmelser, som fastsætter de fornødne garantier.

Personoplyftslagen 13 § bestemmer, at det er forbudt at behandle personoplysninger, som vedrører helbred. Der er dog som nævnt en række undtagelser fra dette forbud, jf foran.

Helbredsoplysninger må som udgangspunkt ikke behandles. Behandling kan dog ske på de betingelser, der opregnes i § 7, stk 2 i forslaget til dansk personoplysningslov, herunder efter pkt 1) når den registrerede har givet sit udtrykkelige samtykke til en sådan behandling, og efter pkt 4) når:

- 4) behandlingen er nødvendig for, at et retskrav kan fastlægges, gøres gældende eller forsvares.

²³ Lag (1991:114) om användning av viss genteknik vid allmänna hälsoundersökningar.

²⁴ Se om svensk ret Reinhold Fahlbeck: Praktisk Arbetsrätt, Stockholm 1989 s 286.

I bemærkningerne siges det, at dette fx gælder med hensyn til arbejdsgiveres behandling af helbredsoplysninger med henblik på at afgøre, om den registrerede har krav på erstatning.

Man kan spørge, om den omstændighed, at lovforslaget tillader behandling af følsomme oplysninger med den berørtes samtykke indebærer en fravigelse af helbredsoplysningsloven, der som nævnt forbyder behandling af oplysninger om fremtidig sygdomsrisiko også selvom ansøgeren eller den ansatte har samtykket. Det kan ikke antages. Direktivets art 8, stk 2 a) bestemmer, at forbudet i artiklens stk 1 mod behandling af følsomme oplysninger ikke gælder, når den registrerede udtrykkeligt har givet sit samtykke til en sådan behandling, medmindre det i medlemsstatens lovgivning fastsættes, at det i stk. 1 omhandlede forbud ikke kan hæves ved den registreredes samtykke. En sådan bestemmelse er i dansk ret fastsat i helbredsoplysningslovens § 2, stk 4. Som nævnt siges det i pkt 9) i præamblen, at medlemsstaterne ved implementeringen af direktivet skal tilsigte en forbedring af den beskyttelse, som deres nuværende lovgivning sikrer. Det ville være i strid hermed, hvis man forøttkede personoplysningsloven som en berænsning i eller forringelse af beskyttelsesniveauet i helbredsoplysningsloven.²⁵

5. Geografisk gyldighedsområde. International privatret

I arbejdsretten er det normalt arbejdsstedets lov, dvs reglerne i det land, hvor arbejdstageren udfører arbejdet, der skal anvendes, mens det i databeskyttelsesretten normalt er etableringslandets lov, dvs reglerne i det land hvor arbejdsgiveren, der foretager databehandling, er etableret.

De arbejdsretlige og de databeskyttelsesretlige regler peger således på to forskellige tilknytningskriterier som afgørende for lovvalget. I en række tilfælde er det ikke særlig klart, om det er arbejdsstedets lov eller etableringslandets lov, der skal anvendes. Ved vurderingen af, om et formål er lovligt, må det afgørende formentlig være, hvilke formål der er lovlige efter de arbejdsretlige regler. Hvis arbejdsstedet fx er i Danmark, men den dataansvarlige er etableret i Sverige, er det formentlig forbudt at behandle oplysninger om fremtidig sygdomsrisiko, fordi det er den danske helbredsoplysningslov, der er afgørende for formålets lovlighed.

²⁵ Cfr Oluf Jørgensen i en kronik i Jyllandsposten den 1.10.98.

5.1. Etableringslandets lov

Art 4 i direktivet om behandling af personoplysninger bestemmer, at Medlemsstaterne skal anvende de nationale bestemmelser, de vedtager til gennemførelse af direktivet, på behandling af personoplysninger, der foretages som led i en virksomheds eller et organs aktiviteter inden for den medlemsstats område, hvor den registeransvarlige er etableret. En registeransvarlig, som er etableret på flere medlemsstaters område, skal træffe de nødvendige foranstaltninger til at sikre, at hver af disse virksomheder eller organer opfylder kravene i den gældende nationale lovgivning.

Ifølge præambelens pkt 19) forstås ved etablering på en medlemsstats område faktisk udøvelse af aktiviteter gennem en mere permanent struktur; den pågældende strukturs retlige form, hvad enten det blot er en filial eller et datterselskab med status som juridisk person, har ikke afgørende betydning i denne forbindelse; en registeransvarlig, som er etableret på flere medlemsstaters område, især i form af datterselskaber, skal, navnlig for at undgå omgåelse, sikre sig, at hver enkelt struktur opfylder kravene i den gældende nationale lovgivning.

5.2. Arbejdsstedets lov

Konventionen om hvilken lov, der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser mv (Romkonventionen)²⁶ indeholder lovvalgsregler for de fleste typer kontraktlige forpligtelser, herunder en eksplicit regel om individuelle arbejdsaftaler, hvor der opstilles en formodning for arbejdsstedets lov. Konventionen blev gennemført i dansk ret ved lov i 1984²⁷ og i svensk ret ved lagen om tillämplig lag för avtalsförpliktelse fra 1998.²⁸

Romkonventionens hovedregel er, at parterne frit kan aftale, hvilket lands ret der skal anvendes på deres kontrakt, jf art 3, stk 1. Konventionen bygger som hovedregel på den individualiserende metode, men art 6, stk 2 opstiller nogle særlige formodningsregler for individuelle arbejdsaftaler. Der er efter art 6, stk 2 en formodning for, at arbejdsstedets lov skal anvendes, når arbejdet sædvanligvis udføres i et bestemt land. Hvis dette ikke er tilfældet, er der

²⁶ http://itl.irv.uit.no/trade_law/doc/EC.Applicable.Law.Contracts.1980.html.

²⁷ Lov om gennemførelse af konvention om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser, mv nr 188 af 1984. Se nu Datasammenskrivning af Lov og gennemførelse af konvention om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser, mv nr 11400 af 1990.

²⁸ SFS 1998:167.

formodning for loven i det land, hvor arbejdsgiveren har sit forretningssted (det forretningssted, der har antaget arbejdstageren). Art 6, stk 2 er kun en formodningsregel.

6. Konklusion: Grænseoverskridende overførsel af data

Det er et hovedformål med såvel personoplysningsdirektivet som den danske og svenske gennemførelseslovgivning at bidrage til udvikling af et indre persondatamarked, bla i Øresundsregionen, hvilket som udgangspunkt taler for, at fortolke lovene som udtryk for, at data, der lovligt behandles på den ene side af grænsen, frit kan udveksles over grænsen, jf direktivets art 1, stk 2. Direktivet tilsigter imidlertid ikke totalharmonisering.²⁹ I præambelens pkt 9 siges det således, at medlemsstaterne får en manøvremargen, som erhvervslivet og arbejdsmarkedets parter kan benytte sig af i forbindelse med direktivets gennemførelse. De vil i deres nationale lovgivning kunne fastsætte de generelle betingelser for lovlig behandling af personoplysninger. Medlemsstaterne skal derved tilsigte en forbedring af den beskyttelse, som deres nuværende lovgivning sikrer. Inden for rammerne af denne manøvremargen og i overensstemmelse med fællesskabsretten kan der forekomme forskelle i gennemførelsen af direktivet, og dette kan få konsekvenser for udvekslingen af oplysninger såvel inden for den enkelte medlemsstat som på fællesskabsplan. Det er således en mulighed, der er forenelig med direktivet, at data ikke kan udveksles over Øresund, selv om direktivet implementeres korrekt både i Danmark og Sverige.

Som det fremgår af gennemgangen i det foregående er der lidt friere adgang for danske end for svenske private arbejdsgivere til at behandle personoplysninger om strafbare forhold, mens det forholder sig omvendt for så vidt angår helbredsoplysninger til belysning af fremtidig sygdomsrisiko. Hvis en dansk-svensk virksomhed vil have fælles datapolitik internt i virksomheden, må den vælge at respektere det højeste beskyttelsesniveau, der gælder i enten Danmark eller Sverige, ellers må den leve med at den nationale græns stadig har en vis retlig betydning.

Mange virksomheder opretter hjemmesider på internettet og lægger i et vist omfang data vedrørende de ansatte på hjemmesiden. Det danske Registertilsyn har givet udtryk for den opfattelse, at oplysninger om den ansattes navn, arbejdstelefonnummer, stilling, fag samt yderligere oplysninger i arbejdsmæssig sammenhæng, fx deltagelse i udvalgsarbejde mv, kan anses for offentligt tilgængelige. Sådanne oplysninger må derfor offentliggøres på Internettet af

²⁹ Se generelt om totalharmonisering Claus Gulmann og Karsten Hagel-Sørensen: EU-ret, Kbhvn 1995 s 364.

arbejdsgiveren uden den ansattes samtykke. Oplysninger om de ansattes privatadresse og -telefonnummer, billeder af de ansatte, og andre private oplysninger må kun videregives med den enkelte ansattes samtykke.³⁰

Udveksling af oplysninger om ansatte via internettet indebærer pga nettets globale karakter samtidig overførsel til tredjelande (dvs lande uden for EU). Direktivet indeholder regler herom i art 25 og 26, der er forholdsvis restriktive. De synes ikke udtænkt med henblik på internettet og passer umiddelbart relativt dårligt hertil.

³⁰ Se nærmere <http://www.registertilsynet.dk/nyheder/index.html>.

"Société fermée européenne"

Et europæisk anpartsselskab i støbeskeen ?

af
Søren Friis Hansen

1. Introduktion

1.1. CREDA-Rapporten og dens hovedindhold

EU-Kommissionen har i efteråret 1997 taget ideen om at skabe et europæisk anpartsselskab op på ny. Kommissionen har i den forbindelse udgivet en rapport vedrørende mulighederne for at skabe en ny fælleseuropæisk selskabsform kaldet "Société fermée européenne". På dansk vil det være mest nærliggende at tale om et "europæisk anpartsselskab". Rapporten, der er udarbejdet af CREDA,¹ består af to dele. I den første del redegøres for de juridiske og økonomiske grunde, der taler for at skabe en ny fælleseuropæisk selskabsform, som er skræddersyet til små og mellemstore virksomheder. I rapportens anden del redegør en række selskabsretseksperter fra hhv. Storbritannien, Holland, Tyskland og Frankrig for deres nationale erfaringer med anpartsselskaber, og de fremkommer med synspunkter vedrørende de problemer, der er forbundet med at indføre et europæisk anpartsselskab. Endelig sluttet rapporten af med CREDA's sammenfatning og konklusion.

Det skal allerede her afsløres, at rapportens hovedkonklusion er, at det vil være gavnligt for europæisk erhvervsliv, hvis der skabes en ny fælles europæisk selskabsform med henblik på at lette små og mellemstore virksomheders adgang til det indre marked. Det konkluderes endvidere, at den bedste fremgangsmåde vil være vedtagelse af en forordning om et europæiske anpartsselskab. Det fremgår af de deltagende selskabsretseksperter redegørelser, at der fortsat består uenighed mellem de enkelte lande på visse punkter. Denne uenighed er imidlertid ikke større, end at det vil være muligt at opnå enighed

¹⁾ Se: Commission Européenne: "Propositions pour une société fermée européenne" (1997), udarbejdet af Centre de recherche sur le droit des affaires (CREDA), der er en del af Industriens handelskammer i Paris. Rapporten vil i det følgende blive betegnet som "CREDA-rapporten".

om de grundlæggende principper for en forordning om det europæiske anpartsselskab.²

Der gives imidlertid ikke i rapporten et nøglefærdigt forslag til en sådan forordning. Rapporten er ment som et diskussionsoplæg, hvis formål er at forberede det arbejde, som inden for en overskuelig fremtid skal munde ud i et udkast til en forordning vedrørende et europæisk anpartsselskab. Det er væsentligt at understrege, at den nye selskabsform ikke er tænkt som afløser for de eksisterende nationale anpartsselskaber. Det europæiske anpartsselskab skal supplere disse som et alternativ for de små og mellemstore virksomheder, der ønsker at etablere sig i en fremmed stat inden for rammerne af det indre marked.

Formålet med denne artikel er dels at redegøre for rapportens resultater, og dels at forsøge at give et overblik over nogle af de selskabsretlige konsekvenser af tankerne om et europæisk anpartsselskab set fra et dansk perspektiv. Et forslag til en forordning vedrørende et europæisk anpartsselskab rejser en række selskabsretlige problemer, der er af overvejende teknisk karakter. Dette gælder således eksempelvis spørgsmål vedrørende stiftelse og registrering af sådanne selskaber, mindstekrav til selskabskapitalen samt spørgsmålet om, hvilken koncernret, der skal gælde for sådanne selskaber. Disse mere tekniske problemer vil blive behandlet nedenfor i afsnit 3.

Det problem, der navnlig har blokeret for videre fremskridt i arbejdet med selskabsretten inden for EU, er spørgsmålet omkring medarbejdernes adgang til at være repræsenteret i selskabets ledelse. Dette problem må nødvendigvis løses forinden en forordning om et europæisk anpartsselskab kan vedtages, jvf. nærmere nedenfor afsnit 4. Endelig rejser forslaget om et fælleseuropæisk anpartsselskab en række principielle problemer vedrørende et sådant selskabs nationale tilhørsforhold og muligheden for at skifte nationalitet, jvf. nedenfor afsnit 5. Navnlig bliver det vigtigt at fastlægge, hvilke nationale selskabsretlige principper, der skal finde anvendelse i situationer, hvor et selskabsretligt problem ikke er reguleret i en kommende forordning.

Spørgsmålet omkring beskatning af europæiske anpartsselskabers indkomst og formue giver anledning til en række vanskelige problemer, men der vil ikke

²⁾ Jvf. CREDA-Rapporten, (1997), afsnit 296, hvor det konkluderes, at: *"Toutefois, face à la problématique d'une société fermée européenne, le tronc commun à toutes les propositions s'est avéré important et, sur cette base, se sont révélés des priorités, des accents toniques, plus que des contradictions formelles qui décourageraient la recherche d'une solution commune"*.

på dette sted blive gået nærmere ind på de skatteretlige aspekter af et eventuelt kommende europæisk anpartsselskab.³

1.2. Overblik over udviklingen i europæisk selskabsret

Ideen om at skabe et europæisk anpartsselskab må nødvendigvis ses i sammenhæng med den udvikling af selskabsretten, der siden tresserne har fundet sted inden for rammerne af EU.

I slutningen af halvtredserne fremlagde hollænderens Sanders for første gang ideen om at skabe en ny fælleseuropæisk selskabsform. Efter nogle års debat fremlagde Sanders i 1966 på vegne af Kommissionen et foreløbigt udkast til en forordning vedrørende det europæiske aktieselskab kaldet "Societas Europaea" eller blot SE. Det var tanken at skabe en ny supranational selskabsform, som alene var reguleret i fællesskabsretten.⁴ Det første egentlige udkast til en forordning om SE blev fremlagt i 1970.⁵ Der var tale om en forordning, som regulerede alle selskabsretlige aspekter af SE og som i omfang nærmest svarede til en egentlig aktieselskabslov. I 1975 blev et modificeret udkast til en forordning fremlagt.⁶ Eftersom de to første forordningsudkast indeholdt vidtgående forslag vedrørende reglerne om ledelsesorganernes organisation, medarbejdernes ret til repræsentation i selskabets ledelse samt regler vedrørende materiel koncernret, blev forslaget ikke vedtaget.⁷

På baggrund af den megen kritik, som de to første udkast blev mødt med, udarbejdede Kommissionen to nye udkast til en SE-forordning i hhv. 1989 og 1991.⁸ Ambitionsniveauet er nu dalet væsentligt, idet de fleste af bestemmel-

³⁾ Tilsvarende problemer vil gøre sig gældende, såfremt udkastet til 14. direktiv vedrørende selskabers mulighed for at skifte nationalitet vedtages, jvf. nedenfor note 17. Disse problemer må løses inden for skatteretten, eventuelt under anvendelse af de skatteregler, der gælder ved internationale fusioner, jvf. Bemærkningerne til 14. direktiv, s. 9 og direktiv 90/434 vedrørende den skattemæssige behandling af grænseoverskridende fusioner, der imidlertid ikke er mulige i selskabsretlig henseende, før end udkastet til 10. direktiv vedrørende grænseoverskridende fusioner bliver vedtaget.

⁴⁾ Se "Vorentwurf eines Statuts für eine europäische Aktiengesellschaft", af Pieter Sanders, december 1966.

⁵⁾ Se EFT C Nr. 124 af 10.10.1970, s. 1 ff.

⁶⁾ Jvf. Dok. KOM (75), 150.

⁷⁾ Jvf. Lutter, *Europäisches Unternehmensrecht*, (4.Aufl.1996), s. 715f og om de koncernretlige aspekter Søren Friis Hansen, *Europæisk koncernret* (1996), s. 243f og s. 249f.

⁸⁾ Se EFT C 263 af 16.10.1989, s. 41 ff og EFT C Nr. 176 af 8.7.1991, s. 1 ff.

serne i udkastet nu består af henvisninger til national aktieselskabsret.⁹ Ej heller disse forslag har hidtil kunnet samle den fornødne opbakning. Ved siden af arbejdet med det europæiske aktieselskab har Kommissionen udarbejdet udkast til forordninger vedrørende europæiske foreninger og europæiske andelsselskaber,¹⁰ men disse forslag er ikke blevet fulgt op. Det eneste eksempel på egentlig fælleseuropæisk selskabsret udgøres således i dag af forordningen om Europæiske Økonomiske Firmagrupper (EØFG), der er en slags grænseoverskridende interessentskab efter fransk forbillede.¹¹

Medens arbejdet med det europæiske aktieselskab således hidtil ikke har ført til noget resultat, er det lykkedes at harmonisere en stor del af de nationale regler, der gælder for aktieselskaber gennem vedtagelsen af en række selskabsretlige direktiver. Det første direktiv på selskabsrettens område blev vedtaget i 1968, og siden er en række andre kommet til. En betydelig del af den nationale aktieselskabsret i de 15 medlemsstater og i EØS-landene er således i dag baseret på et fælleseuropæisk fundament.

På en række områder er det videre arbejde med harmoniseringen af selskabsretten stødt på voldsom national modstand. Navnlig uenighed vedrørende reglerne om medarbejderrepræsentation har blokeret for vedtagelse af en del af de fremlagte forslag, herunder en række direktiver. Det drejer sig om det femte direktiv vedrørende aktieselskabers struktur,¹² det niende direktiv vedrørende materiel koncernret¹³ samt det tiende direktiv vedrørende internationale fusioner.¹⁴ Siden vedtagelsen af det ellefte og det tolvte direktiv i 1989¹⁵ har udviklingen af den europæiske selskabsret således været gået i stå. EU-kommissionen har fremlagt reviderede udkast til de ikke-vedtagne forslag,

⁹⁾ Jvf. hertil eksempelvis CREDA-Rapporten, afsnit 38, og afsnit 39, hvor det hedder, at *"la projet a été progressivement banalisé et finalement vidé de substance par l'harmonisation des droits nationaux"*. Se nærmere om de fremsatte udkast til en forordning om det europæiske aktieselskab hos Werlauff, Europæisk selskabsret (2.udg.1992), s. 72 ff, Søren Friis Hansen, Europæisk koncernret (1996), s. 243 ff samt Lutter, Europäisches Unternehmensrecht (4.Aufl.1996), s. 715 ff.

¹⁰⁾ Jvf. hhv. EFT C Nr. 99 af 21.4.1992, s. 1 ff. og s. 17 ff.

¹¹⁾ Jvf. Forordning Nr 2137/85. Se nærmere herom hos Werlauff, Europæisk selskabsret, (2.udg.1992), s. 55 ff.

¹²⁾ Jvf. det seneste udkast til det 5. direktiv, gengivet i EFT C, Nr. 321 af 12.12. 1991, s. 9ff.

¹³⁾ Det seneste foreløbige udkast til det 9. direktiv vedrørende materiel koncernret er gengivet hos Prehn og Lau Hansen, Regelsamling i europæisk selskabsret (1994), s. 164 ff og kommenteret hos Søren Friis Hansen, Europæisk koncernret, (1996), s. 269 ff.

¹⁴⁾ Se endelig udkastet til 10. direktiv vedrørende grænseoverskridende fusioner, EFT C, Nr. 23 af 25.1.1985, s. 11 ff.

¹⁵⁾ Jvf. direktiverne nr. 89/666 og 89/667.

men det har ikke været muligt at opnå den fornødne tilslutning til nogen af disse.

Det synes imidlertid som om, at der ved udgangen af halvfemserne på ny er ved at komme gang i udviklingen af den europæiske selskabsret. I efteråret 1997 fremlagdes foruden CREDA-Rapporten om det europæiske anpartsselskab, et nyt udkast til trettende direktiv vedrørende Takeover Bids.¹⁶ I foråret 1998 har Kommissionen fremlagt et foreløbigt udkast til et fjortende selskabsretligt direktiv vedrørende selskabers mulighed for at skifte nationalitet.¹⁷ Kommissionen har i 1998 atter taget spørgsmålet omkring det europæiske aktieselskab op til overvejelse.¹⁸ Det er en absolut forudsætning for, at der kan komme gang i den videre udvikling af den europæiske selskabsret, at der findes en løsning på spørgsmålet omkring medarbejderrepræsentation. Dette er erkendt af Kommissionen, og der synes på det seneste at være gjort visse fremskridt på dette felt.¹⁹

Et biprodukt af harmoniseringsprocessen inden for selskabsretten i EU er, at der i dag i alle EU lande findes den tysk inspirerede opdeling af kapitalsselskaberne i to typer, som på dansk betegnes som hhv. aktieselskaber og anpartsselskaber. I Danmark indførte vi netop anpartsselskabet i forbindelse med vores indtræden i EF i 1973.²⁰ De vedtagne selskabsretlige direktiver har haft betydning for anpartsselskaber i visse relationer, herunder navnlig regnskabsreglerne i hhv. 4. og 7. direktiver. På andre områder gælder EU-direktiverne alene for aktieselskaber. Det mest markante eksempel herpå er, at det andet selskabsretlige direktiv²¹ ikke gælder for anpartsselskaber, hvilket er årsagen til, at det i Storbritannien er muligt at stifte et anpartsselskab med en kapital

¹⁶⁾ Se om det seneste udkast til trettende direktiv fra november 1997 hos Nis Jul Clausen & Karsten Engsig Sørensen, *Takeover Bids*, (1998).

¹⁷⁾ Se "Vorentwurf der EU einer 14. Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat mit Wechsel des für die Gesellschaft maßgebenden Rechts". Det første udkast er gengivet i ZIP 1997, s. 1721 ff. Et senere udkast findes i dokument XV/D2/6002/97, Rev.1. af 11.11 1997. Se nærmere om direktivudkastet hos Mette Neville & Karsten Engsig Sørensen, *Nordisk Tidsskrift for Selskabsret*, Nr.1, 1999. Spørgsmålet omkring det europæiske anpartsselskabs nationalitet og muligheden for at skifte nationalitet er behandlet nedenfor i afsnit 5.1.

¹⁸⁾ Jvf. hertil bl.a. Hopt, ZIP 1998, s. 98.

¹⁹⁾ Jvf. nærmere om Davignon-Rapporten nedenfor afsnit 4.2.

²⁰⁾ Se nærmere Søren Friis Hansen, *Anpartsselskaber efter loven af 1996* (1998), s. 24 ff med henvisninger.

²¹⁾ Direktiv 77/191 kaldet kapitaldirektivet. Direktivet fastsætter bl.a. et mindstekrav til størrelsen af aktieselskabers aktiekapital.

på blot et pund.²² Når aktieselskaberne hidtil har stået i fokus i EU-selskabsretten skyldes dette, at disse traditionelt har været anset som hovedaktørerne i grænseoverskridende aktivitet inden for EU.²³

Allerede i begyndelsen af halvfjerdserne opstod tanken om et europæisk anpartsselskab som et redskab, der skulle give de små og mellemstore virksomheder lettere adgang til det fælles marked.²⁴ Der blev dog aldrig udarbejdet et egentligt udkast til en forordning vedrørende et sådant selskab. Det synes imidlertid som om der i de seneste år er opstået en stigende forståelse for den betydning, de små og mellemstore virksomheder har for det europæiske erhvervsliv.²⁵ Således beskæftiger disse virksomheder eksempelvis ca. 70% af den erhvervsaktive befolkning, og de står for ca. 70% af erhvervslivets bruttoomsætning.²⁶ Den stigende interesse for de små og mellemstore virksomheder er senest kommet til udtryk i Rådets tredje program for små og mellemstore virksomheder (SMV) i den europæiske union.²⁷ I de fleste medlemslande er aktieselskabsformen forbeholdt meget store virksomheder. Små og mellemstore virksomheder er derimod ofte organiseret som anpartsselskaber.

1.3. Anpartsselskabet og dets placering i det selskabsretlige univers

Aktieselskabet opstod i begyndelsen af det nittende århundrede som en juridisk ramme omkring de store virksomheder, der blomstrede op under den industrielle revolution. Et af de bærende grundprincipper i aktieselskabets retlige konstruktion, som består uændret den dag i dag, er den begrænsede hæftelse. Herved forstås, at selskabsdeltagerne, såfremt selskabet er blevet gyldigt stiftet,

²²⁾ Se nærmere om de regler, der gælder vedrørende legal capital i engelske anpartsselskaber hos Davies, *Die Aktiengesellschaft* 1998, s. 346 ff.

²³⁾ Se hertil eksempelvis Hopt, ZIP 1998, s. 103.

²⁴⁾ Forskningsinstituttet CREDA (se ovenfor note 1) publicerede i 1973 en rapport med titlen "Pour une SARL européenne".

²⁵⁾ Jvf. bl.a. Mette Neville i *Selskabers Organisation* (1997), s. 26f, Hopt, ZIP 1998, s. 100, Hommelhoff, WM 1997, s. 2103, CREDA-Rapporten (1997), afsnit 42, samt Davies i Gower's *Principles of Modern Company Law* (6th Ed.1997), s. 59.

²⁶⁾ Jvf. CREDA-Rapporten afsnit 85 med note 19.

²⁷⁾ Jvf. EFT L 1997 Nr. 6 s. 25 ff. Det hedder i artikel 2 litra 1), at målet for det opstillede program bl.a. skal være: "*at forenkle og forbedre de administrative og lovgivningsmæssige betingelser for virksomhederne*", herunder "- *at forbedre SMV'ers vilkår i forbindelse med grænseoverskridende transaktioner*".

ikke hæfter for gæld, som påhviler selskabet.²⁸ Henimod slutningen af atten-hundredetallet så man i Tyskland behov for at skabe en ny selskabsform, der passede bedre til de mange nye små og mellemstore virksomheder. Man ønskede at bevare princippet om begrænset hæftelse for selskabsdeltagerne, men sigtede navnlig mod mindre omfattende og mere smidige regler.²⁹ I 1892 blev der således vedtaget en særlig lov om anpartsselskaber, der med enkelte ændringer fortsat er gældende ret i Tyskland.³⁰ Senere spredte ideen sig til andre lande, og i dag kendes opdelingen i selskabsretten mellem aktieselskaber og anpartsselskaber i samtlige EUs medlemslande.

Medens aktieselskabsretten i EU-landene som anført er baseret på et fælles fundament, består der store indbyrdes forskelle mellem de selskabsretlige regler, der gælder for anpartsselskaber. Arbejdet med den omfattende reform af den danske anpartsselskabslov fra 1996 er således gennemført som et rent dansk anliggende.³¹ I Norge har man gennemført en tilsvarende nationalt baseret reform, idet man har indført opdelingen mellem aktie- og anpartsselskaber med virkning fra 1. januar 1999.³² Den retsenhed, der tidligere bestod mellem de nordiske landes selskabsretlige lovgivning er således nu blevet væsentligt indskrænket.³³

På trods af de nationale forskelle består der en række fælles karakteristika ved anpartsselskabet i alle de lande, der kender denne selskabsform. Den begrænsede hæftelse, der opstod i forbindelse med aktieselskaberne er overført til anpartsselskabet. Et anpartsselskab kan ikke udbyde sine anparter til offentligheden, og så meget mindre blive noteret på en fondsbørs. Bortset fra visse grundlæggende regler til beskyttelse af selskabets kreditorer og anparthavere, er der givet anparthaverne frihed til at fastsætte regler om ledelse, afholdelse

²⁸⁾ Se om den begrænsede hæftelse i selskabsforhold eksempelvis Krister Moberg, *Moderbolags ansvar for dotterbolags skulder*, (1998), s. 24 ff.

²⁹⁾ Jvf. om den historiske baggrund for vedtagelsen af den tyske GmbHG, Curt Fischer, *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, (1948), s. 2f og Immenga, *Die personalistische Kapitalgesellschaft*, (1970), s. 63 ff.

³⁰⁾ Jvf. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, vom 20. April 1892.

³¹⁾ Se om den danske reform af Anpartsselskabsloven hos Paul Krüger Andersen i *Selskabers organisation* (1997), s. 9 ff, Mette Neville, R&R 1996, nr.5, s. 17f samt Søren Friis Hansen, *Anpartsselskaber efter loven af 1996* (1998), s. 33 ff.

³²⁾ Se Lov om aksjeselskaper (svarende til vores anpartsselskaber) og lov om allmennaksjeselskaper (svarende til vores aktieselskaber), hhv. Lov nr. 44 av 13.juni 1997 og Lov nr. 45 av 13.juni 1997. Begge love sættes i kraft den 1.januar 1999 i henhold til Res. nr. 616 av 17.juli 1998. Se om de norske love NOU 1996: 3 og Ot prp nr 23 (1996-97).

³³⁾ Se kritisk hertil Søren Friis Hansen, *Juridisk Institut, Julebog 1996*, s. 135f.

af generalforsamlinger og lignende. Lovreguleringen af anpartsselskaber er generelt mindre detaljeret end den tilsvarende aktieretlige lovgivning. Antallet af deklaratoriske bestemmelser er overalt større for anpartsselskaber, end det er tilfældet for aktieselskabers vedkommende.

Den traditionelle opfattelse af, at det udelukkende er aktieselskaber, der står for de grænseoverskridende aktiviteter på det indre marked er under afvikling. Inden for EU er de små og mellemstore virksomheder kommet stadigt stærkere i fokus. Netop det indre marked har medvirket til, at også små og mellemstore virksomheder nu ønsker at etablere sig på andre markeder end deres hjemmemarked.³⁴

Anpartsselskabets popularitet sammenlignet med aktieselskabets varierer fra land til land. Generelt kan det dog slås fast, at antallet af anpartsselskaber overalt overstiger antallet af aktieselskaber, hvis man ser bort fra Sverige, hvor opdelingen i to typer af kapitalselskaber først blev indført i 1995.³⁵ Dette billede kommer tydeligst til udtryk i Tyskland, hvor antallet af anpartsselskaber udgør ca. 660.000, medens der er registreret ca. 4.000 aktieselskaber. I Storbritannien er de tilsvarende tal ca. 1.000.000 private limited companies imod ca. 12.000 public limited companies, og i Danmark hhv. ca. 52.000 anpartsselskaber imod ca. 30.000 aktieselskaber.³⁶

I Tyskland og Frankrig har man erkendt, at de mange præceptive regler der gælder for aktieselskaber, har medført, at aktieselskabernes antal har været vigende sammenlignet med anpartsselskaber. Man har derfor forsøgt at lempe nogle af de regler, der gælder for aktieselskaber, således at aktieselskabsformen gøres mere tilgængelig for små og mellemstore virksomheder. Således har man i Tyskland i 1994 vedtaget en lovændring med titlen "Deregulierung des Aktienrechts".³⁷ I Frankrig er man endda gået så vidt, at man har skabt en hel ny selskabsform, der systematisk placerer sig midt imellem aktieselskaber og anpartsselskaber.³⁸

³⁴⁾ Se eksempelvis Hommelhoff, WM 1997, s. 2102f.

³⁵⁾ Se herom bl.a. Carl Hemstrøm, Bolagens rättsliga ställning (3.uppl.1998), s. 70f.

³⁶⁾ CREDA-Rapporten indeholder på s. 222 ff en række oplysninger vedrørende de nationale regler, der gælder for anpartsselskaber, herunder antallet af hhv. aktie- og anpartsselskaber i hvert medlemsland. Se tillige Hommelhoff, i Roth (Hrsg.), Das System der Kapitalgesellschaften im Umbruch (1989), s. 27 ff.

³⁷⁾ Se nærmere Spindler, AG 1998, s. 53 ff og Siebert, ZIP 1994, s. 247f.

³⁸⁾ Se om "Société par Actions Simplifiée (SAS)" hos Yves Guyon, ZHR 1994, s. 551 ff og Mette Neville, R&R 1996, nr.5, s. 22.

2. Form og hjemmelsspørgsmål

På trods af harmoniseringen af dele af aktieselskabsretten eksisterer fortsat store forskelle mellem de selskabsretlige reguleringer, der gælder i de enkelte medlemslande. Disse forskelle vil kunne virke hæmmende på små og mellemstore virksomheders muligheder for at etablere sig i andre stater inden for EU, og dermed på udviklingen af det indre marked.³⁹ Store virksomheder har ofte ressourcer til rådighed, der gør, at disse vanskeligheder lettere overvindes, medens små og mellemstore virksomheder ikke har de samme ressourcer til rådighed. Dette afspejler i størrelsen af de ressourcer, der er til rådighed til juridisk bistand. Novo Nordisk og Lego har mulighed for uden videre at købe højt kvalificeret juridisk rådgivning i ethvert land, hvor man ønsker at etablere sig. Sådanne muligheder består ikke i samme grad for små og mellemstore virksomheder, hvorfor EU-selskabsretten vil være af forholdsvis større betydning for de sidstnævnte.⁴⁰

De fleste erhvervsadvokater er fortrolige med deres hjemstats selskabslovgivning. De færreste juridiske rådgivere er på samme måde fortrolige med andre landes selskabsret. Ingen jurister er vel fortrolige med samtlige detaljer i alle 15 medlemsstaters selskabsret. For anpartsselskaber består der som anført endog store forskelle mellem de gældende nationale regler i de enkelte EU-medlemslande. Af denne grund var der bred enighed blandt bidragyderne til CREDA-rapporten om, at en harmonisering af de nationale regler for anpartsselskaber i EU ikke udgør et realistisk alternativ til vedtagelse af en forordning om et europæisk anpartsselskab.⁴¹

En yderligere fordel ved at skabe et europæisk anpartsselskab som et alternativ til de nationale anpartsselskaber er, at man derved undgår at tage stilling til anvendelse af subsidiaritetsprincippet, som det er fastslået i Trak-

³⁹⁾ Jvf. CREDA-Rapporten, afsnit 45, hvor det hedder: "*À vrai dire, ils ont plus de poids qu' alors: dans les paysage encombré et relativement mal connu des législations nationales des sociétés fermées des quinze États membres et en l'absence de tout programme alternatif possible, un statut européen indépendant peut accroître la sécurité juridique des associés et des tiers, offrir un droit d'accueil neutre à des opérations transnationales, qui permette d'éviter non seulement les problèmes de prestige mais aussi l'appréhension que peut inspirer l'adoption d'un droit des sociétés étranger, inhérents à de telles opérations*". Se dog Karsten Engsig Sørensen, Samarbejde mellem selskaber i EF, 1993, s.24f, der er mere skeptisk over for den gavnlige effekt af fælles regler og som påpeger, at en harmonisering af reglerne snarere vil være til fordel for virksomhedernes rådgivere, herunder advokater og revisorer.

⁴⁰⁾ Se hertil Werlauff, From a National Company Law Towards a "Federal" Enterprise Law (1995), s. 3f og Hopt, ZIP 1998, s. 103f.

⁴¹⁾ Jvf. CREDA-Rapporten, afsnit 279, og tillige Hommelhoff, WM 1997, s. 2102f.

tatens artikel 3b, stk.2.⁴² En forordning om et europæisk anpartsselskab griber ikke ind i de enkelte landes ret til at regulere anpartsselskaber, og de mange eksisterende anpartsselskaber, der ikke ønsker at gøre brug af de nye muligheder, kan køre uændret videre under de gældende velkendte nationale regler.⁴³ En yderligere fordel ved denne løsning er, at selskabernes juridiske rådgivere kun behøver at gøre sig fortrolige med et enkelt nyt selskabsretligt regelsæt.

Såfremt valget falder på en forordning vedrørende et europæisk anpartsselskab, opstår spørgsmålet, med hvilken hjemmel en sådan forordning skal vedtages. Der skal ikke tages nærmere stilling til spørgsmålet her, men blot bemærkes, at anvendelse af artikel 100A vel set fra en dansk synsvinkel ville være at foretrække frem for artikel 235.⁴⁴

3. Nogle selskabsretlige problemfelter

3.1. Hvem skal kunne gøre brug af det europæiske anpartsselskab?

Vedtagelse af en forordning vedrørende et europæisk anpartsselskab forudsætter, at der bliver taget stilling til en række problemer, der er af rent selskabsretlig karakter. Det følgende afsnit indeholder en beskrivelse af et udsnit af disse problemer.

Det bliver nødvendigt at tage stilling til, under hvilke omstændigheder, det skal være muligt at danne et europæisk anpartsselskab. En europæisk økonomisk firmagruppe må kun anvendes af to eller flere selskaber eller fysiske personer, der er etableret i flere forskellige medlemsstater, jvf. EØFG-forordningens artikel 4 stk.1 og stk.2. Firmagruppens virksomhed må kun omfatte dele af de deltagende virksomheders aktiviteter, jvf. nærmere Forordningens artikel 3. På tilsvarende måde er adgangen til at stifte et europæisk aktieselskab efter det seneste udkast til SE-forordningen forbeholdt eksisterende selskaber,

⁴²⁾ Som bliver til artikel 5 efter den nye nummerering. Se om subsidiaritetsprincippets betydning for selskabsretten hos Schön, ZGR 1995, s. 1 ff.

⁴³⁾ Jvf. hertil CREDA-Rapporten, afsnit 297.

⁴⁴⁾ Se dog Lutter, Die Aktiengesellschaft, 1990, s. 415, der stiller sig kritisk over for anvendelse af artikel 100A som hjemmel for en forordning om det europæiske aktieselskab. Se i øvrigt om hjemmelsspørgsmål hos Werlauff, EF-Selskabsret (2.udg.1992), s.38f samt om artikel 235's forhold til Grundlovens § 20, Ole Spiermann, Ufr 1998B, s. 330 ff.

der udøver virksomhed i flere forskellige medlemsstater, jvf. Forordningsudkastets artikel 2.⁴⁵

Der er blandt CREDA-Rapportens bidragydere enighed om, at muligheden for at stifte et europæisk anpartsselskab skal stå åben for enhver fysisk som juridisk person, og dette skal gælde uanset selskabsdeltagerne er hjemmehørende i et unionsland eller ej. Dannelse af et europæisk anpartsselskab skal kunne ske ved nystiftelse, ved omdannelse eller ved en fusion.⁴⁶ Hommelhoff fremfører imidlertid det synspunkt, at der bør stilles et krav om, at mindst en selskabsdeltager har en anden nationalitet end selskabet. Dette krav, der er tilsvarende gældende for europæiske økonomiske firmagrupper, begrundes med, at det europæiske anpartsselskab ellers ville komme til at konkurrere med de nationale anpartsselskaber.⁴⁷ Fra engelsk hold argumenterer Hicks og Drury derimod for, at adgangen til at danne et europæisk anpartsselskab gives helt fri.⁴⁸ Når der henses til de åbenlyse muligheder for at omgå eventuelle begrænsninger i adgangen til at danne et europæisk anpartsselskab,⁴⁹ forekommer det mest nærliggende at give alle virksomheder i Europa fri adgang til at benytte den nye selskabsform,⁵⁰ uden at der stilles et formelt krav om en grænseoverskridende aktivitet.

3.2. Stiftelse, registrering og årsregnskaber

For så vidt angår de selskabsretlige formalia vedrørende stiftelse af et europæisk anpartsselskab vil disse uden videre kunne hentes fra det første direktiv, der i forvejen gælder for både aktie- og anpartsselskaber. Rent praktisk må der tages stilling til, hvilket register, der skal stå for registreringen af europæiske anpartsselskaber. CREDA-Rapportens bidragydere er ikke enige på dette

⁴⁵⁾ Se nærmere Karsten Engsig Sørensen, Samarbejde mellem selskaber i EF, (1993), s. 309f.

⁴⁶⁾ Jvf. CREDA-Rapporten, afsnit 280.

⁴⁷⁾ Jvf. CREDA-Rapporten, note 216. Se tilsvarende Timmerman, afsnit 160.

⁴⁸⁾ Jvf. CREDA-Rapporten, afsnit 101 og 103.

⁴⁹⁾ Se vedrørende omgåelsesmulighederne i det seneste udkast til SE-statutten hos Karsten Engsig Sørensen, Samarbejde mellem selskaber i EF, (1993), s. 311.

⁵⁰⁾ Se dog udtalelse fra det Økonomiske og sociale udvalg vedrørende statut for det europæiske selskab (EFT C, Nr. 129, af 27.4 98), s. 1 ff, afsnit 3.1, hvor det hedder, at *"Skabelse af et europæisk selskab ved omdannelse bør være udelukket. Et europæisk selskab, som er resultatet af en virksomhedsfusion, risikerer imidlertid at unddrage sig de forpligtelser, som er forbundet med [medarbejdernes] medbestemmelse[n]"*.

punkt. Som alternativer foreslås, at der dannes et fælles europæisk register,⁵¹ at registreringerne overlades til de eksisterende nationale registre,⁵² eller at der oprettes to parallelle registre.⁵³ Det forekommer mest nærliggende at overlade registreringen til de eksisterende nationale registre, hvis procedurer er velkendte i de enkelte landes erhvervsliv. Under alle omstændigheder vil det via internettet være muligt, at der fra ethvert nationalt register gives adgang til at hente oplysninger fra alle øvrige nationale registre vedrørende europæiske anpartsselskaber.⁵⁴

Uanset hvilken registerløsning der vælges, vil selskabernes årsregnskaber skulle være tilgængelige hos registeret. Årsregnskabet vil skulle udarbejdes i overensstemmelse med de regnskabsregler, der gælder i det enkelte selskabs hjemland, og disse regler har fælles europæisk baggrund i hhv. det fjerde og det syvende direktiv. Der skal foretages en revision af årsregnskabet, men også på dette punkt findes allerede fælles regler gældende for anpartsselskaber i det 8. direktiv.

3.3. Mindstekrav til anpartskapitalen

Alle medlemslande stiller mindstekrav til størrelsen af anpartskapitalen, bortset fra Storbritannien og Irland. De enkelte landes mindstekrav varierer i dag fra 2.010 ECU i Portugal til 36.050 ECU i Østrig. Danmark ligger med et mindstekrav på 125.000 DKK svarende til 16.660 ECU⁵⁵ lidt over gennemsnittet på 12.232 ECU for de 13 lande der har et mindstekrav.⁵⁶ På trods af, at et krav om en mindstekapital ikke medfører fuldstændig sikkerhed for selskabets kreditorer, var der dog enighed om, at indføre et krav om en mindste anpartskapital, der skulle udgøre 25.000 ECU, svarende til mindstekravet for aktieselskaber i henhold til andet direktivs artikel 6, stk.1.⁵⁷ Dette krav blev

⁵¹⁾ Jvf. Hicks og Drury i CREDA-Rapporten, afsnit 106.

⁵²⁾ Jvf. Hommelhoff i CREDA-Rapporten, afsnit 219.

⁵³⁾ Jvf. Timmerman, CREDA-Rapporten, afsnit 161.

⁵⁴⁾ Jvf. CREDA-Rapporten, afsnit 288.

⁵⁵⁾ Mindstekravet til størrelsen af anpartskapitalen var et af de områder, der gav anledning til megen debat i forbindelse med den ny anpartsselskabslov, jvf. Søren Friis Hansen, Anpartsselskaber efter loven af 1996 (1998), s. 18f med henvisninger.

⁵⁶⁾ Tallene er baseret på de oplysninger, der er angivet i CREDA-Rapporten, s. 222 ff.

⁵⁷⁾ Jvf. CREDA-Rapporten, afsnit 283.

endog accepteret af Storbritanniens repræsentanter, der dog som alternativ foreslog, at et eventuelt mindstekrav blev fastsat under hensyn til det mindstekrav, der gælder i Tyskland på 50.000 DEM.⁵⁸

Som et supplement til et krav om mindstekapital er det nødvendigt at indføre visse regler til beskyttelse af kapitalen, herunder navnlig regler om vurdering af apportindskud. Disse regler vil med fordel kunne hentes fra det andet direktiv.

3.4. Koncernret

Det bliver nødvendigt at fastlægge, hvilken koncernret der skal gælde for kommende europæiske aktie- og anpartsselskaber. Det europæiske anpartsselskab skal både kunne bruges som datterselskab og som holdingselskab. Karakteristisk nok er det kun Hommelhoff, der beskæftiger sig med dette aspekt.⁵⁹

Ved den materielle koncernret forstås de retsregler som regulerer ledelseskompetence og ledelsesansvar i koncernen samt beskyttelsen af koncernfremmede minoritetsselskabsdeltagere og kreditorer.⁶⁰ Blandt EUs lande er det kun Tyskland, og til dels Portugal, hvor dele af den materielle koncernret er lovreguleret. Det foreløbige udkast til det niende direktiv indeholdt regler, der tog udgangspunkt i tysk ret, men det stødte på stor modstand. Der er ikke udsigt til, at det inden for en overskuelig fremtid vil være muligt at vedtage et direktiv om materiel koncernret, og det er derfor heller ikke realistisk, at en kommende forordning vil komme til at indeholde regler herom.

Reguleringen af den materielle koncernret, der skal gælde for europæiske anpartsselskaber, må derfor overlades til national ret. Dette betyder bl.a., at de særlige tyske koncernregler, der gælder for datterselskaber af GmbH-typen, vil finde anvendelse på nogle koncernforhold, som involverer europæiske anpartsselskaber. Dette gælder således utvivlsomt, hvor et tysk GmbH er datterselskab i forhold til et europæisk anpartsselskab med hjemsted i et andet medlemsland,⁶¹ og formentlig hvor et europæisk anpartsselskab med hjemsted

⁵⁸⁾ Jvf. Drury og Hicks i CREDA-Rapporten, afsnit 214.

⁵⁹⁾ Jvf. Hommelhoff, CREDA-Rapporten, afsnit 214.

⁶⁰⁾ Jvf. Søren Friis Hansen, Europæisk koncernret (1996), s. 30f.

⁶¹⁾ Tysk koncernret vil blive anvendt af tyske domstole, såfremt der er tale om et koncernforhold, hvor datterselskabet er tysk, jvf. Søren Friis Hansen, Europæisk Koncernret (1996), s. 186f, og senest udførligt Maul i Die Aktiengesellschaft, 1998, s. 404 ff.

i Tyskland er datterselskab i forhold til et moderselskab med hjemsted i et andet land.

De fleste medlemslande lader visse regler, der gælder for aktieselskaber, finde tilsvarende anvendelse på datterselskaber, jvf. således for dansk ret reglerne om egne aktier, jvf. ASL § 48, stk. 6.⁶²

Det bliver i forbindelse med en kommende forordning vedrørende et europæisk anpartsselskab nødvendigt at fastlægge en koncerndefinition og at tage stilling til, hvilke af de i forordningen fastsatte regler, der skal finde anvendelse på selskaber, der er hhv. moder og datterselskaber i forhold til et europæisk anpartsselskab.

4. Medarbejderrepræsentation

4.1. Medarbejderrepræsentation og dens rolle i europæisk selskabsret

Spørgsmålet omkring medarbejderrepræsentation har traditionelt været et af de emner inden for den europæiske selskabsret, der har givet anledning til mest debat.⁶³ Siden fremlæggelsen af de første udkast til en statut for det europæiske aktieselskab, der indeholdt regler om tvungen medarbejderrepræsentation efter tysk forbillede, har fronterne været trukket skarpt op. På den ene side har man fra tysk side insisteret på, at der for europæiske selskabers vedkommende skulle indføres regler om medarbejderrepræsentation, der mindst svarede til de tyske regler, og på den anden side har man i Storbritannien konsekvent nægtet at diskutere indførelse af sådanne regler. Denne strid kulminerede med vedtagelsen af direktivet vedrørende europæiske samarbejdsudvalg i koncerner. Direktivet gælder for alle medlemsstater bortset fra Storbritannien.⁶⁴

I forordningen om europæiske økonomiske firmagrupper er problemet omkring medarbejderrepræsentation blevet løst ved at begrænse adgangen til at anvende firmagrupper til virksomheder, der beskæftiger mindre end 500 ansatte.⁶⁵ Hermed kommer forordningen ikke i konflikt med de tyske regler på

⁶²⁾ De fleste af de koncernretlige regler udgik af den danske anpartsselskabslov i forbindelse med reformen i 1996, men de fleste af disse finder fortsat analog anvendelse, jvf. Søren Friis Hansen, *Anpartsselskaber efter loven af 1996* (1998), s. 172 ff.

⁶³⁾ Se eksempelvis Hopt, ZIP 1998, s. 100, Lutter, *Europäisches Unternehmensrecht* (4. Aufl. 1996), s. 59 samt for et engelsk perspektiv Davies i Gower's *Principles of Modern Company Law* (6th Ed. 1997), s. 63 ff.

⁶⁴⁾ Se om direktiv 94/45 vedrørende Europæiske samarbejdsudvalg hos Ruth Nielsen, *Lærebog i arbejdsret* (8. udg. 1998), s. 191f samt Lutter, *Europäisches Unternehmensrecht* (4. Aufl. 1996), s. 679f.

⁶⁵⁾ Jvf. Forordning nr. 2137/85 artikel 2, stk. 2, litra c.

området.⁶⁶ En tilsvarende løsning vil ikke være formålstjenlig for europæiske anpartsselskaber, idet der måtte indføres en pligt til at gennemføre en omdannelse, såfremt grænsen på 500 ansatte blev overskredet.

CREDA-Rapporten lægger op til en løsning,⁶⁷ hvor europæiske anpartsselskaber med mellem 500 og 2000 ansatte underlægges regler om medarbejderrepræsentation. Disse regler skal ikke nødvendigvis tage udgangspunkt i de tyske regler, men kunne hente inspiration i de regler, der gælder for europæiske samarbejdsudvalg. De mest vidtgående tyske regler om medarbejderrepræsentation træder i kraft, såfremt en virksomhed beskæftiger mere end 2000 ansatte. For at undgå konflikt med disse tyske regler insisterer Hommelhoff på, at det europæiske anpartsselskab kun skal kunne anvendes af virksomheder, der beskæftiger under 2000 ansatte.⁶⁸ Argumentet for at tillade en sådan begrænsning er, at en sådan regel kun vil få betydning for et fåtal af de eksisterende anpartsselskaber.⁶⁹ Fra engelsk side accepterer Drury og Hicks ikke umiddelbart, at en sådan løsningsmodel vil kunne anvendes på europæiske anpartsselskaber, men de afviser den heller ikke fuldstændigt.⁷⁰

For eksisterende selskaber, der lader sig omdanne til europæiske anpartsselskaber, foreslås det at indsætte en beskyttelsesklausul, der svarer til den, som er indeholdt i udkastet til 10. direktiv,⁷¹ således at en omdannelse af et nationalt anpartsselskab til et europæisk ditto kun tillades, hvis medarbejderne mindst er sikret samme ret til medindflydelse i det nye selskab, som

⁶⁶) De mindst vidtgående tyske regler vedrørende medarbejderrepræsentation træder i kraft for virksomheder med mere end 500 ansatte, jvf. hertil Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht (3.Aufl.1997) s. 489f.

⁶⁷) Se CREDA-Rapporten, afsnit 292.

⁶⁸) Jvf. CREDA-Rapporten, afsnit 213.

⁶⁹) Jvf. Hommelhoff, WM 1997, s. 2105.

⁷⁰) Jvf. CREDA-Rapporten, note 127. Se også rapportens konklusion afsnit 292, hvor det hedder,; *"Les contributeurs britanniques, qui estiment que cette question est extérieure au droit des sociétés, seraient prêts à accepter un système propre à la société fermée européenne qui n'impose pas aux entreprises une charge inutile. Ils manifestent leur réticence sur un plafonnement du nombre de salariés au-delà de deux mille, seuil du régime "renforce" de cogestion en Allemagne, à partir duquel une société fermée européenne devrait se transformer, comme c'est le cas actuellement pour le GEIE..."*

⁷¹) I udkastet til 10. direktiv vedrørende internationale fusioner (85/C 23/08), artikel 3, foreslås det, at en medlemsstat kan nægte et selskab adgang til at gennemføre en international fusion, såfremt de eksisterende betingelser for, at medarbejderne er repræsenteret i selskabets organer ikke længere er opfyldt.

de var i det gamle.⁷² Hvis der opnås enighed om en løsning på dette område for europæiske aktieselskaber, kunne det være en mulighed at indføre tilsvarende regler for europæiske anpartsselskaber. Der kunne eventuelt lægges op til visse lempelser for små og mellemstore virksomheder.⁷³

4.2. Davignon-rapporten⁷⁴

Nødvendigheden af at finde en løsning på spørgsmålet omkring medarbejderrepræsentation har ført til, at der for første gang i mange år synes at være ved at ske visse fremskridt på området. Kommissionen har fremlagt den såkaldte Davignon-rapport fra 1997. Davignon-Rapporten indeholder et udkast til regler om medarbejderrepræsentation, der skal gælde for kommende europæiske aktieselskaber. Da de store forskelle i de nationale regler på området gør en harmonisering umulig, forudses et system, der tager udgangspunkt i national ret. For europæiske aktieselskaber foreslås således en løsning, hvor der lægges op til, at der i visse situationer indføres præceptive regler, som sikrer medarbejdernes adgang til en vis medindflydelse på selskabets ledelse. Den praktiske gennemførelse af ordningen har visse lighedspunkter med den ordning som gælder for europæiske samarbejdsudvalg. Det skal primært overlades til medarbejderne og de enkelte selskaber at træffe aftale om, hvorledes medarbejdernes ret til medindflydelse bedst sikres i det enkelte selskab. Kun i tilfælde, hvor der ikke inden for en tidsfrist på tre måneder kan opnås enighed om en sådan aftale, træder et sæt præceptive regler i kraft. Disse præceptive regler skal tage udgangspunkt i de regler, der gælder for europæiske samarbejdsudvalg, men skal gå videre, idet der skal sikres medarbejderne ret til at udpege mindst to medlemmer af selskabets bestyrelse.⁷⁵

⁷²⁾ Jvf. CREDA-Rapporten, afsnit 275, 276 og 292.

⁷³⁾ Jvf. Det Økonomiske og sociale udvalgs udtalelse vedrørende statut for det europæiske selskab, (EFT C nr. 129 af 27.4. 1998), afsnit 3.9.

⁷⁴⁾ Se hertil Davignon-Rapporten vedrørende "European Systems of Worker Involvement" udarbejdet af en af Kommissionen nedsat arbejdsgruppe og offentliggjort i maj 1997. Rapporten er tilgængelig på adressen www.europa.eu.int/comm/dg15/company.

⁷⁵⁾ Se Det Økonomiske og sociale udvalgs udtalelse vedrørende statut for det europæiske selskab, EFT C, NR. 129 af 27.4 1998, s. 1 ff, hvor udvalget på en række punkter forholder sig kritisk til de løsninger, der er foreslået i Davignon-Rapporten.

4.3. Problemet omkring medarbejderrepræsentation i dansk perspektiv

Fra et dansk synspunkt forekommer det umiddelbart problematisk at acceptere regler om medarbejderrepræsentation, der først træder i kraft, når et selskab beskæftiger mere end 500 medarbejdere. De første regler om medarbejderrepræsentation blev indført i dansk ret med selskabslovene af 1973. Grænsen for, hvornår der skulle være ret til, at medarbejderne kunne vælge medlemmer til selskabets bestyrelse, var dengang sat ved 50 medarbejdere. Ved lov nr. 401 af 10. juni 1987 blev grænsen nedsat til 35 medarbejdere, jvf. således de nugældende ASL § 49, stk. 2 og ApSL § 22, stk. 2.

Argumentet mod en løsning, hvor medarbejderne kun har ret til repræsentation i selskabets ledelse, hvis der er mere end 500 ansatte i virksomheden, er naturligvis, at man fra dansk side ville kunne frygte, at en stor del af de eksisterende danske anpartsselskaber ville vælge at lade sig omdanne til europæiske anpartsselskaber med henblik på at udelukke medarbejderne fra retten til at vælge repræsentanter til selskabets bestyrelse. Dette argument svækkes imidlertid på afgørende punkter. En stor del af de eksisterende danske anpartsselskaber har under 35 ansatte og har derfor intet behov for at omgå de eksisterende danske regler. For de anpartsselskaber med mere end 35 ansatte eksisterer der allerede en fuldt lovlig form for omgåelse af reglerne omkring medarbejderrepræsentation. Hvis man eksempelvis organiserer sin virksomhed som en koncern, hvor produktionsvirksomheden er et anpartsselskab, medens modervirksomheden er et kommanditselskab, falder denne konstruktion uden for de gældende danske regler om koncernrepræsentation.⁷⁶ De danske regler står på dette punkt i modsætning til, hvad der gælder i de øvrige nordiske lande.

En anden lovlig mulighed for at undgå medarbejderrepræsentation vil blive tilgængelig for danske selskaber, hvis den sag, der verserer ved EU-domstolen mellem Centros Limited og Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, bliver afgjort i henhold til generaladvokatens udtalelse.⁷⁷ Sagen vedrører spørgsmålet, om Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan nægte at registrere en filial af et engelsk private limited company med den begrundelse, at selskabet alene driver virksomhed i Danmark, og at der er tale om et forsøg på omgåelse af kapitalkravet i den danske anpartsselskabslov.⁷⁸ Generaladvokaten afviser i sit forslag til

⁷⁶⁾ Jvf. kritisk hertil Ruth Nielsen, *Koncernarbejdsret* (1991), s. 16 og Søren Friis Hansen, *Europæisk koncernret* (1996), s. 378 og 383.

⁷⁷⁾ Jvf. Sag C-212/97 vedrørende en anmodning fra den danske højesteret om en præjudiciel afgørelse, og Generaladvokatens forslag til afgørelse af 16. juli 1998.

⁷⁸⁾ Se nærmere om problemstillingen hos Werlauff, *Koncernretten* (1996), s. 80 ff.

afgørelse de danske argumenter for at nægte registrering. Det anføres således, at et selskab skal have ret til at udnytte forskelle i de nationale retssystemer.⁷⁹

Generaladvokaten gør i sit forslag til afgørelse rede for, hvilke hensyn, der vil kunne begrunde, at et selskabs sekundære etablering i en medlemsstat undergives de samme betingelser, som stilles ved en primær etablering. Der skal være tale om en afgørelse, som er begrundet i hensynet til den offentlige orden, jvf. TEU artikel 56, stk. 1, og som i øvrigt er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.⁸⁰

Der forventes dom i sagen i begyndelsen af 1999. Hvis EU-domstolen træffer afgørelse i overensstemmelse med generaladvokatens forslag, vil det forhold, at et selskab stiftes i England af danske statsborgere for derefter at etablere sig med en filial i Danmark med henblik på at undgå de danske regler om medarbejderrepræsentation i bestyrelsen, næppe være tilstrækkeligt til at afvise registrering af det engelske selskabs filial i Danmark. Tilsvarende gør sig gældende, hvis det fjortende direktiv vedrørende mulighed for at skifte et selskabs nationalitet bliver vedtaget.

Samlet set må det konkluderes, at Danmarks interesser vedrørende spørgsmålet omkring medarbejderrepræsentation ikke bliver svækket i alvorlig grad af et udkast til en forordning om europæiske anpartsselskaber, der indeholder regler herom som anført ovenfor. Dette gælder navnlig, såfremt der indføres en beskyttelsesklausul i tilfælde af omdannelse af eksisterende danske anpartsselskaber til europæiske anpartsselskaber. Politisk vil Danmarks muligheder for at blokere for vedtagelsen af en forordning om europæiske anpartsselskaber være særdeles begrænsede, hvis Storbritannien accepterer et udkast til en forordning, der indeholder regler som anført.

5. Selskabets nationalitet

5.1. Fastlæggelse af selskabets nationalitet

På trods af, at et kommende europæisk anpartsselskab vil være en ny supranational selskabsform, bliver det fortsat nødvendigt, at der ved stiftelsen tages stilling til selskabets nationalitet. Dette har i selskabsretlig henseende betydning ved fastlæggelsen af den subsidiære selskabsret, jvf. nedenfor afsnit

⁷⁹⁾ Jvf. udkast til afgørelse af 16. juli 1998, s. I - 21, hvor det hedder, at *"I mangel af en fællesskabsretlig harmonisering må konkurrencen mellem medlemsstaternes retssystemer ("competition among rules") derfor have frit spil, også på selskabsrettens område"*.

⁸⁰⁾ Som eksempler på hensyn, der vil kunne begrunde en forskelsbehandling nævnes *"at det vedtægtsmæssige formål eller den virksomhed, som det udenlandske selskab udøver, kan bringe den offentlige orden i fare"*, jvf. forslag til afgørelse, s. I - 23.

5.2. En lang række retsregler, der ligger uden for selskabsretten, gælder for selskaber. Den overvejende del af disse udspringer af national ret.⁸¹ Af hensyn til anvendelsen af disse regler, er det nødvendigt at fastslå et europæisk anpartsselskabs nationalitet.⁸²

I selskabsretlig henseende løses spørgsmålet vedrørende fastlæggelse af selskabers nationalitet af to indbyrdes konkurrerende teorier.⁸³ Efter inkorporationsteorien er det afgørende, efter hvilket lands regler, selskabet er stiftet. Hovedsædeteorien lægger derimod vægt på, i hvilket land selskabets hovedsæde befinder sig. Kampen mellem de to teorier har stået på i mange år. Det er ikke tanken, at der med et udkast til en forordning om et europæisk anpartsselskab skal træffes et valg mellem hovedsædeteorien og inkorporationsteorien. Timmerman foreslår som en løsning på problemet, at et europæisk anpartsselskab nægtes tilladelse til at lade sig registrere i et medlemsland, medmindre dets faktiske hovedsæde befinder sig i samme land.⁸⁴

Efter gældende ret er det ikke muligt for eksisterende aktie- og anpartsselskaber at skifte nationalitet inden for rammerne af EU. Dette følger af Daily-Mail afgørelsen fra EU-domstolen.⁸⁵ For Europæiske Økonomiske Firmagrupper er det muligt at skifte hjemsted, jvf. EØFG-Forordningens artikler 13 og 14. Det nyligt fremlagte udkast til 14. direktiv⁸⁶ har netop til formål at give aktie og anpartsselskaber en tilsvarende mulighed for at skifte nationalitet. Der er bred enighed om, at en tilsvarende mulighed for nationalitetsskifte skal være hjemlet i en forordning om det europæiske anpartsselskab.⁸⁷

⁸¹⁾ Jvf. CREDA-Rapporten, afsnit 280.

⁸²⁾ Se CREDA-Rapporten, afsnit 291 vedrørende spørgsmålet om værneting.

⁸³⁾ Se nærmere om aktieselskabers tilknytning hos Mette Neville, Juristen 1997, s. 145 ff.

⁸⁴⁾ Jvf. CREDA-Rapporten, afsnit 156, hvor det hedder: "*Je ne pense pas qu'il soit réaliste d'envisager que les pays qui adoptent la conception du siège réel acceptant une autre solution. Il découle de cette approche qu'une société fermée européenne ne pourra demander à être immatriculée dans un autre État membre que si elle y transfère également son siège social*".

⁸⁵⁾ Jvf. EU-domstolens afgørelse, 81/87. Sagen er omtalt hos Werlauff, EF-Selskabsret, (2.udg.1992), s. 21f, Mette Neville, Juristen 1997, s. 166f.

⁸⁶⁾ Jvf. ovenfor note 17.

⁸⁷⁾ Jvf. Hicks og Drury i CREDA-Rapporten, afsnit 94 og rapportens konklusion, afsnit 288.

5.2. Subsidiær selskabsret

Et vanskeligt problem, der vil opstå i forbindelse med et europæisk anpartsselskab, vedrører spørgsmålet omkring den subsidiære selskabsret, hvorved forstås de selskabsretlige grundprincipper, der skal finde anvendelse, hvor et problem ikke er reguleret i forordningen. Et selskabsretligt regelsæt kan ikke tage højde for alle tænkelige problemer. Uanset hvor detaljeret den kommende forordning om et europæisk aktieselskab bliver, vil der på et tidspunkt opstå et selskabsretligt problem, hvis løsning ikke kan findes i forordningen. Spørgsmålet bliver da, hvilke af de forskellige nationale selskabsretlige reguleringer, der skal finde anvendelse ved en løsning af problemet. En af de afgørende fordele ved et europæisk selskab er, at det netop skal afskaffe den usikkerhed, der opstår som en følge af forskelle mellem de nationale selskabsretlige regler. Den udbredte anvendelse af renvoi-bestemmelser er derfor en af de afgørende svagheder ved det seneste udkast til en SE-forordning.⁸⁸

Problemet kan illustreres ved at sammenligne den nye danske anpartsselskabslov fra 1996 med den tilsvarende norske lov fra 1997. Medens den danske lov i "forenklingens" navn er skåret ned til 83 paragraffer består den norske lov af i alt 271 paragraffer, hvoraf en meget stor del er deklatoriske. Ved anvendelsen af den danske lov er man således i vidt omfang nødsaget til at lukke de huller, der er opstået som en følge af den nye anpartsselskabslov, gennem analog anvendelse af de for aktieselskaber gældende regler.⁸⁹ Den hollandske bidragsyder Timmerman argumenterer for, at det i vidt omfang overlades til national ret at regulere de selskabsretlige problemer, der ikke er dækket af en forordning,⁹⁰ men han står på dette punkt alene.

For så vidt angår regler om erstatnings- og strafansvar for medlemmer af selskabets ledelse og anpartshavere var der enighed blandt rapportens bidragsydere om, at de vidt forskellige nationale regler på disse områder gør det nødvendigt, at der henvises til national ret vedrørende sådanne spørgsmål.⁹¹

En mulighed for at mindske behovet for at gribe tilbage til national selskabsret er, at der som et bilag til en kommende forordning udarbejdes et sæt standardvedtægter for et europæisk anpartsselskab efter forbillede fra det

⁸⁸) Se nærmere Karsten Engsig Sørensen, Samarbejde mellem selskaber i EF, (1993), s. 318f.

⁸⁹) Se nærmere Søren Friis Hansen, Anpartsselskaber efter loven af 1996 (1998), s. 28f med henvisninger.

⁹⁰) Se CREDA-Rapporten, afsnit 157.

⁹¹) Jvf. CREDA-Rapporten, afsnit 290.

engelske Table A.⁹² Hvis et engelsk selskab ikke udarbejder et selvstændigt sæt articles of association, træder et sæt præfabrikerede standardvedtægter automatisk i kraft for selskabet, jvf. Companies Act 1985, s. 8.⁹³

Det er næppe muligt at lave et regelsæt, der løser alle selskabsretlige problemer. Hvis det imidlertid bliver nødvendigt at anvende national selskabsret i væsentligt omfang, vil det europæiske anpartsselskab miste den væsentligste fordel, som er indbygget i en supranational selskabsform.⁹⁴ Den bedste løsning vil efter min opfattelse derfor være, at en forordning om det europæiske anpartsselskab bliver forholdsvis detaljeret, og at bestemmelserne i meget vidt omfang er deklaratoriske. Forordningen kan eventuelt suppleres med et sæt standard-vedtægter efter engelsk forbillede. Herved undgår man i videst muligt omfang at anvende nationale selskabsretlige principper. Den "norske model" til regulering af anpartsselskaber vil således være at foretrække fremfor den "danske model", når en forordning om det europæiske anpartsselskab skal udarbejdes.⁹⁵

6. Sammenfatning

6.1. Det europæiske anpartsselskabs karakteristika

Anpartsselskabet har hidtil som anført kun i meget begrænset omfang været genstand for harmonisering inden for EU. Der består store forskelle mellem den anpartsselskabsret, der gælder i de enkelte medlemsstater, men overalt

⁹²⁾ Se J Boucourechliev i CREDA-Rapporten, afsnit 269.

⁹³⁾ Se herom L.S. Sealy, Cases and Materials in Company Law (6th Ed.1996), s. 106f.

⁹⁴⁾ Således også Lutter, Die Aktiengesellschaft, 1990, s. 414 og 420f. Se vedrørende det europæiske anpartsselskab Hommelhoff, WM 1997, s. 2108, der anbefaler, at der ved en fortolkning af en forordning primært lægges vægt forordningens formål, subsidiært på eksisterende EU-selskabsret. Først derefter bør national selskabsret kunne anvendes som fortolkningsbidrag.

⁹⁵⁾ Jvf. tilsvarende CREDA-Rapporten, afsnit 281, hvor det konkluderes: "*Le statut doit couvrir l'ensemble du régime de la société, être précis et rigoureux sur les matières qui en relèvent; il est nécessaire à la sécurité des tous d'éviter au maximum le recours à un droit subsidiaire et de tenir à distance les particularismes des droits nationaux dont les empiètements seraient source de divergences et d'interprétation, même si ce recours peut apparaître inévitable à un auteur*" (hvorved der henvises til Timmerman, refereret i note 84). Se nærmere om baggrunden for, at den nye norske aksjelov er detaljeret i NOU 1996:3, s. 19. Se tillige Mette Neville og Karsten Engsig Sørensen i Selskabers organisation (1997), s. 63. Se om de problemer, der kan opstå ved henvisning til "almindelige selskabsretlige grundsætninger" hos Mette Neville, R&R 1996, nr.5, s. 24.

udviser anpartsselskabet visse fælles grundtræk. Der er bred enighed blandt rapportens bidragydere om, at disse grundtræk skal videreføres uændret i et europæisk anpartsselskab.

Der skal således være tale om et selskab med begrænset hæftelse og et krav om, at der indskydes en vis mindste anpartskapital.⁹⁶ Selskabet skal være afskåret fra at udbyde sine anparter til offentligheden. Selskabets karakter af et lukket selskab betyder nødvendigvis, at anpartshaverne skal have adgang til at træffe bestemmelser om anparternes omsættelighed. Det skal således være muligt at stille krav om, at selskabsdeltagerne skal godkende nye anpartshavere.⁹⁷ Det ligger i anpartsselskabets natur, at de selskabsretlige regler, der gælder for disse selskaber, i vidt omfang kan fraviges ved aftale mellem selskabsdeltagerne. Der er da også blandt rapportens bidragydere fuldstændig enighed om, at reglerne i en forordning for et europæisk anpartsselskab i meget vidt omfang skal være deklaratoriske.⁹⁸

Med hensyn til selskabets organisation er der enighed om, at der skal være et organ, hvor anpartshaverne kan træffe beslutning om udøvelse af deres rettigheder i selskabet. Et sådant organ behøver ikke nødvendigvis have karakter af en egentlig generalforsamling, som det kendes fra aktieselskaber.⁹⁹ Selskabets daglige ledelse skal varetages af et organ, som kan forpligte selskabet over for omverdenen.

6.2. Har det europæiske anpartsselskab en fremtid?

Det synes som om der ved udgangen af halvfemserne påny er kommet grøde i udviklingen af den europæiske selskabsret. Såfremt det lykkes at finde en løsning på spørgsmålet omkring medarbejderrepræsentation, vil vejen være åbnet for, at en række af de EU-initiativer på selskabsrettens område, der har ligget stille i en årrække, vil kunne blive vedtaget. Kommissionen er således for tiden optimistisk men hensyn til muligheden for at få forordningen om det europæiske aktieselskab vedtaget. Et europæisk anpartsselskab vil være et naturligt supplement til et europæisk aktieselskab. Langt størstedelen af

⁹⁶⁾ Jvf. CREDA-Rapporten, afsnit 283.

⁹⁷⁾ Jvf. CREDA-Rapporten, afsnit 284 og 285.

⁹⁸⁾ Jvf. Hommelhoff i CREDA-Rapporten, afsnit 231 - 234, Timmerman, afsnit 166, J.Boucourechliev, afsnit 268 - 270, Hicks og Drury, afsnit 115 - 116, samt rapportens konklusion, afsnit 282.

⁹⁹⁾ Se CREDA-Rapporten, afsnit 286. Se for dansk ret om uegentlige generalforsamlinger i anpartsselskaber hos Søren Friis Hansen, *Anpartsselskaber efter loven af 1996 (1998)*, s. 108f.

kapitalselskaberne i Europa er organiseret som anpartsselskaber, og en - stadig stigende - del af disse virksomheder opererer på andre markeder end deres hjemmemarked. For disse virksomheder vil et europæisk anpartsselskab udgøre et værdifuldt alternativ til de nationale anpartsselskaber.

Dansk erhvervsliv består for en stor del af små og mellemstore virksomheder, og en væsentlig del af vores samhandel med udlandet sker til lande, der er med i EU. Det vil derfor være i dansk erhvervslivs interesse, at der skabes et europæisk anpartsselskab som supplement til de nationale anpartsselskaber. I lyset af dansk erhvervslivs struktur vil betydningen af et fælles anpartsselskab være forholdsvis større end et eventuelt kommende europæisk aktieselskab. En vedtagelse af en forordning om et europæisk anpartsselskab vil, set fra dansk side, kun give anledning til særlige vanskeligheder i forhold til spørgsmålet omkring medarbejderrepræsentation. En nærmere analyse af dette spørgsmål har imidlertid vist, at der allerede i dag består muligheder i dansk ret for lovligt at fravælge de gældende danske regler herom. Det må derfor konkluderes, at såfremt det lykkes at opnå et kompromis blandt de store medlemslande på dette område, bør det ikke være dansk modstand begrundet i reglerne om medarbejderrepræsentation, der blokerer for vedtagelsen af en forordning om et europæisk anpartsselskab.

Law and Economics - Retsregler og økonomiske modeller

af
Bernhard Gomard

1. Faggrænser

Både uddannelse og forskning bygger på en opdeling i fag. Kriterierne for opdelingen er karakteren af emner, nødvendige færdigheder og anvendelser af indsatsen. En vis opdeling eller specialisering er nødvendig. Encyklopædisternes tid er forbi. Ingen kan vide alt eller blot noget om alt, men det er uhensigtsmæssigt at give traditionelle faggrænser virkning som vandtætte skodder. Faglig isolation er hverken befordrende for forskning eller for den praktiske værdi af uddannelser. Det er da også nu almindeligt anerkendt, at tværfaglige eller interdisciplinære studier kan være værdifulde. Traditionelle faggrænser bør ikke spærre for nye veje i forskning og uddannelse. Grænsen mellem forskellige fag inden for samfundsvidenskab er i de senere år blevet åbnet, og samføring af jura med økonomi og med sociologi har skabt nye fag eller studier, navnlig Law and Economics eller retsøkonomi og retssociologi. Store problemstillinger beskrives og rejses undertiden ved at stille et begrebspar op overfor hinanden: Religion og videnskab eller sjæl og legeme. Således også med ret og økonomi - ligesom i øvrigt også med ret og moral eller etik, ret og magt, ret og religion.

2. Økonomi, retspolitik og gældende ret

Der findes en stor litteratur, der har Law and Economics som titel. Hovedemnet i denne litteratur er den betydning, som synspunkter og ræsonnementer af økonomisk karakter har eller kunne fa og måske burde have for retten. Ordet ret er herved af mange taget i vid forstand, således at det omfatter både lovgivning og retsanvendelsen i domstole, administrative myndighed og mellem borgerne i det praktiske liv uden indblanding af myndigheder. Ordet ret er ofte brugt således, at det omfatter både jura i teknisk forstand og elementer af retfærdighed og politik.

Det er klart, at ret og økonomi har betydning for hinanden for så vidt angår retspolitikken. Den herskende retspolitik angiver nogle opgaver, som

retsordenen eller retssystemet bør løse. Det er ønskeligt, at ressourcer udnyttes effektivt, og anvendelsen af ressourcer må prioriteres efter, hvad udbytte der kan opnås. Retssystemet som fastlagt i procesretten kan ikke lukke øjnene for ressourceforbruget. Hvor lange sagsbehandlingstider kan akcepteres? Hvor mange dommere bør der sættes ind på behandlingen af store og små sager? Den økonomiske vurdering er ofte vanskelig at foretage. Bidrager hurtige afgørelser eller afgørelser, som er grundigere forberedt, men som bl.a. derfor har krævet længere tid, mest til et økonomisk udbytte? Økonomien er på en del områder den væsentligste opgavestiller, og retten - lovgivning og retsanvendelse - må søge at udføre den stillede opgave. Skatteretten er et vigtigt virkemiddel i finanspolitikken. De bidrag, som borgerne skal yde til samfundshusholdningen, er lagt fast i skattelovgivningen. Formålet med konkurrenceretten er at sikre fri konkurrence og dermed at opnå effektivitet i erhvervslivet.

Kravet om effektivitet kan ikke stå alene. Der er en grænse for, hvor stor en fejlprocent, der kan akcepteres i retsafgørelser og for uligheder i fordelingen af skattebyrden, også selv om forbrug af ekstra ressourcer ikke direkte betaler sig. Ej heller konkurrencen kan reguleres alene ved det krav om frihed, der i konkurrenceretten er gennemført ved forbud mod konkurrencebegrænsninger og mod misbrug af monopoler. Den beskyttelse mod hensynsløshed og udnyttelse, der opleves som nødvendig, kan ikke fastsættes alene ud fra økonomiske synspunkter. Illoyal konkurrence er uacceptabel, også selvom nogle illoyale konkurrencehandlinger meget muligt ville være til gavn både for særligt effektive virksomheder og for det samlede udbytte. Kontrakter, der er blevet til på en urimelig måde eller grundlag, er ugyldige. Der gælder ingen regel om, at den ukyndige og ineffektive må holde sig væk fra al erhvervsmæssig virksomhed. Der kan ikke sættes lighedstegn mellem "(u)økonomisk" og "(u)rimelig", hvordan man end vælger at definere disse begreber indenfor den sproglige traditions grænser. Den frie konkurrence fremmer kreativitet og innovation, men den kan ikke skabe tilstrækkelig sikkerhed mod underlødige produkter og dårlig forretningsskik. Konkurrencen forbrugervenlig, for så vidt den bringer befolkningen i almindelighed velstand, men konkurrencen er og friheden efterlader et behov for en forbrugerbeskyttelse, der sætter særlige minimumsstandarde for orientering af privatkunder, for afbalancering af kontraktvilkår, for kvaliteten af de ydelser, der udbydes af de erhvervsdrivende og for transparens i markedet.

Der er forskel på økonomiens betydning for retspolitik og for retsanvendelsen, dvs. for gældende ret. En påvisning af, at en lav hastighedsgrænse kan være tabgivende, fordi de større transportomkostninger overstiger sparede omkostning ved uheld, kan være

interessant rets- eller færdselspolitisk, men denne påvisning er uden særlig betydning for en trafikstrafferet, der må arbejde med foreskrevne faste hastigheds-grænser og bødetakster. Betydningen af økonomiske synspunkter for forståelsen - fortolkningen - og anvendelsen af den gældende ret afhænger af, i hvilket omfang der på forskellige områder følges f.eks. en stram positivistisk metode, således som foreskrevet for strafferetten i Straffelovens § 1, eller er åbnet for en friere vurdering uden eksisterende, kendte grænser for hvad der er rimeligt, således Aftalelovens § 36, eller misbrug, således Konkurrencelovens § 11, eller god markedsføringsetik, således Markedsføringslovens § 1. Der kan ikke peges på én bestemt juridisk metode - eller retskildelære. Den almindelige del af denne lære må i hvert fald suppleres af omfattende specielle dele. Den rivende strøm ny af lovgivning presser udviklingen i retsanvendelsen mod bogstavtro positivisme, men samtidig gør kompleksiteten af den retlige regulering en vis frigang nødvendig for at undgå uønskede resultater. Det ligger særligt nær at give retsanvendelsen friere hænder på områder uden nogen politisk spænding. Økonomiens rolle for gældende ret må ligesom betydningen af andre eksterne faktorer afhænge af lovgivningen og anden autoritativ regulering på de enkelte retsområder.

Ønsket om at øve retfærdighed spiller en væsentlig rolle både i retspolitik og i retsanvendelse, men det lader sig ikke gøre at angive en fast, almindeligt akcepteret beskrivelse af, hvad retfærdighed er. Elementer i begrebet er vel bl.a. lige behandling af det lige, anerkendelse af en indsats og hjælp, også ufortjent hjælp til vanskeligt stillede. Hvor bl.a. både økonomiske hensyn og retfærdighed er af betydning må de nødvendige afgørelser træffes ved en afvejning mellem inkommensurable størrelser.

3. Rettens mangfoldighed

At der består en forbindelse mellem retsorden og økonomi synes umiddelbart klart, og det burde være muligt både at finde generelle bidrag til belysning af det indbyrdes forhold mellem disse begreber eller fag, og bidrag, som begrænser sig til at isolere og belyse betydningen af bestemte ræsonnementer for enkelte retsregler. Forsøg på at skabe klarhed over, hvordan begreberne ret og økonomi har betydning for hinanden, og hvordan disse begreber med mening og udbytte kan stilles sammen, støder imidlertid på den vanskelighed, at begge begreber - eller fag - omfatter forskelligartede fænomener. Ingen af begreberne har skarpe konturer. Økonomi er effektivitet, men prioritering af indsatsen af ressourcer, valg mellem sparsommelighed og opsparing eller forbrug og investering, mellem risikovillighed og forsigtighed, eller i almindelighed mellem kortsigtede og

langsigtede hensyn synes at kalde på bredere vurderinger end blot effektivitet. Og effektivitet kan ikke være det eneste kriterium i et valg mellem materialisme og idealisme eller hedonisme: Ret bliver først og fremmest til ved politiske beslutninger om lovgivning i Folketing og internationale organisationer, især EU. Politik, være sig økonomisk politik eller retspolitik, er aktiviteter af en anden karakter end fagøkonomers økonomi og fagjuristers retsanvendelse. Ordene økonomi og ret er almindeligt brugt som betegnelser for fag. Indholdet af disse fag omfatter ikke political science.

Retsordenens forhold til andre sociale fænomener og fag bl.a. også til økonomi, hvadenten der med dette ord sigtes til samfundets eller til enkelte personers eller persongrupperes økonomiske forhold eller til økonomien som et studiefag, må nødvendigvis antage mangeartede og meget forskellige former. Nogle retsregler har en lang tradition og opretholdes, fordi de er indarbejdede og ikke har været genstand for væsentlig kritik. Andre regler har karakter af en praktisk løsning (kør i højre side og andre lignende færdselsregler) eller har som f.eks. arbejdsmiljølovgivningen karakter af sikkerheds-forskrifter. Atter andre regler vedtages som middel til at opnå en bestemt ønsket økonomisk udvikling, f.eks. som sket ved "Pinsepakken" ved en gradvis sænkning af rentefradragets skatteværdi at øge bl.a. boligudgiften og dæmpe efterspørgslen efter forbrugsgoder. Der findes regler om snart sagt alle tænkelige emner. Der er i vor tid en tendens til at ville underlægge alverdens aktiviteter retlig regulering. Retten eller retsordenen består derfor nu af en broget mangfoldighed af lov, bekendtgørelser og afgørelser m.m. Ret er f.eks. familieret, regler om ytringsfrihed og andre menneskerettig-heder, om elforsyning, om telekommunikation, om færdsel, om børneopdragelse, om undervisning og eksaminer og om meget andet. Økonomiske sammenhæng og økonomiske ræsonnementers betydning både for tilblivelsen og indholdet og for den tilsigtede og faktiske virkning af alle disse regler er selvsagt højst forskellig.

Sammenhængen mellem ret og andre faktorer, bl.a. økonomi stiller sig også forskelligt for drøftelser af reformer og retspolitik med henblik på retten de lege lata og for retten de lege ferenda og for retten de lege lata, derved, at der kun for den gældende ret er der faktisk virkninger at studere. For påtænkte nye regler er man i almindelighed henvist til mere eller mindre sikre gisninger. Det er dog ikke ukendt at forventede nye regler kan påvirke manges adfærd. En forventet skærpet skat på kapitalvinding fremskynder salg af de aktiver, der ventes ramt.

4. Mål og midler

Det er umiddelbart klart, at økonomiske ræsonnementer ud fra effektivitet og udbyttmaksimering alene ikke kan løse alle de problemer, som melder sig for lovgivning og retsanvendelse. Ihering har sagt, "das Recht ist nicht Selbstzweck, sondern lediglich Mittel zum Zweck". Tanken kan vel i dansk nutidssprog gengives, som at ret er et middel til at realisere visse mål, men at ret ikke er et mål i sig selv. Ret er et middel til at realisere forskelligartede mål, bl.a. økonomiske mål såsom lave priser og høj kvalitet, men også andre mål såsom et sundt miljø, et lykkeligt, trygt familieliv, personlig frihed og meget mere. Bag opstillingen af mange mål kan der både findes økonomiske og andre ønsker og motiver. En matematiker ville måske sige, at retten i forholdet mellem ret og økonomi og andre mål er den afhængige variable. Tanken om retten som middel til at opnå også økonomiske mål passer bedst på den del af erhvervsretten, der angår retlig regulering af erhvervsvirksomhed navnlig til realisering af den økonomiske politik. svarende til tysk *Wirtschaftsrecht* eller fransk *droit économique*. Forestillingen om en adskillelse mellem bestemte mål og midler til at realisere disse mål passer mindre godt på de områder af retsordenen, hvor ønsket om at øve retfærdighed er særligt stærkt og sætter præg på reglerne. En adskillelse mellem mål og middel er ikke åbenbar på et område som menneskerettigheder. En naturlig dikotomi kan her snarere findes mellem påbud og påbudets effektivitet.

Retlig regulering kan være et middel til at fremme et økonomisk mål, men velstand skabes selvsagt ikke ved lovgivning eller andre retlige midler alene. De væsentligste midler eller årsager til fremme af økonomisk vækst er menneskelige og materielle ressourcer, såsom uddannet arbejdskraft, et effektivt produktionsapparat, kapital og know how. Retlig regulering er imidlertid et nødvendigt hjælpemiddel til fremme af den økonomiske udvikling. Beskyttelse af ejendom og respekt for aftaler er nødvendigt som grundlag for en frodig økonomisk virksomhed. En væsentlig del af det gældende retsstof er vedtaget alene eller bl.a. for at bidrage til økonomisk fremgang.

5. Valg af økonomisk politik ved lov

Der er fastlagt nogle hovedretningslinier for den økonomiske ordning og politik, som skal bestå og følges her i landet i retlig form, både i Grundloven og navnlig i Traktaten om Det europæiske Fællesskab (TEF). Grundloven er kortfattet på dette område. Den værner om næringsfrihed og beskytter ejendomsretten i bestemmelserne i §§ 74 og 73. Grundloven

efterlader et stort spillerum for den økonomiske politik. TEF indeholder både regler af generel og speciel karakter, der lægger fastere rammer for medlemslandenes økonomiske politik. Traktaten bestemmer, at der både i medlemsstaterne og i Fællesskabet skal følges en bestemt økonomisk politik, som i art. 3 A er beskrevet som "princippet om en åben markedsøkonomi med fri konkurrence", der, tilføjes det i art. 102 A i kapitlet om den økonomiske politik, "fremmer en effektiv ressourceallokering". Denne formelige lovfæstelse i Traktaten af den valgte økonomiske politik er først sket i de tilføjelser til Traktaten, som blev vedtaget i Maastricht, men den samme politik har været grundlaget for adskillige væsentlige bestemmelser, der fandtes allerede i den oprindelige Traktat fra 1957: Fri handel uden handelshindringer (art. 36) mellem landene, fri konkurrence (art 85 - 89), forbud mod statsstøtte (art. 92- 94) og begrænsning af monopolvirksomheder (art. 37 - 90). Retstillingen i Unionen i dag på disse områder beror for en væsentlig del dels på en udfyldning og supplerung dels ved præciserende forordninger og ved gruppefritagelser som efter art 85 (3), dels på en ofte ganske selvstændig, kreativ fortolkning i retsanvendelsen umiddelbart af brede generelle regler som de nys citerede. Disse regler er lagt fast i TEF, som er et retligt instrument, der er bindende for alle Unionens lande. Den valgte økonomiske politik eller ordning har ført til en betydelig velstandsstigning. Politikken har bl.a. ført til omfattende privatiseringer og til omdannelser af dele af den offentlige sektor til selvstændige statslige virksomheder som Post Danmark og DSB. TEF erklærer i art. 222, at Traktaten ikke berører de ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne, men konkurrencen har vist sin styrke i virksomheder, der er stillet frit. Forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler er et fundamentalt led i sikringen af fri konkurrence, men gennemførelsen af fri konkurrence kræver frihed til ved individuelle aftaler at fastsætte priser og leveringsbetingelser mellem leverandør og aftager.

6. Nærmere om konkurrenceret og skatteret

Det almindelige mål for, hensigt med eller motiv bag megen lovgivning er klart. Det er f.eks. klart, at Konkurrenceloven har sikring af fri konkurrence som sit mål, og at skattelovgivningen tilsigter at give det offentlige et ønsket provenue ved beskatning af indkomst og omsætning, og at reglerne tilstræber en passende byrdefordeling mellem skatteborgerne indbyrdes og en fordeling af efterspørgsel og forbrug mellem den private og offentlige sektor.

Der er med sådanne generelle beskrivelser af målet for lovgivning ikke taget stilling til, om økonomien foruden sin betydning for lovgivers valg af

overordnede mål også har betydning for den juridiske metode, som skal bruges i retsanvendelsen til at træffe afgørelse om konkrete spørgsmål ud fra de generelle regler i lovgivningen. Den juridiske metode afhænger i høj grad af, hvilken opgave og hvilken bundethed, der i den enkelte lov er pålagt de retsanvendende myndigheder, domstole og forvaltning. Der kan både tænkes en konkurrenceret, der består af bestemte præcise regler, som er ufravigelige og ønskes praktiseret nøje efter ordlyden, og en konkurrenceret hvorefter enkeltsager skal afgøres alene på grundlag af en direkte konfrontation af den enkelte tvivl eller tvist med det overordnede mål at sikre fri konkurrence, sålangt som dette må anses for gavnligt, og også konkurrenceretssystemer, som indtager et mellemstandpunkt, kan tænkes. Der findes utvivlsomt, som det også er anerkendt i TEF ved undtagelsesreglen i art 85 (3) (Konkurrencelovens § 8), adskillige former for samarbejde mellem virksomheder, f.eks. om produktsikkerhed, om undtagelse af særlige ydelser som uegnede for konkurrence, om (fravigelige) standardvilkår og standardkontrakter, om forskning og produktudvikling på visse områder m.m., som begrænser konkurrencen, men dog er ønskelige. Heller ikke fri konkurrence er et mål i sig selv (Selbstzweck), men et middel til maksimering af befolkningens (forbrugernes) velfærd. Det er miskendelsen af, at dette er endemålet bag konkurrencerettens umiddelbare mål, som er baggrund for titlen *The Antitrust Paradox* på Robert H. Bork's bog (1978). Sikringen af fri konkurrence kan både ske ved per se-regler, der indeholder bestemte forbud mod adfærd, der ofte skader konkurrencen uden hensyn til deres virkning i enkelte tilfælde, og ved rules of reason, der overlader retsanvendelsen et skøn over det rimelige og hensigtsmæssige bedømt ud fra lovgivningens mål i at gribe ind med et forbud i konkrete tilfælde. Lovfæstelsen af forbudsprincippet i TEF art. 85 (1) og nu også i den danske Konkurrencelov af 10. juni 1997 § 6 udelukker ikke anvendelsen af rules of reason, men bestemmelsen i § 8 (art 85 (3)) har lagt kompetencen til at undtage nyttigt og uskadeligt samarbejde fra forbudet i § 6 (art 85 (1)) hos Konkurrencerådet (Kommissionen).¹ Fagøkonomer har undertiden gjort gældende, at en rule of reason som f.eks. forbudet i § 11 (art 86) mod misbrug af dominerende stilling ikke kan anvendes på en måde, som er tilfredsstillende til at fremme det fastsatte eller valgte mål på grundlag af et common sense-ræsonnement. En virkelig økonomisk analyse kan ikke bygge på de almindeligt kendte og umiddelbart forståelige betragtninger, der i almindelighed er indholdet i et sådant ræsonnement, men en

¹ Se om udtrykkene per se-rules og rules of reason Fejø: *Monopolret og Marked* s. 132 ff og s. 172 ff.

økonomisk analyse kræver ofte mere tid og større forskningsressourcer, end det er muligt at bruge på afgørelsen af sager mellem utålmodige parter, sml. herved Hjorth-Andersen i J 1986.72 ff. Det er imidlertid en praktisk nødvendighed at træffe afgørelser inden en rimelig tid med rimelige ressourcer, og selvom juristernes common sense og almindelige *judicium* ikke er ufejlbarligt, er fejlprocenten dog i almindelighed akseptabel.

Fri konkurrence er ikke sikret alene ved forbudsreglerne i art 85 og 86. Det er for at skabe betingelser for en effektiv konkurrence også væsentligt, at der er lige vilkår for alle både private og offentlige virksomheder i samme branche, og bl.a. også således at virksomhederne beskattes nogenlunde ens i alle Unionens lande. Som et led i fjernelsen af særlige favører til offentlige virksomheder er nu både Post Danmark og DSB indføjet i opregningen af de selskabsskattepligtige i Selskabsskatteovens § 1. Disse virksomheder er nu undtaget fra den almindelige regel i lovens § 3 om, at stat og kommuner samt disses institutioner er undtaget fra skattepligt. Det er væsentligt, at der ikke består drastiske forskelle mellem virksomhedsbeskatningen i forskellige lande. TEF nævner harmonisering af indirekte skatter (i art 99), men omtaler ikke harmonisering af direkte skatter. Kommissionen har imidlertid indledt et arbejde til begrænsning af væsentlige forskelle mellem selskabsskattesatser og af beskatningen af renter i medlemslandene.

Den juridiske metode, som følges på et givet område, ved udfindelsen af hvad der i et bestemt spørgsmål er gældende ret, afhænger som tidligere nævnt i høj grad af lovgivningen på området, således bl.a. af om der nylig er vedtaget en detaljeret lov, eller om der alene er opstillet nogle få retlige standarder i form af rules of reason, og af om lovgivningen om det foreliggende emne er ny eller forældet, fragmentarisk eller systematisk eller er ganske tavs. Skatteretten er en lovbunden disciplin. Dette er foreskrevet i Grundlovens § 43, hvorefter "ingen skat kan pålægges, forandres eller ophæves uden ved lov", jfr. herved dommen om gebyrer i UfR 1993.757 H. Reglen i Grl § 43 betyder ikke, at alle tvivlsspørgsmål i skatteretten skal afgøres alene på grundlag af en rent sproglig fortolkning af teksterne i skattelovgivningen. Der har i retspraksis i et vist omfang udviklet sig, hvad der i Tyskland er blevet kaldt *die wirtschaftliche Betrachtungsweise*, hvorefter der tillige eller i højere grad lægges vægt på en konstatering af de virkelige pengestrømme end på den civilretlige kvalifikation.² Baggrunden for denne retspraksis er vel dels frygt for en af lovgiveren utilsigtet og uforudset formindskelse af den samlede skattepligtige indkomst og dermed af provenuet, dels en følelse af det uretfærdige i en forskydning af

² Nærmere herom i Jan Pedersen: Skatteudnyttelse, 1991, s. 222 ff og f.eks. UfR 1980.12H og 1982.738 Ø samt andre domme refereret s. 247 ff og s. 261.

skattebyrden fra dem, der søger at unddrage sig denne byrde, til andre, og endelig en forargelse over at der skulle kunne opnås fordele ved en handlemåde, der af mange opfattes som asocial og uetisk. Der forekommer økonomiske opgørelser og overvejelser over værdien af skatteretligt at korrigere den civilretlige kvalifikation eller karakterisering af foretagne dispositioner både i lovmotiver, litteratur og afgørelsespræmisser. Disse overvejelser har dog i det væsentlige kun karakter af skøn og ikke af præcise undersøgelser og beregninger. De kendte tal for forhøjelser af selvangivet indkomst synes domineret af rettelser af åbenbare fejlanvendelser af præcise skatteregler.³

7. Nærmere om privatretten

En væsentlig del af de generelle værker om Law and Economics indeholder udførlige gennemgange og diskussioner af hovedafsnit af privatretten, mens erhvervsreguleringsretten - *Wirtschaftsrecht* - alene er omtalt og behandlet i specielle fremstillinger af enkelte retsområder, såsom selskabsret og immaterialret.⁴

7.1. Kontraktsretten

Spørgsmålet om den rette udformning og den rette fortolkning af de gældende kontraktsretlige regler om kontrahenternes ansvar eller ansvarsfrihed i tilfælde af misligholdelse, der skyldes fysisk og praktisk umulighed (force majeure, impossibility) og af svigtende forudsætninger iøvrigt (frustration of purpose), har tiltrukket sig betydelig opmærksomhed.⁵ Hensynet til at minimere de tab, parterne lider, taler for at risikoen for uventede alvorlige opfyldeshindringer lægges på den part, der kan bære denne risiko med de mindste omkostninger. Dette synspunkt har betydelig vægt, og har vel i mere eller mindre afklaret skikkelse, men i andre sproglige formuleringer haft betydning for opstillingen af regler om dette spørgsmål som Købelovens § 24, Købelovskonventionens art. 79 og 74 om kontrolansvar og for andre regler i lov- og kontraktbestemmelser om

³ Jfr. herved Jan Pedersen: Skatteudnyttelse, 1991 s. 90 ff.

⁴ I et af hovedværkerne om retsøkonomi - Cooter og Ulen: Law and Economics, 2nd ed 1996 - er 7 af 12 kapitler viet omtale af ejendomsret (Property Rights), kontraktsret og erstatningsret (Tort Law). Af de øvrige 5 kapitler er 3 introduktioner om hvad ret og økonomi er og 2 kapitler handler om Crime and Punishment.

⁵ Således hos Cooter og Ulen s. 5 f og s. 240 ff.

ansvarets omfang og om force majeure, bl.a. Code civil art 1148. Økonomiske ræsonnementer om, hvilken regel, der i en eller anden forstand - i almindelighed vel maximization of wealth - er optimal, må bygge på bestemte forudsætninger for at kunne have karakter af sikre eksakte slutninger og derved klart at adskille sig fra de common sence-betragtninger bygget på kendskab til praksis i erhvervene og tradition, som er almindelige i juraen. Fremstillingerne af det økonomiske grundlag for kontraktansvarsreglen lever ikke altid op til dette krav. Det er således ikke ganske klart, hvad de retsøkonomiske forfattere sigter til med ordet "risiko". Det økonomiske ræsonnement synes at måtte sigte til alt tab ved, at kontrakten ikke opfyldes, men ræsonnementet bruges som belæg for en særlig udformning af erstatningsreglen. Der er således ikke kongruens mellem den økonomiske model og den diskuterede retsregel.

(a) I nogle fremstillinger sættes der vist nok lighedstegn mellem at bære den - fulde - økonomiske risiko for en opfyldeshindring og ansvaret for tab som følge af misligholdelsen. Dette stemmer ikke overens med juridisk terminologi og skaber tvivl om ræsonnementets værdi for resultatet, som synes at være anbefaling af en bestemt ansvarsregel. Den retlige ansvarsregel angår det tab, køberen lider ved at kontrakten ikke bliver opfyldt. Det tab sælgeren lider ved ikke at få betaling, som kan omfatte hele købesummen eller hans avance, styres af reglerne om ophævelse af kontrakten. Disse regler har et andet indhold end ansvarsreglen. En sælger, der ikke har leveret, har ikke krav på betaling, selvom han er ansvarsfri. Det samlede faktisk lidt tab fordeles således under tiden mellem parterne. Køberen må som the better risk carrier bære tabet, siger det økonomiske ræsonnement, men efter fast retlig tradition skal køber kun bære sit eget tab. Køberen skal ikke kompensere sælgeren for den mistede forretning eller i en CIF-kontrakt betale den præmie for en vareforsikring, som indgår i købesummen. Rimelighed, praktiske administrative grunde og tradition taler for denne retlige løsning, men resultatet kan ikke udledes af overvejelser over, hvem der lettest dvs. billigst kan bære al risiko for det samlede tab ved kontraktens forlis. Det økonomiske ræsonnement om det tages for pålydende måtte føre til forslag om en væsentlig ændring af reglerne. Ræsonnementet kan ikke begrænses til kun - som det vistnok ofte gøres gældende - at føre til en mindre justering af de retlige regler om ansvar.

(b) Hertil kommer at den økonomiske risiko ved uventede væsentlige opfyldeshindringer både afhænger af reglerne om ansvarsgrundlaget og af reglerne om af erstatningskravets omfang. Grundsætningerne om at erstatningskrav både er begrænset til det faktiske tab og yderligere indenfor det faktiske tab er begrænset af krav om bevis, påregnelighed og adækans betyder, at det tab kreditor har lidt ofte er væsentlig større end den

erstatning, kreditor kan opnå. Samme opfyldeshindring (krig, strejke, trafikspærring, uforudset voldsom prisstigning etc.) kan i samme type af kontrakter påføre forskellige kreditorer tab af meget forskellig størrelse. En fabrikant, der er underleverandør af samme komponenter til flere kunder, som fremstiller produkter, hvori komponenterne indgår, kan have kunder, som afpasser deres indkøb efter et just in time-princip, og kunder som foretrækker at holde et stødepudelager af hensyn til forsyningssikkerheden for sine kunder. Den enkelte kunde kender sine egne forhold, men holder måske denne viden og i hvert fald sin viden om sine egne kunder for sig selv. Underleverandøren ved, hvad han får fortalt, og hvad han kan sige sig selv. Det er klart, at samme erstatningsregel kan føre til forskellige resultater i ensartede situationer, fordi tabet ved leveringsforstyrrelser og viden om tabet er forskelligt for forskellige kunder. Også andre forhold end eksistensen af stødpudelager hos kreditor og hans kunder kan være forskellige og begrunde forskelle i størrelsen af eventuelle erstatningskrav. Det økonomiske ræsonnement om the best riskcarrier synes at bygge på en forudsætning om fuld erstatning. The cheapest or best risk carrier må vel være best til at bære det fulde tab. Retsreglerne hjemler derimod kun erstatning af et påregneligt, gennemsnitligt eller normalt tab. Det økonomiske ræsonnement bygger på det totale tab, et tal som i en tvist eller forhandling mellem parterne ofte er ukendt. Det ville vel, om man vil søge at gennemføre beregninger, være nødvendigt at bygge beregningerne på gennemsnitstal eller typiske tal, men virkeligheden består ofte af indbyrdes meget forskellige situationer, og i så fald mindskes værdien af gennemsnit eller normalitet som rettesnor for enkelttilfælde. Kontraktsfriheden giver imidlertid parterne mulighed for at tage hensyn til deres særlige forhold i de kontrakter, de indgår. Kontraktsfriheden har væsentlig betydning for ansvar og risiko.

(c) Den grundlæggende regel i kontraktsretten er kontraktfrihed for parterne. Kontraktsfrihedens grundsætning har sat sit præg også på de generelle ansvarsregler, idet disse regler lægger afgørende vægt på, om den misligholdende kontrahent "burde have taget (hindringen) i betragtning" eller "med rimelighed kunne forventes at have taget hindringen i betragtning", jf KBL § 24 og Købelovskonventionens art 79, og størrelsen af den erstatning, medkontrahenten kan kræve, er begrænset til, hvad denne kontrahent "forudså eller burde have forudset, da aftalen blev indgået, når henses til de omstændigheder han vidste eller burde have vidst ville blive en mulig følge af misligholdelsen", jf. art 74 i Købelovskonventionen.⁶ En væsentlig del af de faktisk forekommende kommercielle kontrakter

⁶ Reglerne giver kun ringe vejledning om omstændighed, der er lige kendte eller lige fremmede for begge parter.

indeholder udtrykkelige regler både om ansvarsgrundlag og om størrelsen af en eventuel erstatning. En udfyldende generel retsregel må være deklatorisk. Der er i adskillige kontraktstyper kun i et (ukendt, men sandsynligvis) beskedent antal tilfælde behov for at udfylde parternes kontrakt. Den udfyldende regel har derfor kun i få tilfælde mulighed for at gennemføre den økonomiske løsning, som reglen måtte indeholde, og den almindelige økonomiske betydning af reglen kan kun være beskeden.

(d) Betydningen af en generel udfyldende regel skrumper yderligere ind, når kontraktstilsættelsens grundsætning fastholdes som udgangspunkt, fordi en fortolkning ud fra denne forudsætning af parternes kontrakt, så vidt muligt skal være individualiserende eller subjektiv, dvs. så vidt muligt rette sig efter parternes mening, jf. herved art 8 og 9 i Købelovskonventionen. I en markedsøkonomi er der fri konkurrence, og det står - inden for visse grænser - de erhvervsdrivende og deres kunder frit for at vælge de vilkår, de finder bedst for sig og kan enes om i deres kontrakter. Forskellige virksomheder og personer har forskellige interesser, og de er udsat for forskellig risiko for at lide skade. Hver virksomhed må drive sit risk management som det passer med dens behov. En generel regel kan ikke støttes alene på et enkelt økonomisk ræsonnement, der skærer alle over en kam, fordi det må erkendes, at virkeligheden er mangfoldig og forskelligartet. Hovedsigtet med de almindelige - i hovedsagen deklatoriske - regler kan ikke være den økonomiske effekt, reglerne har i det fåtal af sager, hvor de rene udfyldende regler fuldt ud kommer til anvendelse. Hovedsigtet for rationelle regler må være at give de erhvervsdrivende og deres kunder og også de organisationer, der udarbejder standardkontraktvilkår, det bedst mulige grundlag for at udforme kontrakter, der af parterne opfattes som tilfredsstillende, og standardvilkår bør lette hensyntagen til aktørernes særlige ønsker, f. eks. ved at pege på muligheder for at foretage valg og for at indføre ændringer.

Præceptive regler kan ikke undværes. Gensidig tillid er væsentlig for samhandlen. Det er undertiden blevet sagt, at udnyttelse af inside information fremmer en markedstilpasning, men det er i mange forhold vigtigere at opretholde de krav, som stilles af den gode forretningsskik, der er udviklet af erfaringen. Iagttages god forretningsskik undgå megen usikkerhed og spares mange retssager, som det belyses af den gamle sag *Laidlaw v Organ*, der er refereret i Cooter og Ulen s. 246.

7.2. Erstatningsretten

Erstatningsretten udenfor kontraktforhold har umiddelbart den funktion at skader genoprettes og i hvert fald kompenseres, men erstatningsregler er

også adfærdsregulerende. Reglerne om erstatningsansvar fremmer omtanke og forsigtighed, og reglerne bidrager derved til at undgå eller dog til at formindske antallet af uheld og ulykker. Derved reduceres de økonomiske tab både for skadelidte og skadevoldere og også for alle dem, der yder hjælp til tilskadekomne, for social forsorg af forskellig art, hospitaler, forsikringsselskaber m.m. Skader er dog stadig en gene eller en ulykke. De skadelidte er næsten undtagelsesfrit helst skaden - i hvert fald personskade - foruden, selvom de får en erstatning, som i hvert fald i princippet er fuldstændig for så vidt som den skulle give fuld økonomisk kompensation.

Erstatningsretten har i Danmark udviklet sig således

- at den almindelige erstatningsregel er fastholdt som en culparegel, men reglen finder anvendelse i stadig flere situationer, f.eks. på rådgivning og i forretningsforhold,
- at der er blevet vedtaget et betydeligt antal regler om objektivt ansvar, således f.eks. i lovgivningen om produktsikkerhed og produktskader og om motortrafik, og således
- at størrelsen af erstatningerne for væsentlig personskade er blevet forhøjet, især ved Erstatningsansvarsloven af 1984 og vel må forventes at ville blive yderligere forhøjet.

Motiverne eller incitamenterne til denne udvikling af erstatningsretten har været flere. Personskader bør såvidt muligt erstattes. Både medfølelse og økonomiske hensyn taler for at få de skadelidte på benene igen. De skadelidtes behov for økonomisk hjælp har været begrundelsen både for f.eks. produktansvar og for motoransvar. Erstatningens størrelse burde være sådan, at skadelidte kan føre en tilværelse, der såvidt muligt ikke er ringere end før skaden skete. De økonomiske overvejelser om erstatningsansvaret og erstatningsniveauet har bestået i, om omkostningerne har kunnet bæres, navnlig om de nødvendige stigninger i forsikringspræmierne har kunnet akcepteres. Erstatningens rolle som adfærdsregulerende eller skadesforebyggende har haft betydning bl.a. for reglen i Erstatningsansvarslovens § 19, stk. 2, nr. 2, hvorefter erstatningsansvar for skade forvoldt ved erhvervsmæssig virksomhed fastholdes også for skader, som er dækket af en tingsforsikring eller driftstabsforsikring. Denne regel om fastholdelse af erhvervsansvaret virker til at opretholde betydningen for de erhvervsdrivende af at være dækket af erhvervsansvarsforsikring og dermed også til at skabe muligheden for, at der ydes en værdifuld skadesforebyggende indsats i et samarbejde mellem virksomhederne og forsikringsselskaberne.

Retsøkonomi er en værdifuld disciplin, men det er en vanskelig opgave at tilpasse de økonomiske modeller til den virkelighedens verden, hvor juraen virker.

Jule-, påske-, pinse- og andre pakker

af
Kjeld Hemmingsen

De kirkelige højtider stemmer sindene mildt og giver både den troende og tvivleren anledning til fordybelse og eftertanke.

Dette har imidlertid aldrig forhindret skiftende folketingsflertal i at benytte tilstundende højtider til at vedtage byger af skattelove, som i den politiske debat ofte bærer højtidens navn (senest pinsepakken af 1998), men som efter omstændighederne snarere leder tanken hen på hedenske offerfester.

Pakketerminologien benyttes fortrinsvis på lovbyger med relativt knap tid til politisk og faglig diskussion eller med helt specifikt sigte. "Den økonomiske situation" (pinsepakken af 1998) eller "afgørende miljøhensyn" (energipakken fra julemåneden 1996) kræver, som enhver kan indse, handling her og nu og afstedkommer i en hektisk atmosfære en lovpakke.

Betegnelsen *skattereform* knyttes oftere til det mere omhyggeligt forberedte lovgivningsarbejde, sædvanligvis med bredere sigte.

Der er ingen sammenhæng mellem reform- og pakketerminologien og lovgivningens mere eller mindre indgribende betydning for skatteborgerne. Således indeholder pinsepakken af 1998 eksempelvis mere vidtgående reformelementer end skattereformen af 1993. I den følgende omtale af de senere års skattetiltag sondres ikke skarpt mellem pakker og reformer, hvorimod der advares mod at sammenblande betegnelserne julegaver og julepakker.

Hvad de højtidsbestemte referencer angår, er forklaringen naturligvis, at julemåneden altid og pinsemåneden ofte forbindes med afslutningen på Folketingets samlinger, således at sidste øjebliks love - herunder sædvanligvis en række skattelove - får den kalenderbestemte etikette hægtet på sig.

Påskan 1986

De væsentligste elementer i skattereformen af 1987 indeholdes i en række skattelove, som så dagens lys i påskemåneden marts 1986.

Denne skattereform var til forskel fra senere reformer og pakker karakteristisk ved en meget bred tilslutning i Folketinget (regeringspartierne Det konservative Folkeparti, Venstre, Centrum-Demokraterne og Kristeligt

Folkeparti og oppositionspartierne Socialdemokratiet og Det radikale Venstre). Flertallet støttede ikke mindst et længe næret ønske om at modvirke den i 80'erne accellerende skattetænkning. Allerede i julemåneden 1985 var dette saneringsarbejde påbegyndt med vedtagelsen af den første kursgevinstlov, som bl.a. tog livet af lånefinansierede investeringer i obligationer og andre pengefordringer. De pågældende skattearbitragearrangementer, som blev blåstemplet af Højesteret, sikrede uden risiko for hverken investorer eller långivere de private investorer et skattefrit nettoprovenu ved samspillet mellem fradragsberettigede låneomkostninger og skattefri kursgevinster.

På familiefrenten blev muligheden for skattetænkning i form af vilkårlige omplaceringer af indtægter mellem ægtefæller ophævet med skattereformen. Nye beregningsregler sikrede, at størrelsen af ægtefællernes samlede indkomstskat blev uafhængig af den indbyrdes fordeling af ægtefællernes formueindtægter.

Herudover var der i Folketinget et bredt ønske om en sænkning af marginalsatserne garanteret med de traditionelle ønsker om at fremme opsparingen, forbedre børnefamiliernes vilkår og tilvejebringe en mere rimelig fordeling af skattebyrden.

I så henseende fortjener lovkomplekset betegnelsen skattereform, idet det for første gang siden 1903 fik betydning, hvorledes den almindelige skattepligtige indkomst var sammensat.

Det betyder ikke, at de fundamentale skatteretlige indkomst- og omkostningsbegreber ændredes, men at *beregningen* af indkomstskatten blev foretaget efter helt nye principper.

Indtil 1987 havde enhver almindelig skattepligtig indkomst og enhver fradragsberettiget udgift samme værdi ("skatteværdi") for den enkelte skatteyder. Var skatteyderens marginale beskatningsprocent eksempelvis 73, sparede han 730 kr. i skat, hver gang han fratrak 1.000 kr. ved indkomstopgørelsen. Var en anden skatteydere beskatningsprocent 55, var skatteværdien for ham 550 kr.

Dette princip om beskatning af nettoindtægten uden hensyn til indkomstens sammensætning, som for en given udgifts vedkommende gav den største skattebesparelse til den højeste indtægt, blev forladt med skattereformen af 1987.

For fremtiden skulle al almindelig skattepligtig indkomst kvalificeres som enten kapitalindkomst eller personlig indkomst, og kapitalindkomsten - f.eks. renter - skulle beskattes marginalt lavere end den personlige indkomst. Herved opmuntredes til opsparing, og - politisk nok så vigtigt - negativ kapitalindkomst (f.eks. nettorentudgifter) fik en tilsvarende lavere fradragsværdi.

For andre fradragsberettigede udgifters vedkommende blev det samtidig fastslået, at udgifterne - med enkelte undtagelser for bl.a. pensionsindbetalinger og selvstændiges driftsomkostninger - kun skulle kunne fratrækkes i den almindelige indkomst ved beregningen af bundskatten til staten og de kommunale skatter, som er ens for alle skatteydere. Ved opgørelsen af beregningsgrundlaget for tillægsskatterne til staten, som pålægges højere indkomster, er der *ikke* fradragsret for disse udgifter (betegnet som "ligningsmæssige fradrag").

Herved reduceredes ikke mindst lønmodtagerudgifternes skatteværdi, og for at føje spot til skade blev lønmodtagernes tidligere ret til et udokumenteret lønmodtagerfradrag på maksimalt 3.200 kr. erstattet af dokumentationskrav og vel at mærke kun med fradragsret for den del af eventuelle udgifter, som *oversteg* 3.000 kr. Det var for lønmodtagerne en ringe trøst, at de (som alle andre, der oppebar personlig indkomst) fik et 3 pct. fradrag, max. 3.200 kr., ved indkomstopgørelsen, og det var i denne forbindelse en lige så ringe trøst, at de (som alle andre) kunne glæde sig over en nedsættelse af den højeste marginale beskatningsprocent fra tidligere 73 til nu 68 pct.

Ud over de her beskrevne ændringer af den almindelige personbeskatning indførte skattereformen af 1987 bl.a. i lyset af rentefradragets reducerede værdi en helt ny og frivillig virksomhedsbeskatning af selvstændigt erhvervsdrivende. Denne såkaldte virksomhedsordning betød en ændring af den hidtidige fulde og progressive beskatning af personligt drevne virksomheders overskud, som fandt sted, uanset om indehaveren hævdede overskuddet eller lod dette indestå i virksomheden.

I virksomhedsordningen kan der beregnes et kapitalafkast på grundlag af ejerens indestående i virksomheden. Hæves denne del af virksomhedens overskud, beskattes beløbet som anden kapitalindkomst. Opsparing af kapitalafkastet i virksomheden resulterer ligesom opsparing af virksomhedens resterende overskud i beskatning som for selskaber (i dag 34 pct.). Kun hvis ejeren hæver det resterende overskud, sker der fuld personbeskatning, idet beløbet indgår som personlig indkomst ved indkomstopgørelsen.

Virksomheden opgør den skattepligtige indkomst efter lovgivningens almindelige regler, men da der som nævnt sker en selskabslignende proportional beskatning af det opsparede overskud, skal der ikke ske opsplitning i personlig indkomst og kapitalindkomst, og der skal ikke opgøres særlige beregningsgrundlag for bundskat/kommunale skatter og tillægsskatter. Dette medfører, at alle indtægter og udgifter behandles ens, d.v.s. for renteudgifternes vedkommende med fuld fradragsvirkning.

Virksomhedsordningen med dennes langt mere komplicerede indretning end ovenfor beskrevet og den omtalte opsplitningen af andre skatteyderes almindelige indkomst i kapitalindkomst og personlig indkomst med forskellige

beregningsgrundlag for opgørelsen af bundskat, kommunale skatter og tillægs-skatter kan uden overdrivelse siges at have gjort reformpolitikernes erklærede ønske om en forenkling af skattesystemet til skamme.

Pinsen 1993

Umiddelbart før pinse 1993 fremsatte den socialdemokratisk ledede regering den byge af lovforslag, der bar navnet skattereformen af 1993. De nye love blev med et spinkelt flertal vedtaget umiddelbart før tingets hjemsendelse samme sommer og fik virkning fra indkomståret 1994.

Trods betegnelsen skattereform var det væsentligste i lovpakken en gradvis *omlægning* af beskatningen, så beskatningen af arbejdsindkomst i løbet af reformperioden 1994-1998 kunne sænkes. De materielle lovændringer skal ikke bagatelliseres, men kan karakteriseres som i vidt omfang udsprunget af skatteomlægningen. En nedsættelse af den rekordhøje danske marginalskat på 69 pct. og de øvrige skattesatser skulle således finansieres af en cocktail bestående af en udvidelse af skattebasis, indførelse af en bruttoskat (arbejdsmarkedsbidrag), der kunne lede tanken hen på andre landes arbejdsgiverafgifter, en fradragssanering og en kraftig forøgelse af de grønne afgifter.

Udvidelsen af skattebasis skulle ikke blot medvirke til finansieringen af skattenedsættelserne, men skulle samtidig rette op på skævheder og ubalancer i det eksisterende skattesystem.

Hovedelementerne i denne del af reformen blev en sammenhængende beskatning af udbytter og realisationsavancer på aktier, en skærpelse af ejendomsavancebeskatningen og genindførelse af goodwill-beskatningen. Den hermed beslægtede fradragssanering resulterede for lønmodtagernes vedkommende i ændrede regler om erhvervsmæssige befordringsfradrag, som ikke længere kunne opnås ved befordring mellem skiftende eller flere samtidige arbejdspladser, og i skærpede regler om beskatning af personalegoder.

For erhvervsvirksomhederne skete fradragssaneringen ved aftrapning og senere bortfald af varelagermedskrivinger og henlæggelser til investeringsfonds samt ophævelse af reglerne om lempelse for skat, der falder på indkomst erhvervet i udlandet.

Det nyindførte arbejdsmarkedsbidrag skulle opkræves af alle erhvervsaktive lønmodtagere og selvstændigt erhvervsdrivende og skulle øremærkes til nærmere angivne arbejdsmarkedsformål. Arbejdsmarkedsbidraget er hermed ikke begrebsmæssigt en skat, men opfattes utvivlsomt som sådan af det flertal af befolkningen, der rammes af bidragspligten.

Da summen af nedtrappede skatteskalaer og stigende arbejdsmarkedsbidrag i reformperioden ikke afviger meget fra den marginalbeskatning, der fandt sted

før skattereformen, er den lovede sænkning af skattetrykket nok af mere formel end reel substans.

Hertil kommer buketten af skærpede og nye grønne afgifter, som skulle indgå i skatteomlægningen, og som desuden skulle tilskynde til en miljømæssigt bedre adfærd i virksomhederne og befolkningen.

En øget anvendelse af miljøafgifter rummer den dobbelthed eller selvmodsigelse, at skatteprovenuet forsvinder i samme takt, som de miljøpolitiske mål nås. Samme dilemma findes i megen anden afgiftslovgivning, og kun tiden kan vise, om politikernes forventninger om betydelige afgiftsprovenuer bliver så permanente, at de miljøpolitiske motiver - ligesom de sociale og sundhedspolitiske hensyn bag f.eks. alkohol- og tobaksafgifterne - fortrænges.

Set med skatteyderøjne har grønne afgifter desuden den ubehagelige egenskab, at de ikke umiddelbart opleves som en del af det samlede skattetryk. Den psykologiske barriere, der forhindrer uhæmmet udskrivning af indkomstskatter, forsvinder lettere mellem hænderne på skatteyderne, når det gælder miljøafgifterne. Skam få den, der ikke vil bidrage til at redde den truede natur.

Provenumæssigt er der på dette område allerede i dag tale om ganske betragtelige beløb, idet miljøafgifterne efter den gradvise indfasning af skattereformreglerne forventes at udgøre omkring 5 pct. af bruttonationalproduktet.

Jul og nytår 1995

Det er strengt taget ikke korrekt at hægte den såkaldte energipakke, som blev vedtaget i sommeren 1995 med ikrafttræden den 1. januar 1996, op på hverken julemåneden eller nytårsfestlighederne i samme periode.

Når energipakken imidlertid medtages i denne oversigt, er det ikke kun, fordi den faktisk er et reformarbejde på miljøafgiftsområdet, men mere, fordi den kan tjene som skræmmebillede på den type skattelovgivning, der tilsyneladende har mistet jordforbindelsen og prisgiver skatteyderen, der skal lægge ryg til.

Ved lovenes ikrafttræden forelå vejledningerne til lovene, hvis indhold var af særdeles jordnær og praktisk karakter, kun som foreløbige, og på de instruktionsmøder, der blev afholdt *efter* lovenes ikrafttræden, var det ikke muligt for Told- og Skattestyrelsens repræsentanter at give svar på en række tvivlsspørgsmål.

Dette retssikkerhedsproblem, som i det konkrete tilfælde resulterede i en forlænget indkøringsperiode i 1996, er særdeles uheldigt netop på skatteområdet, hvor skatteydernes praktiske og forretningsmæssige

dispositioner kan få helt utilsigtede skattemæssige virkninger, når retsgrundlaget er utilstrækkeligt.

Pinsen 1998

Sidste skud på stammen af reformer og lovpakker er pinsepakken af 1998. Dette reformarbejde er en ejendommelig blanding af velmotiverede ændringer navnlig af speciallovgivningen på erhvervsbeskatningens område og en række tilsyneladende selvmodsigende argumenter for korrektioner af personbeskatningen.

Begundelsen for de gennemførte justeringer af skattesystemet angives at være den for stærke vækst i dansk økonomi og halveringen af arbejdsløsheden siden 1993 sammenholdt med et kraftigt voksende privatforbrug. Hensynet til betalingsbalancen og risikoen for inflation bliver hermed påtrængende dagsaktuelle problemer.

Ikke desto mindre er det mest karakteristiske træk ved pinsepakken, at den foretager en meget forsigtig og langsigtet indslusning af de nye regler, som for de mest kontroversielles vedkommende først får virkning efter årtusindskiftet. Heller ikke realiseringen af et medbestemmende formål med pinsepakken "at forøge den private opsparing" synes foretaget konsekvent. Ganske vist kan den gennemførte sænkning af skatterne for de lave indkomster føre til en forøget opsparing, men kan vel lige så sandsynligt bevirke en yderligere stigning i forbruget. Og i direkte modstrid med det erklærede formål er nedsættelsen af skatteværdien af indbetalinger til kapitalpension.

Pinsepakkens fortsatte nedsættelse af rentefradragets værdi tilskrives også den for lave private opsparing. Rentefradragets skattemæssige betydning har hidtil opfordret til gældsstiftelse, hvorved lovforslagets bemærkninger yderligere henviser til den lavere skatteværdi af boligrenter i bl.a. Norge og Sverige og i andre lande loft over fradragsretten for boligrenter.

Ministeren overser tilsyneladende det tilsvarende lavere skattetryk i disse lande og gør heller ikke opmærksom på, at rentefradragsretten i Danmark altid har været et politisk modstykke til den offentlige regulering af lejeboligområdet, som er et iøjnefaldende særkende for den hidtidige afbalancerede skatte- og boligpolitik.

Det andet medbestemmende formål med pinsepakken "at foretage en ændret byrdefordeling mellem høj og lav indkomst" er realiseret mere konsekvent. Hverken dette formål eller ønsket om at afklare det nævnte fundamentale spørgsmål om rentefradragsrettens fremtid kan dog begrunde den rasende fart, hvormed lovpakken gik gennem Folketinget og med et spinkelt flertal blev vedtaget med ganske få dages frist for interesserede uden for folketingssalen til at udtale sig om lovforslagene.

Samme indvending kan gøres mod den frigørelse af lejeværdibeskatningen fra indkomstbeskatningen, som den fremtidige kommunale ejendomsværdiskat repræsenterer.

Det er muligt, at man her har fundet de vises sten, men konklusionen må ikke desto mindre blive, at også dette fundamentale beskatningsspørgsmål helt unødvendigt er behandlet som hastværksarbejde og ligesom resten af skattereformen majoriseret igennem med det spinklest mulige flertal. Skatteyderne har under alle omstændigheder måttet købe denne pakke ubeset.

Afhjælpning af mangler i forbrugerkøb

af
Peter Møgelvang-Hansen

1. Sælgers afhjælpningspligt. § 78

Blandt de beføjelser, en forbrugerkøber kan gøre gældende, når salgsgenstanden lider af en køberetlig mangel, er afhjælpningskrav efter købelovens § 78:

»Lider salgsgenstanden af en mangel, kan køberen hæve købet eller kræve et forholdsmæssigt afslag i købesummen eller omlevering efter reglerne i § 42, stk. 1, eller § 43, stk. 1 og 2. Køberen kan endvidere forlange, at sælgeren afhjælper mangelen, medmindre dette vil forvolde sælgeren uforholdsmæssig omkostning eller væsentlig ulempe. Ved artsbestemte køb kan sælgeren opfylde sin afhjælpningspligt ved at foretage omlevering.

Stk. 2. Køberen kan holde købesummen tilbage, indtil krav om afhjælpning er opfyldt. Må mangelen anses som uvæsentlig, kan køberen dog ikke tilbageholde et beløb, som åbenbart overstiger, hvad det vil koste at afhjælpe mangelen.

Stk. 3. Har køberen fremsat påkrav om afhjælpning efter stk. 1, og opfylder sælgeren ikke dette inden rimelig tid, kan køberen hæve købet eller, ved artsbestemte køb, kræve omlevering. Køberen kan endvidere lade mangelen afhjælpe for sælgerens regning, for så vidt dette kan ske uden uforholdsmæssige omkostninger.«

1.1. Indhold og betingelser

Efter § 78, stk. 1, kan forbrugeren som udgangspunkt uden videre kræve, at sælgeren uden udgift for forbrugeren sørger for, at salgsgenstanden bringes i mangelfri stand.

Afhjælpningsbeføjelsen står dog ikke til forbrugerenes rådighed, hvis dens gennemførelse i det konkrete tilfælde ville forvolde sælgeren "uforholdsmæssig omkostning" eller "væsentlig ulempe"; dette gælder selvsagt også, hvis den krævede mangelsudbedring ikke er teknisk mulig som f. eks.

ved visse konstruktionsfejl, eller hvor mangelen består i, at det er oplyst, at salgsgenstanden har egenskaber, som er teknisk udelukket ved apparater af denne art, jf. betænkning 845/1978 s. 77. Bevisbyrden for, at der foreligger sådanne særlige forhold, hviler på sælgeren. I givet fald må forbrugeren "nøjes" med at udnytte de øvrige mangelsbeføjelser, som står til rådighed, dvs. forholdsmæssigt afslag (ved værdiforringende mangeler), omlevering/ophævelse (hvis mangelen er væsentlig) og/eller erstatning, der i økonomisk henseende stiller forbrugeren, som om købet var behørigt opfyldt (positiv opfyldelsesinteresse). Erstatning forudsætter et ansvarsgrundlag, som imidlertid for en praktisk betragtning altid er til stede, når købte nye masseproducerede varer (genuskøb) lider af en mangel, jf. § 80, stk. 2. Se i øvrigt nærmere § 78, stk. 1, sammenholdt med § 42, stk. 1, og § 43.

I den sag, der er refereret *Juridisk Årbog 1997.110*, udtalte Forbrugerklagenævnet bl.a., at en fotohandler, der havde beskadiget en film under fremkaldelse, ikke var forpligtet til at udbedre fejl på forbrugers fotografier, idet dette ville forvolde ham uforholdsmæssig omkostning henset til, at prisen for fremkaldelsen var ca. 100 kr.; det ville efter referatet koste 12.000 kr. (SIC!) at udbedre skaden. Som det fremgår, angik sagen ikke køb, men en ulovreguleret tjensteydelse; afgørelsen var imidlertid på dette punkt støttet på en analogi fra købelovens § 78, stk. 1.

Se også *Juridisk Årbog 1997.101*, der nåede samme resultat i en sag, som var omfattet af købeloven, om mangelfuldt tilrettede dragter.

Sælgeren skal opfylde sin afhjælpningspligt (dvs. eliminere mangelen) "inden rimelig tid" regnet fra det tidspunkt, køberen har fremsat krav herom, jf. nærmere under 3 om den tidsmæssige betingelse. Indtil afhjælpningspligten er opfyldt, kan forbrugeren holde købesummen (helt eller delvist) tilbage, jf. nærmere § 78, stk. 2, som (i kreditkøb) på én gang giver sælgeren et incitament til at opfylde afhjælpningspligten og begrænser forbrugers økonomiske risiko for det tilfælde, at mangelen ikke bliver afhjulpet.

1.2. Opfyldelse

Afhjælpningspligten opfyldes som antydnet ved, at salgsgenstanden bringes i mangelfri stand, dvs. ved reparation eller (efter sælgers valg i genuskøb) ved omlevering. Da afhjælpningen skal ske uden udgift for forbrugeren, er dens gennemførelse ofte ensbetydende med, at forbrugeren herefter er afskåret fra andre mangelsbeføjelser. Ubetinget gælder dette dog ikke, idet mangelen meget vel kan have påført køberen tab, der ikke kompenseres gennem

mangelsudbedring, og som kan kræves erstattet efter reglerne om positiv opfyldelsesinteresse. Erstatningsbeføjelsen er ikke nævnt i § 78, og det er fast antaget, at afhjælpning ikke afskærer køberen fra (ansvarsgrundlag forudsat) at kræve erstatning, i det omfang der (fortsat) er et erstatningsberettiget tab, jf. således udtrykkeligt CISG art. 45, stk. 2, sammenholdt med art. 46, stk. 3 om det tilsvarende spørgsmål i internationale køb uden for forbrugerforhold.

1.3. Manglende opfyldelse af afhjælpningspligten

Opfyldes afhjælpningspligten ikke i rette tid, og skyldes det ikke forbrugerens forhold (se nærmere under 3), er forbrugeren berettiget til at hæve købet eller (i genuskøb) omlevering. Disse beføjelser kan i sådanne tilfælde, hvor der foreligger misligholdelse ikke alene af købekontraktens kvalitetskrav, men også af afhjælpningspligten, bringes i anvendelse, selv om mangelen ikke "opfylder" det sædvanlige krav om væsentlighed. Dette fremgår af § 78, stk. 3, som tillige giver forbrugeren ret til at lade mangelen afhjælpes af en anden reparatør for sælgers regning, hvis dette kan ske uden uforholdsmæssige omkostninger. Herudover må antages, at forbrugeren kan vælge (i stedet) at falde tilbage på de øvrige beføjelser, som ellers stod til hans rådighed, dvs. forholdsmæssigt afslag og erstatning, forudsat at de almindelige betingelser herfor er til stede.

Forbrugerens ret til efter § 78, stk. 3, at hæve købet/kræve omlevering, uden hensyn til om mangelen (fortsat) i sig selv kan anses for væsentlig, er et udslag af et ønske fra lovgiverens side om at give sælgeren et incitament til at opfylde afhjælpningspligten, jf. således betænkning 845/1978 om forbruger køb s. 35 og s. 80. I stedet for at hæve kan den forbruger, der har været udsat for et (helt eller delvis) mislykket afhjælpningsforsøg, som nævnt vælge at få et forholdsmæssigt afslag i købesummen, hvis mangelen (fortsat) er værdiforringende. Efter bestemmelsens ordlyd og forarbejder er der dog altid krav på ophævelse/omlevering, og det er således forbrugerens egen afgørelse, om han/hun i stedet vil lade sig nøje med et forholdsmæssigt afslag.

En herfra afvigende fortolkning er anlagt af *Nørager-Nielsen & Theilgaard*: Købeloven med kommentarer (2. udg. 1993), hvor det (s. 1189, jf. s. 1185) antages, at forbrugeren ikke kan hæve/kræve omlevering efter § 78, stk. 3, (men vel kræve et forholdsmæssigt afslag), hvis der efter afhjælpningsforanstaltninger, som i øvrigt er gennemført med rimelig hurtighed og omhu, kun foreligger uvæsentlige mangeler. Denne fortolkning synes at bygge på en forudsætning om, at sælgerens afhjælpningspligt ikke går ud på at frembringe et bestemt resultat, men alene at gøre et fagligt forsvarligt forsøg. Såvel lovteksten som forarbejderne hertil peger dog klart i retning af,

at der påhviler sælgeren et resultatansvar (dvs. pligt til at fjerne mangelen, ikke blot at gøre et behjertet forsøg herpå).

Nørager-Nielsen & Theilgaard støtter deres fortolkning på en række Forbrugerklagenævnsafgørelser, som - uanset at de næppe kan antages at være gået ud fra den nævnte forudsætning - også fortolker § 78, stk. 3, indskrænkende. I *FKN-Årsberetning 1981.15* er således anført, at der er »fast nævnspraksis for, at en køber ikke kan hæve købet på grund af en ubetydelig mangel, som sælger ikke har afhjulpet«. I de samme sted refererede sager blev der dog tilkendt forbrugeren forholdsmæssigt afslag. Jf. også *FKN-Årsberetning 1982. 42*. Heller ikke denne fortolkning af § 78, stk. 3, harmonerer med bestemmelsens ordlyd eller forarbejder. Hertil kommer, at det af hensyn til parternes mulighed for at komme overens uden formelig klagebehandling har en selvstændig værdi så vidt muligt at undgå tvivlsomme afgrænsningsspørgsmål som dem, der er indbygget i den anførte, ældre nævnspraksis.

Hvis det i overensstemmelse med den køberetlige tradition antages, at forholdsmæssigt afslag er udelukket ved "bagatelagtige" mangeler, tyder de nævnte afgørelser i øvrigt på, at det kan være nødvendigt at tage stilling til, ikke alene om genstanden efter reparationen stadig er mangelfuld, men i givet fald også, om mangelen er "ubetydelig" (hvilket efter den omtalte Nævnspraksis antages at udelukke ophævelse efter § 78, stk. 3, men dog ikke et forholdsmæssigt afslag), uden dog at være "bagatelagtig" (hvilket som nævnt traditionelt antages at udelukke forholdsmæssigt afslag).

Nyere praksis ved Forbrugerklagenævnet ligger derimod på linje med det her antagne, jf. således *Juridisk Årbog 1995.202* om havemøbler, der var behæftet med en række mindre fejl, som let kunne være afhjulpet. Forbrugeren havde ved anbefalet brev krævet udbedring af fejlene eller ophævelse af købet. Sælgeren havde alene reageret ved at tilbyde et afslag i prisen på 1.000 kr. Ifølge nævnets sagkyndige kunne skaderne udbedres ved malereparationer for højst 1.000 kr. Nævnet fastslog, at sælgeren ikke havde opfyldt køberens krav om afhjælpning inden rimelig tid, og at forbrugeren derfor var berettiget til at hæve købet, jf. § 78, stk. 3. Se også *Juridisk Årbog 1995.219*, hvor der var gjort adskillige ineffektive forsøg på at afhjælpe mangler ved en el-bil købt for 75.000 kr. "Allerede af denne grund" var køberen berettiget til at hæve, jf. § 78, stk. 3; de citerede ord synes at sigte til, at § 78, stk. 3, i overensstemmelse med det ovenfor anførte bl.a. har den praktisk vigtige funktion at overflødigge en væsentlighedsvurdering af de ikke (fuldt ud) afhjulpne mangler.

2. Sælgers afhjælpningsret. § 79

Mens § 78 varetager forbrugers interesse i afhjælpning (=reparation), tager § 79 sigte på at varetage sælgers interesse i afhjælpning (=reparation eller omlevering). § 79 har følgende ordlyd:

»Giver køberen meddelelse om en mangel, og tilbyder sælgeren at afhjælpe den eller at foretage omlevering kan køberen ikke hæve købet eller kræve et forholdsmæssigt afslag i købesummen, eller, ved tilbud om afhjælpning, omlevering. Dette gælder dog kun, hvis afhjælpning eller omlevering sker inden rimelig tid og uden omkostninger eller væsentlig ulempe for køberen.«

2.1. Indhold og betingelser

§ 79 giver sælgeren mulighed for gennem tilbud om afhjælpning at afværge købers krav om forholdsmæssigt afslag, ophævelse mv. i tilfælde, hvor forbrugeren selv ser sine interesser bedst varetaget af andre mangelsbeføjelser.

Efter § 79 afskærer sælgers tilbud om afhjælpning indtil videre forbrugeren fra hævebeføjelsen etc. Definitiv udelukkelse af de øvrige beføjelser er betinget af, at afhjælpning sker "inden rimelig tid" (se nærmere herom under 4) og "uden omkostninger eller væsentlig ulempe" for forbrugeren.

Indtil afhjælpningstilbuddet er opfyldt, kan forbrugeren tilbageholde købesummen (helt eller delvis). Dette er ikke udtrykkeligt fastsat i § 79, men følger af analog anvendelse af § 78, stk. 2, jf. nærmere under 2.2 om analogispørgsmålet.

Ligesom i de under 1 omtalte tilfælde kan afhjælpningen ikke afskære forbrugeren fra erstatning af et eventuelt videregående tab, jf. således udtrykkeligt § 49, stk. 2, og CISG art. 37, 2. pkt, og art. 48, stk. 1, 2. pkt, om sælgers afhjælpningsret uden for forbruger køb.

2.2. Manglende opfyldelse af afhjælpningsretten

Modsat § 78 indeholder § 79 ikke udtrykkelige regler om retsvirkningen af, at afhjælpningen ikke sker i overensstemmelse med i de bestemmelsen opstillede betingelser. Trangen til at sørge for, at sælgeren har tilstrækkeligt incitament til effektiv afhjælpning, er imidlertid den samme, uanset om sælgers pligt til at afhjælpe er begrundet i købers krav efter § 78 eller sælgers tilbud efter § 79. Hertil kommer, at det i de tilfælde, hvor spørgsmålet bliver aktuelt i det praktiske liv, som oftest ikke er til at få på det rene, om det faktisk, at sælgeren

og forbrugeren nåede frem til, at sælger skulle reparere salgsgenstanden, var udslag af et krav herom fra forbrugeren (jf. § 78) eller et tilbud fra sælgeren (jf. § 79). Dette taler med styrke for at anvende § 78, stk. (2 og) 3, analogt på sælgers afhjælpningsret efter § 79, hvilket da også synes at være den almindelige opfattelse i den juridiske litteratur, jf. *Børge Dahl* i Karnov-note til § 79, 2. pkt., og *Palle Bo Madsen* i Dansk Forbrugerret (1986) s. 320.

Analog anvendelse af § 78, stk. 3, indebærer som nævnt, at manglende rettidig opfyldelse af afhjælpningstilbuddet berettiger forbrugeren til ophævelse/omlevering, uden hensyn til om mangelen (fortsat) i sig selv er væsentlig, samt at regningen for mangelsudbedring foretaget af andre kan videresendes til sælgeren, i det omfang der ikke er tale om uforholdsmæssige omkostninger jf. nærmere under 1.3.

3. Forbrugeren manglende medvirken

Både ved afhjælpningskrav efter § 78 og afhjælpningstilbud efter § 79 må forbrugeren medvirke i et rimeligt omfang til den praktiske gennemførelse.

Manglende medvirken kan bestå i, at forbrugeren ikke sørger for, at en let transporterbar genstand bringes til sælgers værksted, eller at en reparatør ikke inden for normal arbejdstid får adgang til at reparere f. eks. en vaskemaskine på forbrugeren bopæl. Men manglende medvirken kan også bestå i, at forbrugeren blankt afviser sælgerens (berettigede) afhjælpningstilbud, f. eks. på grund af manglende tillid til sælgerens evne til at udbedre mangelen, der måske har "overlevet" tidligere afhjælpningsforsøg.

Forbrugeren manglende medvirken kan efter omstændighederne påvirke vurderingen af, om afhjælpning er sket "inden rimelig tid", til gunst for sælgeren, jf. nærmere under 4.2.

Strander afhjælpningen på, at forbrugeren ikke lever op til rimelige krav om medvirken, herunder afviser et afhjælpningstilbud, der er i overensstemmelse med § 79, må det antages, at sælgerens afhjælpningstilbud får definitiv virkning efter § 79, således at forbrugeren herefter er afskåret fra de mangelsbeføjelser, som afhjælpningsretten ifølge § 79 kan parere (dvs. ophævelse, omlevering og forholdsmæssigt afslag).

Forbrugeren stilles således ikke bedre, end hvis han/hun havde medvirket i rimeligt omfang i sælgerens afhjælpningsbestræbelser, og disse var lykkedes. På den anden side stilles forbrugeren heller ikke ringere, end han/hun ville være stillet, om sælgeren havde afhjulpet mangelen. Lige så lidt som hvis afhjælpningstilbuddet faktisk var blevet opfyldt, er forbrugeren afskåret fra at kræve erstatning (positiv opfyldelsesinteresse) efter almindelige regler, når afhjælpningsforsøg strandede på grund af købers manglende medvirken. Der er således ikke grundlag for at antage, at manglende medvirken fra forbrugeren

side til gennemførelse af afhjælpning nærmest pr. automatik indebærer, at forbrugeren i det hele har afskåret sig fra at gøre mangelsbeføjelser gældende.

Under forudsætning af, at det fornødne ansvarsgrundlag er til stede, fører en erstatningsfastsættelse efter princippet om positiv opfyldelsesinteresse i disse tilfælde (hvor salgsgenstanden stadig er mangelfuld) som udgangspunkt til, at forbrugers erstatningsberettigede tab kommer til at modsvare omkostningerne ved mangelsudbedring (+ eventuelt videregående tab). I overensstemmelse med almindelige tabsbegrænsningsprincipper må forbrugers krav på erstatning af udgifter til mangelsudbedring dog maksimeres til det beløb, afhjælpningen ville have kostet sælgeren.

Tilkendelse af erstatning i overensstemmelse hermed blev da også løsningen i *U 1992.818 V*, der ganske vist ikke angik køb, men en mangelfuld tjenesteydelse; sagens retlige problem var imidlertid i øvrigt analog med det her omtalte. Landsretten udtalte, at forbrugeren ved at nægte den erhvervsdrivende adgang til at effektuere afhjælpningstilbuddet havde afskåret sig fra retten til at hæve aftalen, jf. »grundsætningen i købelovens § 79«, men tilkendte forbrugeren erstatning til mangelsudbedring foretaget af en tredjemand; erstatningen kunne dog ikke overstige det beløb, mangelsudbedring ville have stået tjensteyderen i.

Erstatning ud fra disse synspunkter synes ikke helt sjældent at kunne få betydning i Forbrugerklagenævns sager, hvor forbrugeren f. eks. ikke er indstillet på at give sælgeren mulighed for (yderligere) afhjælpningsforsøg, men hvor Nævnet finder, at sælgeren efter § 79 har krav herpå (jf. herved under 4). Ud over at der skal foreligge et ansvarsgrundlag (hvad der som nævnt stort set altid gør i genuskøb), er det en forudsætning for forbrugers erstatningskrav, at det kan lægges til grund, at salgsgenstanden var mangelfuld. Dette kan efter omstændighederne stille sig tvivlsomt, hvis forbrugers manglende medvirken har ført til, at sælgeren har været afskåret fra at danne sig et indtryk af, om der overhovedet forelå en mangel ved genstanden, og hvis en stillingtagen til spørgsmålet på afgørelsestidspunktet er udelukket, fordi det ville forudsætte besigtigelse af salgsgenstanden, som i mellemtiden er blevet repareret. Dette er måske en medvirkende årsag til, at der indtil for få år siden ikke i Forbrugerklagenævns praksis synes at være afgørelser på linje med den nævnte dom i *U 1992.818 V*, se herved f. eks. *FKN-Årsberetning 1981.53*, *1984.54* (refereret under 4.2) og *1985.55*, der alle statuerede, at forbrugeren på grund af sin manglende medvirken var afskåret fra at gøre krav gældende. Afgørende bliver i praksis, om sagerne er oplyst eller kan oplyses (og bliver det) i et sådant omfang, at der er tilstrækkeligt grundlag for at inddrage det omtalte synspunkt. Den vidtgående officialvirksomhed, som gælder i Nævnsprocessen, taler for, at Forbrugerklagenævnet af egen drift inddrager de relevante retlige synspunkter, som sagen giver anledning til, og så vidt muligt

søger at få afklaret, om der i den enkelte sag er holdepunkt for deres anvendelse.

En nyere Forbrugerklagenævnsafgørelse, som er refereret i *Juridisk Årbog 1996.113*, ligger på linje med det her anførte. Sagen angik køb af gardiner, der i vask krympede mere end forventeligt og derfor blev anset for mangelfulde. Nævnet statuerede, at køberen med urette havde afvist sælgerens afhjælpningstilbud og dermed mistet adgangen til ophævelse, omlevering og forholdsmæssigt afslag, men ikke retten til erstatning. Med henvisning til, at der forelå genuskøb (sælgeren havde haft valgfrihed med hensyn valg af stofruller) og dermed et ansvarsgrundlag efter § 80, stk. 2, jf. § 43, stk. 3, tilkendte Nævnet køberen en erstatning, der under hensyn til forbrugerens tabsbegrænsningspligt blev begrænset til de afhjælpningsomkostninger, sælgeren ville have haft (skønsmæssigt sat til 500 kr.).

Manglende medvirken fra forbrugerens side til afhjælpning af en mangel, herunder (uberettiget) nægtelse af at give sælgeren yderligere forsøg, kan således ikke uden videre føre til, at forbrugeren herefter anses for afskåret fra at påberåbe sig mangelen, da denne som nævnt ikke sjældent kan begrunde (en vis) erstatning af udgiften til reparation foretaget af tredjemand.

I de særlige tilfælde, hvor forbrugeren (uberettiget) har afvist sælgerens tilbud om omlevering, kan tilsvarende synspunkter tale for en erstatning svarende til prisen ved "omlevering" i form af indkøb af mangelfrit eksemplar hos en anden erhvervsdrivende, men således at erstatningen maksimeres til sælgerens indkøbspris, og således at sælgeren kan kræve at få udleveret den mangelfulde genstand (eller dennes værdi fradrages i erstatningen). Se herved *FKN-Årsberetning 1987.32* med referat af en sag, hvor denne betragtning synes at kunne være anlagt.

4. Tidsmæssige betingelser for sælgerens afhjælpning

For at sælgerens afhjælpningsforsøg kan have (definitiv) virkning efter § 78 og § 79, skal afhjælpningen være sket "inden rimelig tid".

4.1. Forskelle på § 78 og § 79

Selv om kriteriet er det samme, er der visse forskelle på de tidsmæssige krav, der kan stilles efter de to bestemmelser.

Fristen for opfyldelsen af sælgerens afhjælpningspligt efter § 78 regnes således fra det tidspunkt, forbrugeren underretter sælgeren om, at der kræves mangelsudbedring, mens begyndelsestidspunktet for sælgers afhjælpningsret efter § 79 er forbrugerens mangelsreklamation. Fristen efter § 79 begynder at

løbe på reklamationstidspunktet, uanset om forbrugeren ikke allerede fra første færd påberåber sig en bestemt mangelsbeføjelse (dvs. også ved såkaldt "neutral" reklamation), ligesom det efter omstændighederne savner betydning, at reklamation ikke er sket (direkte) til sælger, men til f.eks. en producent, der har givet garanti, jf. nærmere § 84.

Det relativt tidlige begyndelsestidspunkt for fristen efter § 79 betyder bl.a., at sælgeren ved (uberettiget) at bestride, at der foreligger en mangel, og/eller ved sendrægtig reaktion på reklamationen uden videre kan spille sig afhjælpningsretten af hænde.

Jf. f. eks. *FKN-Årsberetning 1983.62* (om brugtbilkøb, hvor sælger trods anledning dertil først tilbød afhjælpning af sikkerhedsmangler, da køberen havde fået bilen undersøgt af FDM) og *Juridisk Årbog 1991.110*. I sidstnævnte sag fik forbrugeren ca. 14 dage efter sin (resultatløse) reklamation til en tørretumblersælger over manglende fast aftræksinstallation samt en fejl ved den af sælgeren foretagne el-tilslutning forholdene bragt i orden ved en tilkaldt el-installatør. Forbrugerklagenævnet fandt, at der var tale om køberetlige mangeler, og at forbrugeren derfor havde været berettiget til at sende regningen for el-installatørens mangelsudbedring videre til sælgeren, jf. § 78, stk. 3, (analogt) og nærmere under 2.2. - Sælgeren havde ved reklamationen bestridt, at den manglende aftræksinstallation udgjorde en mangel og synes først efter el-installatørens udbedring at have påberåbt sig sin afhjælpningsret i relation til den ulovlige el-installation.

Forbrugeren synes i sådanne situationer ofte at have mulighed for at modsætte sig, at sælgeren forsøger at afhjælpe efter § 79. Når spørgsmålet herom tilsyneladende kun undtagelsesvis opstår i praksis, hænger det antagelig bl.a. sammen med, at forbrugeren indsigelse herom i almindelighed går tabt, hvis forbrugeren ikke står fast på, at den langt fra entydige frist ("rimelig tid") er udløbet, men alligevel går med til at indlevere salgsgenstanden til reparation. Vælger forbrugeren omvendt at stå fast, har han/hun også mistet sine mangelsbeføjelser (med undtagelse af erstatningsbeføjelsen, se nærmere under 3), hvis Nævnet eller en domstol når frem til, at fristen ("rimelig tid") endnu ikke var udløbet.

Ønsker forbrugeren at gardere sig mod at komme i denne "klemme" i tilfælde, hvor han/hun ved købeaftalens indgåelse er opmærksom på problemet, synes det at kunne ske ved, at forbrugeren betinger sig mangelfri ydelse inden et bestemt tidspunkt, således at det fra første færd må stå sælgeren klart, at købet ellers ikke har forbrugeren interesse ("fixkøb"), jf. herved § 74, stk. 2, 1. pkt., og § 21, stk. 3. Forbrugeren må sikre sig bevis for, at dette vilkår

er en del af købeaftalen. Ved at acceptere et sådant vilkår må sælgeren i almindelighed siges at være gået med til, at afhjælpningsforsøg efter § 79 ikke kan strækkes længere end til den angivne frist. Det bemærkes herved, at der selvsagt ikke er noget i vejen for, at §§ 78-79 fraviges ved aftale til gunst for forbrugeren.

Fra Forbrugerklagenævnets praksis kan henvises til *FKN-Arsberetning 1982.34* og *1983.40*. I begge sager antog Nævnet, at forbrugers betingelse (der tilsyneladende ikke var udtrykkelig) fremgik tilstrækkelig klart af omstændighederne; i førstnævnte sag skulle der leveres en specialsyet kjole til en dansekongurrence, hvis dato forbrugeren havde oplyst sælgeren om, og i den anden skulle der leveres en skindfrakke med pelsfoer inden jul.

Også efter købeaftalens indgåelse, f. eks. ved indlevering af salgsgenstanden til sælger med henblik på afhjælpning af mangeler, synes forbrugeren at have en vis mulighed for at præcisere, hvad der er "rimelig tid" for sælgers afhjælpningsforsøg. Dette kan støttes på princippet i § 74, stk. 2, 2. pkt. (og CISG art. 47), der giver forbruger-køber mulighed for, efter at aktuel misligholdelse er indtrådt, ensidigt at fikse, hvornår forsinkelsen bliver væsentlig for ham/hende. Forbrugeren har dog ikke helt frie hænder ved fastsættelsen af en sådan frist (såkaldt "Nachfrist"), idet den skal være "rimelig". I modsætning til omtalte tilfælde, hvor fristen er fastsat allerede i købeaftalen ("fixkøb"), kan forbrugeren således ikke ved den efterfølgende fastsættelse af "Nachfrist" opnå fuld forudberegnelighed. Omvendt kræver "Nachfristen" (modsat "fixkøbet") ikke sælgerens accept.

Jf. *Juridisk Arbog 1996.115* om køb af en løbedragt, som sælgeren modtog til mangelsudbedring, da sømmen efter et par måneder gik op i det ene bukseben. Reparationen, der var lovet udført på en uge, var endnu ikke udført efter en måned. Herefter gav køberen sælgeren en frist på en uge. Sælgeren overskred fristen med 3 dage. Forbrugerklagenævnet fandt med henvisning til princippet i § 78, stk. 3, at køberen var berettiget til at hæve.

Tilsvarende afgørelse i *Juridisk Arbog 1996.142*, hvor køberen efter sælgers forgæves forsøg på at afhjælpning fejl ved en 20 år gammel campingbus (pris 75.000 kr.) sendte et anbefalet brev på krav om udbedring af nærmere angivne fejl inden 14 dage. Da sælgeren (som i modsætning til Nævnet) ikke mente, at der forelå køberetlige mangeler) ikke reagerede herpå, var køberen berettiget til at hæve efter § 78, stk. 3.

En anden forskel på § 78 og § 79 består i, at det ved den nærmere vurdering af, hvor lang tid der bør indrømmes sælgeren, spiller en rolle, hvem der har taget initiativet til afhjælpningen. Er der spørgsmål om sælgerens afhjælpningsret efter § 79, har sælgeren efter forarbejderne (alt andet lige) "kortere snor", end hvor afhjælpning er krævet af forbrugeren, jf. betænkning 845/1978 om forbruger køb s. 81. Den praktiske betydning af denne forskel lader sig næppe registrere i den foreliggende Nævnspraksis. Det bemærkes herved, at det som tidligere nævnt ofte fortøner sig i det praktiske liv, om indlevering til reparation i det konkrete tilfælde skyldes et krav herom fra køber (§ 78) eller sælger (§ 79).

4.2. "Inden rimelig tid". *Udgangspunkt og faktorer*

Hvor lang tid sælgeren har til sin rådighed, for at afhjælpning (være sig efter § 78 eller § 79) er sket "inden rimelig tid", beror (i øvrigt) på en konkret skønsmæssig vurdering af en række faktorer, der kan gøre sig gældende med vekslende vægt i forskellige sammenhænge og konstellationer. Selv om der på baggrund af forarbejderne (jf. betænkning 845/1978 s. 79), hidtidig Forbrugerklagenævnspraksis og almindelige retlige synspunkter kan opstilles visse retningslinjer og tommelfingerregler, er der tale om en samlet konkret afvejning. På samme måde som ved fastsættelsen af reklamationsfristen i købelovens § 81 (»inden rimelig tid«) har lovgiveren fastsat visse rammer, inden for hvilke der er overladt praksis et vist spillerum.

Et nærliggende *udgangspunkt for vurderingen* er, hvor lang tid man i den pågældende branche normalt bruger til (mod betaling) at reparere defekter af den art, der er tale om. I overensstemmelse hermed kan den måde, hvorpå branchen er opbygget, indirekte komme til at spille en rolle, idet det kan påvirke de almindelige reparationstider, om værkstedsfunktionerne er samlet i producent-, importør/grossist-, og/eller detailledet.

Det følger normalt af det nævnte udgangspunkt og siger i øvrigt næsten sig selv, at *mangelens/reparationens mere eller mindre komplicerede karakter* har betydning for varigheden af afhjælpningsforsøg.

Jf. herved *FKN-Årsberetning 1981.68*, hvor det tog 3 uger (lige omkring årsskiftet) at reparere et armbåndsur, hvilket blev anset for at være "inden rimelig tid" bla. under henvisning til, at det ikke var ualmindeligt, at en reparation som den foreliggende udføres på fabrikken.

Et klart eksempel på for stort tidsforbrug er refereret i *Juridisk Årbog 1992.150* om køb af computer med tilhørende monitor, som ophørte med at virke efter ca. 1 måned og derefter blev indleveret til reparation hos sælgeren. 3 måneder senere hævedes købet af forbrugeren, der i

mellemtiden havde henvendt sig til sælgeren et par gange. Under henvisning til, at afhjælpning ikke var sket "inden rimelig tid", fandtes forbrugeren at have været berettiget til at hæve det samlede køb.

I bestillingskøb eller andre tilfælde, hvor der er sket en vis *individueel tilpasning af salgsgenstanden*, således at det (selv efter mangelsudbedring) kan være svært for sælgeren at afhænde den til anden side, gives der (alt andet lige) sælgeren længere snor end ved salg af standardvarer.

Jf. f. eks. *FKN-Årsberetning 1984.54*, hvor sælgeren af specialsyede gardiner fandtes have mere end ét forsøg til at afhjælpe skævhed, sammenhold under 4.3.1, hvoraf fremgår, at der normalt kun gives ét forsøg til afhjælpning af ukomplicerede mangeler.

Forbrugeren, eventuelt særligt tilkendegivne, behov for hurtigst muligt atter at kunne anvende tingen må selvsagt også tillægges vægt. Det bemærkes herved, at forbrugeren kan modsætte sig afhjælpning i det hele taget, hvis forsøg herpå påfører ham/hende "væsentlig ulempe" (jf. § 79), ligesom det må antages, at forbrugeren på reklamationstidspunktet kan fastsætte en frist, som dog skal være rimelig, jf. nærmere under 4.1 om sådan "Nachfrist" og om forbrugeren mulighed for ved købeaftalens indgåelse at give købet karakter af "fixkøb".

Det harmonerer med "behovfaktoren", at sælgeren alt andet lige har længere tid til sin rådighed, hvis der stilles en (mangelfri) *erstatningsgenstand* til forbrugeren disposition (uden vederlag) i reparationstiden.

I *Juridisk Årbog 1996.129* havde forbrugeren købt en børneudstyrsforretnings sidste eksemplar af en klapvogn. Forbrugerklagenævnet udtalte bl.a.: »Vurderingen af, hvad der kan anses for en rimelig afhjælpningsfrist afhænger af omstændighederne, navnlig køberens behov for en mangelfri genstand og sælgerens mulighed for afhjælpning. I den foreliggende sag var det af væsentlig betydning for forbrugeren igen at kunne benytte det købte i løbet af kort tid.....derfor haft en særlig anledning til at fremskynde afhjælpningen eller til at afværge forbrugeren ulemper ved at tilbyde hende en erstatningsklapvogn i reparationsperioden...gået fire en halv uge siden klapvognens indlevering til reparation, uden at den erhvervsdrivende ifølge det oplyste kunne love, at afhjælpningen ville være foretaget i løbet af nogle få dage. Den erhvervsdrivende fandtes på denne baggrund ikke at have opfyldt sin pligt til at foretage afhjælpning inden rimelig tid,

hvorfor klagerens ophævelse af købet fandtes at have været berettiget, jf. købelovens § 78, stk. 3.«

Vidner de(t) hidtidige (forløb af) afhjælpningsforsøg(et) om smøleri, manglende omhu eller andet *fagligt uforsvarligt forhold* påvirker dette selvsagt rimelighedsvurderingen til ugunst for sælgeren. Det samme må i almindelighed antages gælde ved brudte løfter om reparationens varighed. Se i øvrigt under 4.3.3 om eventuelt flere afhjælpningsforsøg for sælgeren.

FKN-Årsberetning 1983.63 angik en brugt bil. Under henvisning til, at sælgeren, efter at have haft bilen på sit værksted i ca. 3 uger, end ikke havde udbedret påviste sikkerhedsmangler, fandtes forbrugeren berettiget til at hæve købet.

I *FKN-Årsberetning 1980.81* fik forbrugeren ved indlevering af kamera til mangelsudbedring oplyst, at reparationen ville tage 3-4 uger. Efter 6 uger oplyste sælgeren, at der ville gå endnu 6 uger, men tilbød samtidig at stille andet kamera til forbrugers rådighed. Nævnet fandt, at en varighed på ca. 3 måneder, uanset tilbuddet om erstatningskamera, oversteg det rimelige. - Der var tale om en garantireparation, og sagen blev afgjort ud fra retstilstanden inden forbrugerkøbsreglernes ikrafttræden; en vurdering ud fra §§ 78-79 ville dog næppe stille sig anderledes, jf. herved *Børge Dahl & Peter Møgelvang-Hansen: Garantier* (1985) s. 76.

Modsvarende suspenderes fristen, hvis *forbrugeren ikke medvirker* i rimeligt omfang ved afhjælpningens gennemførelse (f. eks. bringer en let transportabel genstand til sælgers værksted, sørger for, at en reparatør får adgang til den mangelfulde vaskemaskine, etc.). Den forsinkelse af afhjælpningens gennemførelse, der skyldes sådanne forhold på forbrugersiden, kommer således ikke til at gå ud over sælgeren ved fastsættelsen af, om afhjælpning er sket "inden rimelig tid". - Om det tilfælde, at afhjælpningsforsøget i det hele strander på grund af forbrugers manglende medvirken, henvises til bemærkningerne under 3.

4.3. Hvor mange forsøg?

Efter forarbejderne ligger det klart, at den konkrete afvejning (jf. under 4.2) efter omstændighederne kan føre til, at sælgeren har mere end ét afhjælpningsforsøg. I relation til spørgsmålet om, hvorvidt forbrugeren kan hæve eller kræve omlevering efter (analogien fra) § 78, stk. 3, er således udtalt følgende i betænkning 845/1978 s. 79 f:

»Har sælgeren i det væsentlige udbedret en mangel, må det imidlertid ikke sjældent kræves, at køberen på ny giver sælgeren mulighed for at reparere genstanden, inden han benytter sig af de i stk. 3 nævnte beføjelser. Det samme gælder, hvis sælgeren ved afhjælpningsforsøgets afslutning har haft grund til at antage, at mangelen var udbedret. Som eksempel herpå kan nævnes udbedring af en mangel, der skyldes en forkert justering af en teknisk kompliceret genstand. Når sælgeren ændrer justeringen, vil han ofte kunne have grund til at tro, at mangelen er udbedret, uanset det efter en vis tids brug viser sig ikke at være tilfældet. Selv om der i visse situationer er grund til at indrømme sælgeren flere afhjælpningsforsøg, skal det dog understreges, at køberen efter forslaget ikke skal affinde sig med adskillige forgæves forsøg, som medfører ikke ubetydelige ulemper for ham.«

Forarbejderne indeholder derimod ikke udtalelser om, hvor mange forsøg der bør indrømmes sælgeren, når køberen, efter sælgerens forgæves afhjælpningsforsøg, ønsker et forholdsmæssigt afslag i købesummen. Denne situation er ikke omfattet af § 78, stk. 3. Hverken lovteksten eller dens forarbejder tvinger således til en fortolkning, hvorefter antallet af afhjælpningsforsøg, når køberen kræver forholdsmæssigt afslag, er det samme, som når han/hun fremsætter krav efter stk. 3, dvs. om ophævelse, omlevering eller afhjælpning ved andre for sælgers regning. Der synes dog ikke at være grundlag for at antage, at sælgeren, når alternativet er forholdsmæssigt afslag, har flere afhjælpningsforsøg, end hvor det er en af beføjelserne i § 78, stk. 3. I givet fald ville den køber, der på grund af et mislykket afhjælpningsforsøg har mistet tålmodigheden med sælgeren, have et kraftigt incitament til at hæve købet efter (analogien fra) § 78, stk. 3, selv om han/hun i virkeligheden så sine interesser bedst varetaget med et forholdsmæssigt afslag, som set fra sælgerens synsvinkel er en mindre vidtgående sanktion end ophævelse. Det ville da heller ikke harmonere med købelovens system, om betingelserne for forholdsmæssigt afslag var strengere mod køberen end betingelserne for ophævelse, medmindre der var klare holdepunkter herfor. Den køberetlige tradition peger nærmest i den stik modsatte retning og støtter således den antagelse, at køberen alt andet lige har lettere ved at få adgang til forholdsmæssigt afslag end til de øvrige nævnte beføjelser.

4.3.1. Normalt kun ét forsøg

På grundlag af den netop citerede betækningsudtalelse synes det at kunne opstilles som almindelig regel, at sælgeren kun har ét afhjælpningsforsøg, idet det kræver en særlig begrundelse, for at der kan bevilges et yderligere forsøg.

Almindelige kontraktretlige synspunkter om anteciperet misligholdelse (in casu af afhjælpningspligten/-tilbuddet) taler for, at yderligere forsøg som altovervejende hovedregel er udelukket, når tidligere afhjælpningsforsøg ikke er udført rimeligt hurtigt og/eller vidner om mangel på omhu eller fagligt uforvarselig udførelse i øvrigt. I modsætning til sædvanlige reparationstilfælde (uden for køberetlige sammenhæng) er der i den foreliggende sammenhæng tale om svigt i sælgerens "faglige beredskab" ikke alene i forbindelse med den mislykkede mangelsreparation, men også derved, at den mangelfulde salgsgenstand allerede ved leveringen slap igennem sælgerens (og tidligere omsætningsleds) kvalitetskontrol.

Det forekommer på denne baggrund at være nærliggende at opstille en almindelig formodning for, at der ikke er udvist den fornødne faglige omhu med den virkning, at der skal noget særligt til, for at der kan tilkomme sælgeren mere end ét afhjælpningsforsøg.

Se herved *FKN-Årsberetning 1984.38* om køb af grammofoon pick-up, der både i første omgang og ved omleveringsforsøg blev leveret i forkert type; forbrugeren hævdede herefter købet, hvilket Nævnet fandt var berettiget. Jf. også *FKN-Årsberetning 1981.68*, hvor de to splitter, der holdt en urrem sammen, var for korte, men let kunne fastgøres effektivt ved limning. Trods dette var det efter to afhjælpningsforsøg ikke lykkedes sælgeren at ordne forholdet. Forbrugeren var berettiget til at hæve urkøbet. - Efter det her anførte havde forbrugeren denne ret allerede efter første forgæves forsøg; dette spørgsmål forelå ikke for Nævnet, da der først blev klaget efter det andet forgæves forsøg. Se i samme retning måske også *Juridisk Årbog 1993-94.193* om reparation af en walkman, der "gik" for langsomt.

Udtalelsen i *FKN-Årsberetning 1981.14* ligger for så vidt på linje med det her anførte, som den går ud på, at der normalt kun accepteres ét forsøg. Udtalelsen tager dog kun sigte på "ukomplicerede mangeler", hvilket forekommer at være for unuanceret, hvis det skal forstås således, at der automatisk er to forsøg ved de komplicerede, jf. nærmere under 4.3.3. Desuden er FKN-udtalelsen begrænset til at angå tilfælde, hvor der er tale om "samme mangel". Hvis dette skal forstås således, at sælgeren i almindelighed har (mindst) ét forsøg pr. mangel, når der er tale om "forskellige mangeler", harmonerer den ikke med det her antagne. Som nærmere omtalt under 4.3.2 synes der i det hele taget ikke at være tilstrækkeligt grundlag for at operere med en sondring mellem "samme mangel" og "forskellige mangeler".

4.3.2. "Samme mangel" - "forskellige mangeler"

Modsat forarbejderne opererer/opererede Forbrugerklagenævnet som netop nævnt (undertiden) med en sondring mellem "samme mangel" og "forskellige mangeler". Til støtte for at tillægge denne distinktion retlig betydning ved afgørelsen af, hvad der er "rimelig tid", kan bla. anføres, at sælgerens afhjælpningspligt/-ret aktualiseres i en bestemt situation, hvor der reklameres i anledning af, at en bestemt negativ egenskab ved salgsgenstanden har manifesteret sig, og at det således er den konkrete reklamationsårsag, der skal elimineres "inden rimelig tid". Vælger man at fokusere på den erhvervsdrivende i dennes egenskab af reparatør snarere end som sælger, kan det da også være nærliggende at anlægge den betragtning, at man i princippet starter forfra, hvis der senere viser sig en anden negativ egenskab, som udgør en mangel, idet den erhvervsdrivende bør have samme chance for at udbedre den nyopdagede defekt som den tidligere.

Jf. *FKN-Årsberetning 1981.14* om en skosag, hvor sælgeren ikke fik to forsøg til at eliminere "samme mangel", sammenholdt med *FKN-Årsberetning 1987.46*, hvor der tilsyneladende efter Nævnets opfattelse forelå "forskellige mangeler". Sagen angik et par sko, hvis klæbning var for svag, hvilket gjorde dem mangelfulde. Første afhjælpningsforsøg fandt sted ca. 14 dage efter købet, da overlæderet gik fra tåen på den højre sko. Kort tid efter gik den venstre sko fra i hælen. Forbrugerklagenævnet fandt, at sælgeren havde endnu et (og kun endnu et) afhjælpningsforsøg, idet der kunne ske let og hurtig afhjælpning, og da fejlen på hælen efter Nævnets opfattelse ikke burde være konstateret eller afhjulpet ved den første reparation.

Herimod taler imidlertid det forhold, at det er den erhvervsdrivendes grundlæggende forpligtelse at skaffe køberen et mangelfrit produkt. Dette skulle være sket allerede i første omgang, dvs. ved salgsgenstandens levering. Selv om den enkelte reklamation har en konkret negativ egenskab som sin umiddelbare årsag, er det selvsagt fortsat levering af et mangelfrit produkt, der står i centrum som sælgerens forpligtelse, således at det er denne, der skal opfyldes "inden rimelig tid". Ved teknisk komplicerede apparater består forbrugerens "problemidentifikation" i en konstatering af, at apparatet ikke virker, som det skal. Jf. herved f. eks. *Juridisk Årbog 1993-94.96* om køb af en printer, som sælgeren fik til reparation 4 gange, hver gang på grund af "manglende funktion". Det er den manglende funktionsdygtighed på grund af mangeler, ikke de muligt forskellige tekniske årsager hertil, der er forbrugerens problem, og som i en købelovssammenhæng tillige bør være den erhvervsdrivendes problem qua sælger. Eller udtrykt på anden måde: Det centrale for

sælgerens afhjælpning er at råde bod på den kvalitetskontrol, som svigtede i forbindelse med leveringen af salgsgenstanden i første omgang.

Endvidere må man være opmærksom på, at en ordning, hvor der i princippet startes forfra med afhjælpning, når det ikke er "samme mangel", giver sælgeren et uheldigt incitament til at vælge den "minimale" reparationsløsning ved mangelsafhjælpning (der er vederlagsfri for forbrugeren), idet sælgeren kunne være fristet til at begrænse sin indsats til overfladisk symptombehandling, jf. til illustration den overfor omtalte skosag i *FKN-Årsberetning 1987.46*.

Hertil kommer for en praktisk betragtning, at det formentlig sjældent er til at gennemskue uden nærmere teknisk undersøgelse (og sammenligning med eventuelle optegnelser vedrørende tidligere afhjælpningsforsøg), om det er den "samme" eller "en anden" mangel, der ytrer sig på det senere tidspunkt.

Det anførte taler for at frakende en sondring mellem "samme mangel" og "forskellige mangeler" betydning ved afgørelsen af, om afhjælpning er sket "inden rimelig tid".

Dette er dog ikke ensbetydende med, at det ved komplicerede mangeler er udelukket, at sælgeren kan få mere end ét forsøg i overensstemmelse med det under 4.3.3 og 4.3.4 nævnte, men "blot" at fristen "inden rimelig tid" ses som en enhed, hvor det afgørende er, at forbrugeren har fået en mangelfri genstand "inden rimelig tid", og at det ved afgørelsen heraf er uden betydning, om der antages at foreligge en eller flere forskellige mangeler.

4.3.3. Hvornår to forsøg?

Som anført under 4.3.1 kræver det en særlig begrundelse, for at sælgeren kan få endnu et afhjælpningsforsøg. Ved afgørelsen af dette spørgsmål har Forbrugerklagenævnet (tidligere) i særlig grad lagt vægt på arten af den mangelfulde genstand, således at sælgeren ved teknisk komplicerede genstande efter Nævnspraksis normalt har to (eller flere) afhjælpningsforsøg, jf. således *FKN-Årsberetning 1981.13*.

Det forhold, at salgsgenstanden er teknisk kompliceret, kan dog ikke i sig selv være tilstrækkelig begrundelse. Det afgørende i så henseende synes at måtte være, om sælgeren kan afsvække den (under 4.3.1) nævnte formodning, således at det kan lægges til grund, at mangelen er af en sådan karakter, at den ikke burde være (lokaliseret og) elimineret i første forsøg, jf. herved det ovenfor anførte citat fra betænkning 845/1978. Desuden må det spille en rolle for vurderingen, om det andet forsøg kan forventes at bringe salgsgenstanden i mangelfri stand hurtigt og uden stort besvær for forbrugeren.

I modsætning til det her antagne synes, i hvert fald tidligere, offentliggjort Nævnspraksis ved de teknisk komplicerede genstande nærmest at operere med den tommelfingerregel, at sælgeren i almindelighed har 2 afhjælpningsforsøg. Jf. således *Nørager-Nielsen & Theilgaard: Købeloven med kommentarer (2*

udg. 1993) s. 1180 (hvis opfattelse tilsyneladende går ud på, at dette gælder generelt, dvs. også ved ukomplicerede mangeler, se herom under 4.3.1).

Forsøg på at fastlægge afstanden mellem det her antagne og (tidligere) Nævnspraksis er dog forbundet med nogen usikkerhed. Denne beror dels på, at der i de offentliggjorte sagsreferater ofte savnes nærmere konkrete oplysninger om de faktiske forhold, dels på, at forbrugerne gennemgående synes at være ret så tålmodige, således at der først klages på et tidspunkt, da spørgsmålet ikke længere er "sat på spidsen", idet er åbenbart, at forbrugeren skal have medhold. For at nå en afgørelse, hvorefter forbrugeren kan hæve efter to mislykkede afhjælpningsforsøg, behøver Nævnet jo ikke tage stilling til, om forbrugeren kunne have hævet allerede efter det første mislykkede forsøg, og det gør Nævnet da normalt heller ikke.

Til illustration kan henvises til *Juridisk Årbog 1989.63*, hvor Forbrugerklagenævnet anerkendte forbrugers ophævelse med henvisning til, at det ikke var lykkedes sælgeren efter to udskiftninger af billedrøret i det købte TV at afhjælpe mangelen ("sorte pletter på billedrøret" - "samme mangel"?), og *Juridisk Årbog 1991.135*, hvor Nævnet nåede samme resultat i en sag vedrørende en (teknisk kompliceret?) skrivemaskine, hvor forbrugeren hævdede købet, da andet afhjælpningsforsøg havde strakt sig over en måned; første forsøg varede ca. 1½ måned; der var tilsyneladende tale om "samme mangel". Se herved også *FKN-Årsberetning 1980.93* om en lighter til ca. 150 kr. (vel næppe teknisk kompliceret); køber kunne hæve, efter at sælgeren havde foretaget omlevering 2 gange, men forbrugeren stadig ikke havde nogen mangelfri lighter; det fremgår ikke, om der var tale om "samme mangel" (=konstruktionsfejl) eller "forskellige mangeler" ved de tre lightere)

4.3.4. Flere end to forsøg?

Den ovenfor citerede udtalelse fra betænkning 845/1978 s. 79 f viser, at købelovudvalget ikke var blind for, at sælgeren efter omstændighederne kan være berettiget til "adskillige" (dvs. mere end to) forsøg, men at det skulle være en forudsætning herfor, at det ikke påfører køber ikke-ubetydelige ulemper.

Det siger sig selv, at begrundelsen for at give et tredje forsøg skal være stærkere end den, der efter det anførte må kræves for det andet forsøg. Hertil kommer, at det med støtte i forarbejderne kan opstilles som en minimumsbetingelse, at der ikke påføres køberen ikke-ubetydelige ulemper.

Blandt de offentliggjorte Nævnsafgørelser ses en del eksempler på, at Forbrugerklagenævnet har accepteret flere end 2 afhjælpningsforsøg. Jf. senest

Juridisk Årbog 1995.152, som accepterede 3 forsøg på reparation af et TV med henvisning til, at Nævnet »ikke fandt fuldt tilstrækkeligt grundlag for at antage, at sælgerens afhjælpningsret var opbrugt, idet der var tale om et teknisk set kompliceret produkt, hvor fejl kan være vanskelige at lokalisere og afhjælppe, og da sælgerne havde oplyst, at der er tale om en sjældent forekommende fejl.« I mangel af nærmere oplysninger om de konkrete forhold i sagerne er det imidlertid vanskeligt at få et indtryk af, hvorvidt de øvrige offentliggjorte afgørelser harmonerer med det anførte.

Som eksempler kan nævnes *FKN-Årsberetning 1983.76*, hvor det udtaltes, at et el-orgel er en så kompliceret teknisk genstand, at sælgeren burde have et tredje afhjælpningsforsøg; der var tale om "periodiske" fejl. Tilsvarende udtalelser i *FKN-Årsberetning 1981.13* og *14* om henholdsvis et jagtgevær og et ur.

Også spørgsmålet om berettigelsen af et 4. og endog et 5. afhjælpningsforsøg har været fremme. I den offentliggjorte praksis synes dog ikke at foreligge eksempler på afgørelser, der udtrykkeligt accepterer mere end 3 forsøg.

FKN-Årsberetning 1987.25 afviste således yderligere afhjælpningsforsøg i et tilfælde, hvor sælgeren havde haft et stereoanlæg til reparation i alt 3 gange, heraf 2 for "samme fejl"; der blev bl.a. henvist til, at en af de reparationerne havde taget 4½ måned. Tilsvarende resultat i *FKN j.nr. 84-136-36* (gengivet i "EDB-retlige afgørelser 2" s. 78) om fabrikationsfejl ved hjemmecomputer; sælgeren havde forgæves forsøgt omlevering 3 gange. *FKN j.nr. 84-136-10* (gengivet i "EDB-retlige afgørelser 1" s. 113) synes kun at adskille sig herfra derved, at sagen først blev rejst efter 4 forgæves omleveringsforsøg.

5. Sammenfatning

Købelovens § 78 og § 79 angår sælgerens pligt henholdsvis ret til at afhjælpe mangeler.

Sondringen mellem sælgers afhjælpningspligt (§ 78) og sælgers afhjælpningsret (§ 79) beror på, hvem der i det konkrete tilfælde har taget initiativet til, at et givet mangelsproblem skal søges løst ved afhjælpning (reparation eller - efter sælgers valg - omlevering). I praksis bliver spørgsmålet oftest først gjort til et retligt problem på et tidspunkt, da det ligger fast, at sælger skal forsøge at afhjælpe, uden at det med sikkerhed kan fastslås, om dette er udslag af et krav herom fra sælgers eller købers side. Det er bl.a. derfor nærliggende så vidt muligt at fortolke § 78 og § 79 på samme måde, hvilket da

også synes at være den almindelige opfattelse, jf. nærmere under 2.2 om retsvirkningen af mislykkede afhjælpningsforsøg. Forskelle gælder dog i begrænset omfang med hensyn til beregningen af fristen for sælgerens afhjælpning; fristen er alt andet lige kortere ved afhjælpning på sælgerens initiativ efter § 79, end tilfældet er ved afhjælpning efter § 78. Se nærmere under 4.1.

Mislykkes sælgerens afhjælpningsforsøg, være sig efter § 78 eller § 79, har køberen ret til at hæve eller kræve omlevering, uden hensyn til om mangelen (fortsat) er væsentlig. Forbrugeren kan også vælge at afkræve sælgeren et beløb svarende til tredjemands (ikke uforholdsmæssige) reparationsregning til sælgeren. Forbrugerklagenævnets praksis synes at bygge på den opfattelse, at ophævelse og omlevering er afskåret, hvis der efter afhjælpningsforsøg kun resterer ubetydelige mangeler. Dette harmonerer ikke med det her antagne. Med mislykket afhjælpning sidestilles tilfælde, hvor sælger overhovedet nægter at modtage genstanden til vederlagsfri reparation efter § 78, fordi sælgeren med urette bestrider, at der foreligger en mangel. Se i det hele under 1.3 og 2.2.

Lykkes det sælgeren at afhjælpe mangelen i overensstemmelse med § 78 eller § 79, er køberen afskåret fra de fleste mangelsbeføjelser. Køberen bevarer dog alt andet lige retten til at kræve erstatning i form af positiv opfyldelsesinteresse, jf. nærmere under 1.2. Dette har bla. betydning for det tilfælde, at køberen med urette nægter at give sælgeren adgang til at afhjælpe, herunder med urette nægter sælgeren yderligere forsøg på afhjælpning. I så fald stilles parterne, som om sælgeren havde afhjulpet mangelen, dvs. køberen bevarer sin ret til erstatning i samme omfang, som hvis afhjælpning var sket. Køberen kan således i sådanne tilfælde alt andet lige kræve, at sælgeren erstatter f. eks. (en del af) det beløb, køberen har måttet betale til tredjemand til mangelsudbedring. Se nærmere under 3.

Sælgerens afhjælpning skal være sket »inden rimelig tid« for at få retsvirkninger efter §§ 78-79. Afgørelsen heraf beror på et konkret skønsmæssig vurdering. På grundlag af købelovudvalgets betænkning og almindelige principper lader sig dog opstille visse tommelfingerregler mv.

Et nærliggende almindeligt udgangspunkt er den tid, man i den pågældende branche normalt bruger til (mod betaling) at reparere defekter af den pågældende art. Se nærmere under 4.2, hvor tillige er opregnet en række faktorer, som kan føre til fravigelse (i begge retninger) af den frist, der følger af det nævnte almindelige udgangspunkt.

Normalt kan der ikke antages at tilkomme sælgeren flere end ét forsøg til at sørge for, at salgsgenstanden bringes i mangelfri stand, jf. nærmere under 4.3.1, hvor dette antages at gælde generelt, dvs. også ved komplicerede genstande og uden hensyn til, om den mangel, der manifesterer sig på et senere

tidspunkt er "den samme" eller "en anden", jf. nærmere herom under 4.3.2. Den særlige begrundelse, der er nødvendig for, at sælgeren kan få endnu et forsøg er omtalt under 4.3.3, og under 4.3.4 er nævnt de (endnu strengere) betingelser, som synes at skulle være opfyldt, for at der gives sælgeren yderligere forsøg.

Udbud og konkurrenceregler

af
Jens Fejø

1. Indledning

I forbindelse med udbudsforretninger, herunder specielt offentlige udbud i henhold til EU-direktiverne, vil der undertiden opstå spørgsmål, som har relation til konkurrenceretten, som denne er nedfældet i TEF artikel 85 ff. Også national konkurrenceret kan komme ind i billedet. I dette lille julebogsbidrag skal peges på enkelte problemstillinger, hvoraf nogle synes uproblematisk, medens andre må anses af interesse for et nærmere studium.

2. Udbudsreglernes formål

Udbudsregler, herunder EU's regler om offentligt udbud, som disse primært er udformet i Rådets direktiver fra 1992 og '93 (Rdir 92/50, Rdir 93/36, 93/37 og 93/38) med senere ændringer, har primært til formål at skabe åbenhed og gennemsigtighed, fairness fra de offentlige myndigheders og udbyderes side, ligebehandling af bydende eller potentielt bydende virksomheder, samt at skabe sikkerhed for, at der ikke fra det offentliges side udøves magtfordrejning m.v. Det er i EU-sammenhæng åbenbart, at formålet med udformningen af direktiverne herved har været – gennem specificerede procedurer – at modvirke, at der fra medlemsstaternes side sker overtrædelse af navnlig reglerne i TEF artikel 30 ff. om forbudet mod handelshindringer og artikel 59 om tjenesteydelser. Men det må tillige anses som et af formålene, og måske det vigtigste, gennem udbudsprocedurerne at sikre konkurrencen, primært mellem de bydende indbyrdes. Først herigennem sikres en optimal ressourceudnyttelse. Man skal i denne sammenhæng ikke ganske overse den ret upåagtede bestemmelse i TEF artikel 3a, hvorefter en *åben markedsøkonomi* gøres til et centralt element i gennemførelsen af EU's økonomiske politik.

3. Konkurrencereglerne betydning i udbudssammenhæng

Det kan utvivlsomt slås fast, at TEF artikel 85, som forbyder konkurrencebegrænsende aftaler m.v. på EU-markedet, der kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, kan finde anvendelse, hvis potentielle bydere på en udbudsforretning i fællesskab aftaler, hvilke priser, den enkelte skal fastsætte i sit bud, eller hvilke specifikke krav i øvrigt af særlig betydning for kontraktens fuldbyrdelse den enkelte fastlægger i sit bud. Et nyligt eksempel herpå er f.eks. fremkommet i Kommissionens behandling af "Rørkartellet" [foreløbig kun offentliggjort ved pressemeddelelse IP/98/917 af 21. oktober 1998], hvor det fremhæves, vedrørende kartelmedlemmerne:

"From 1994 onwards the whole European market (worth around ECU 400 million) was cartellised. In Germany and Denmark, the two largest markets, the producers operated a particularly sophisticated system of bid-rigging: a "favourite" was nominated to win each contract and the other cartel members put in higher offers".

Desuden tales der om, at

"The customers for district heating pipes are mainly public and local government authorities. Contracts are awarded on the basis of competitive tendering and the larger projects are subject to European Union (EU) Public Procurement rules; these were deliberately flouted by the cartel. Moreover, the cartel allocated national market quotas to its members and fixed prices in the pipes market".

Der blev pålagt karteldeltagerne betydelige bøder, i alt på ca. 92 mio. ECU.

Man må imidlertid se denne sag som et tilfælde, hvor Kommissionen har anset virksomhedernes handlemåde for særlig grell. Andre "kartelsituationer" kan imidlertid meget vel tænkes gjort til genstand for behandling under TEF artikel 85, hvor virksomhederne vel ikke foretager så åbenbare overtrædelseshandlinger, men hvor en udvist adfærd på anden måde kan tænkes at opfylde de i artikel 85 opstillede betingelser: aftale eller samordnet praksis mellem virksomheder, som har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen inden for fællesmarkedet, og som kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater. Sådanne situationer, men naturligvis af en ganske anden karakter, kan f.eks. tænkes at foreligge, hvor virksomheder, som under en udbudsprocedure er blevet prækvalificerede, indkalder bygherren eller den offentlige udbyder i øvrigt, til møde, hvorunder de prækvalificerede virksomheder gennem "aftale" eller "samordnet praksis" søger at afgrænse det område, inden for hvilket de ønsker at byde under konkurrence-

vilkår. Det er ikke afklaret, i hvilket omfang EU-konkurrenceretten ville finde anvendelse på sådanne foranstaltninger, men det synes ikke at være udelukket, at betingelserne i artikel 85, stk. 1 gennem sådanne møder kan blive opfyldt. Selv om der kan være god fornuft i visse af sådanne fælles afgrænsninger af udbudsforretningen, har EU-udbudsdirektiverne ikke fundet anledning til at indføre særregler, som omfatter sådanne tiltag.

EU-konkurrencereglerne som forbudsregler virker i denne sammenhæng stærkt, og det synes klart, at dispensationssystemet i medfør af artikel 85, stk. 3 ikke her er velegnet. Dette system forudsætter normalt anmeldelse til Kommissionen og dérfra en individuel beslutning, som undertiden kan lade vente på sig i årevis. Det er naturligvis et betydeligt usikkerhedsmoment at bringe ind i en udbudsforretning og er derfor ikke velegnet til at afbøde den usikkerhed, som EU-konkurrenceregelværket naturligt vil tilføre udbudsretten i den skitserede situation.

Det er i denne forbindelse nærliggende at erindre om, at der i lovbemærkningerne til den danske Konkurrencelov af 1997 er indarbejdet et udsagn om afgivelse af fælles bud på en bestemt opgave. I lovbemærkningerne hedder det således:

“Det anses ikke for konkurrencebegrænsende, at flere virksomheder i samme omsætningsled inden for en branche afgiver fælles bud på en bestemt opgave, hvis ingen af de pågældende virksomheder alene ville have kunnet klare opgaven (f.eks. på grund af kravene til knowhow, kapacitet eller økonomiske ressourcer)” (FT 1996-97, Till.A side 3659, v.sp.).

Rækkevidden af lovbemærkningernes udsagn på dette punkt må give anledning til tvivl¹. Således vil der utvivlsomt kunne indgås aftaler på det horisontale plan, som dækkes af dette udsagn, men som samtidig vil have stærkt konkurrencebegrænsende virkning. Den omstændighed, at ingen af de pågældende virksomheder alene ville have kunnet klare opgaven, udelukker nemlig ikke nødvendigvis, at der gennem sådanne aftaler vil kunne etableres en tilstand, hvor enkeltstående virksomheder, som ikke deltager i det pågældende samarbejde, let bliver stillet ringere gennem den modvægt i budsituationen, der etableres med det skitserede samvirke.

Er man i en størrelsesorden, hvor EU-retsreglerne finder anvendelse, er der grund til her at erindre om, at EU-praksis tidligere har opereret inden for dette område. Således kan især nævnes sagen vedrørende Bygge- og anlægsbranchen

1. Se herved min Konkurrenceloven af 1997 med kommentarer, side 106 f.

i Nederlandene [*Bygge- og anlægsbranchen i Nederlandene*, 5.2.1992, EFT L 92/1], som angik tilbudsgivning ved licitationer. Såvel Retten [*SPO m.fl. mod Kommissionen*, sag T-29/92, dom af 21.2.1995, Sml. 1995, II-289] som EF-domstolen [*SPO: Vereniging van Samenwerkende Prijsregulende Organisaties in de Bouwnijverheid mod Kommissionen*, sag C-137/95P, kendelse af 25.3.1996, Sml. 1996-I, 1611] opretholdt, at Kommissionen havde pålagt store bøder. Det var herved ikke et acceptabelt forsvar, at licitationer uden koordinerende bud ville føre til ruinerende konkurrence.

Man kan undertiden overveje, om rene udbudssager, også vil kunne angribes ud fra konkurrenceretlige aspekter. Til illustration af dette synspunkt kan eksempelvis henvises til en sag, der har været behandlet af det danske Klagenævn for Udbud, og som alene blev behandlet efter udbudsreglerne². Man kunne imidlertid eventuelt have overvejet fra parternes side, om det havde været relevant at inddrage også konkurrenceretlige aspekter.

Undervisningsministeriet foretog på Kulturministeriets vegne et begrænset udbud efter tjenesteydelsesdirektivet af rådgivende ingeniørvirksomhed i forbindelse med ombygningen af Det Kongelige Bibliotek i København. 6 prækvalificerede rådgivende ingeniørfirmaer afgav tilbud indeholdende 4 enslydende forbehold. Forbeholdene var konciperet af de bydende i fællesskab og således identiske for samtlige tilbudsgivere. På grund af 2 af disse forbehold anså udbyderen sig for berettiget til at forkaste tilbuddene som ikke-forskriftsmæssige og til at iværksætte den særlige procedure efter tjenesteydelsesdirektivets artikel 11, stk. 2, litra a [dvs. udbud efter forhandling, når der har været tale om ikke-forskriftsmæssige bud], hvorefter udbyderen indgik aftale med det rådgivende ingeniørfirma, hvis projekt et bedømmelsesudvalg havde vurderet som det bedste. Foreningen af Rådgivende Ingeniører indgav klage over Undervisningsministeriet og nedlagde påstand om, at Klagenævnet for Udbud skulle fastslå, at ministeriet havde været uberettiget til at forkaste de 6 tilbud som ikke-forskriftsmæssige og derfor uberettiget til at iværksætte proceduren efter artikel 11, stk. 2, litra a. Klagenævnet fandt imidlertid, at indklagede ikke i forbindelse med udbuddet havde handlet på en måde, der afskar ministeriet fra at forkaste tilbuddene, idet det herved specielt bemærkedes, at det ikke påhviler en udbyder udtrykkeligt at anføre, i hvilke situationer tilbud vil blive forkastet som ikke-forskriftsmæssige.

2. Det Kongelige Bibliotek, kendelse af 8. juni 1995.

4. Afslutning

Selv om udbudsregler og konkurrenceregler er udformet som hver sit regelsæt, er der mange skæringspunkter mellem dem. Her har alene ganske enkelte været berørt. Det forekommer imidlertid nærliggende at overveje, om en frugtbar symbiose, såvel forskningsmæssigt som praktisk, ville kunne opnås, hvis en mere aktiv tværgående behandling af de konkurrence- og udbudsmæssige problemstillinger blev bragt i anvendelse. Herunder ville det eksempelvis også være nærliggende at overveje, om TEF's regler om forbud mod misbrug af dominerende markedsstilling efter artikel 86, ville kunne komme ind i billedet, det være sig på udbyderside eller byderside. Måske kunne f.eks. det komme på tale at anvende artikel 86 i forhold til en dominerende byders binding af underleverandører til skade for konkurrerende bydere eller at anvende bestemmelsen over for snærende og eksklusive vilkår, der fra det offentliges side pålægges en eventuelt kontraktthaver.