

Juridisk Institut

Julebog 1999



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
1999

Juridisk Institut – Julebog 1999

1. udgave, 1. oplag

© 1999 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 1999

ISBN 87-574-0565-4

ISSN-1397-6494

Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Gothersgade 133

Box 2126

1015 København K

Tlf.: 33 95 97 00

Fax: 33 95 99 97

e-mail: fl@djoeef.dk

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

Forord

Juridisk Institut ved Handelshøjskolen i København fortsætter hermed traditionen med at udsende en Julebog som en jule- og nytårshilsen. Julebog 1999 indeholder ligesom de tidligere Julebøger fra Juridisk Institut artikler skrevet af instituttets videnskabelige medarbejdere med udgangspunkt i deres forskellige fagområder. Institutet har i de sidste år haft en god tilgang af yngre forskere, der bidrager til at øge mangesidigheden i instituttets forskningsprofil. Bidragene præsenteres i Julebogen i den rækkefølge, i hvilken manuskripterne er afleveret af forfatteren.

København, oktober 1999

Ruth Nielsen
institutleder

Indholdsfortegnelse

Revisionen af Domskonventionen og Luganokonventionen 2. del, af adjunkt, ph.d. Peter Arnt Nielsen	9
“Patent and Copyright Misuse” i U.S. amerikansk ret: Internalisering og tværfortolkning, af lektor, ph.d. Thomas Riis	33
Harmoniseringen af selskabsskatten i EU i det nye årtusinde. <i>Hvilken indflydelse har medlemsstaternes adfærdskodeks på harmoniseringen af skatteretten i det nye årtusinde?</i> , af kandidatstipendiat, cand.merc.(jur) Christina D. Tvarnø	59
Solidaritetsprincippet som trylleformular, af adjunkt, ph.d. Ulla Bøegh Neergaard	75
Fjernsalg af finansielle tjenesteydelser Gennemgang af forslag til direktiv om finansielle tjenesteydelser, af ph.d.-stipendiat, cand.jur Helen Holdt	93
EU standard og mærke i produktinformationen, belyst ved to produktområder, af docent Elisabeth Thuesen	109
The Soft Law and the lex mercatoria, af professor, dr.jur. Ole Lando	129
Nekrolog over Hovedsædeteorien, af lektor, lic.jur. Søren Friis Hansen	143
Alf Ross’ concept of law revisited, af professor, dr.jur. Bernhard Gomard	175
Admitterbarheden af syns- og skønsspørgsmål med særlig henblik på sager om patentkrænkelse, af kandidatstipendiat, cand.jur. Bjørn Ryberg	187

EU-konkurrenceretten og kollektive overenskomster, af professor, dr.jur. Jens Fejø	219
Hvornår dør stifterviljen? - Nye forudsætninger for en fondsdannelse, af professor, lic.jur. Lennart Lynge Andersen	225
National Procedural Autonomy versus Uniformity, af adjunkt, ph.d. Lynn Roseberry	239
EU-retlige rammer for elektronisk handel, af professor, dr.jur. Ruth Nielsen.	253
Skat og straf, af professor Kjeld Hemmingsen.	283
Om risikoforøgelse ved privatkaution for banklån, af professor Peter Møgelvang-Hansen.	297

Revisionen af Domskonventionen og Luganokonventionen

2. del

af
Peter Arnt Nielsen

1. Revisionen af Domskonventionen og Luganokonventionen

I sidste års udgave af Julebogen redegjorde jeg for den da igangværende revision af Domskonventionen og Luganokonventionen, der foregik i en af EFTA- og EU-staterne nedsat arbejdsgruppe. I arbejdsgruppen deltog de kontraherende stater og som observatører Polen (kommende kontraherende stat til Luganokonventionen) samt repræsentanter fra EFTA, Haagerkonferencen for International Privatret og EF-Domstolen. Arbejdsgruppen afsluttede sit arbejde ved udgangen af april 1999 efter 36 mødedage. I denne artikel følges der op på sidste års artikel, hvorfor der redegøres for de afsluttende forhandlinger og det opnåede resultat. Amsterdam-traktatens ikrafttræden den 1. maj 1999 har imidlertid fået en væsentlig indflydelse på gennemførelsen af de opnåede resultater i EU-staterne.

2. Amsterdam-traktatens betydning

Arbejdsgruppen foretog revisionen af Domskonventionen på grundlag af den daværende Rom-traktats art. 220 (art. 293). Denne bestemmelse indebar, at de civilretlige regler blev udarbejdet på mellemstatsligt grundlag, dvs. ved konventioner. Forhandlingsteknisk indebar dette, at enhver ændring krævede enstemmighed. Implementeringen i national ret af de reviderede regler skulle herefter ske efter sædvanlig ratifikation af en ændringskonvention og i overensstemmelse med hver kontraherende stats regler om gennemførelse af konventioner i national ret.

Umiddelbart efter afslutningen af revisionsarbejdet trådte Amsterdam-traktaten i kraft. Ved denne traktat er EU's civilretlige samarbejde overført til den såkaldte "Søjle 1", således at reglerne nu kan udstedes i form af direktiver og forordninger, jfr. nærmere art. 65. Samtidig er den tidligere hjemmel for samarbejdet, art. 220, bevaret uændret i den nye traktats art. 293, hvorfor det civilretlige samarbejde har to hjemmelsgrundlag. På denne baggrund har det været diskuteret, hvorvidt Domskonventionen skal ændres ved en ændrings-

konvention eller om konventionen i revideret stand kan udstedes som en forordning. Udstedes reglerne som en forordning, undgår man nationale procedurer for ratifikation og implementering af en ændringskonvention.

Spørgsmålet om, hvorvidt reglerne skal udstedes i form af en konvention eller en forordning er for tiden ikke endeligt afgjort. Kommissionen forventes at udstede et forslag til forordning om domstolenes internationale kompetence samt om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser m.v. i borgerlige sager i løbet af anden halvdel af 1999. Det anses for givet, at dette forslag tager højde for det forhandlingsresultat, der blev opnået i arbejdsgruppen om revision af Domskonventionen og Luganokonventionen.

Da Danmark har taget forbehold overfor bl.a. det civilretlige samarbejde i Amsterdam-traktaten, jfr. Danmarks protokol hertil, vil Danmark ikke være omfattet af en eventuel forordning til afløsning af Domskonventionen. Den gældende Domskonvention vil, dog uden de aftalte ændringer, fortsat være i kraft mellem Danmark og de øvrige stater. Derimod vil den ændrede og forbedrede Luganokonvention til sin tid gælde mellem Danmark og de øvrige kontraherende stater til denne konvention. Dette fører til det for Danmark særprægede resultat, at de forbedrede regler gælder i forhold til EFTA-, men ikke EU-staterne. Løsningen herpå kan være en særskilt konvention mellem EU og Danmark, eventuelt på grundlag af Rom-traktatens art. 293.

Det er endnu for tidligt at kunne sige præcist, hvornår de reviderede regler kan træde i kraft i EU- og EFTA-staterne, men det kan vel ske inden for 1 til 2 år.

I det følgende redegøres der for de under revisionen opnåede resultater.

3. Bopælsbegrebet for fysiske personer

Det er udgangspunktet i konventionerne, at en fysisk person, som har bopæl i en kontraherende stat, skal sagsøges i den stat, hvor denne har bopæl, jfr. art. 2. Dette bopælsbegreb fastlægges efter national ret i den stat, hvor sagen er anlagt, jfr. art. 52. 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 anden stats bopælsbegreb. Sat på spidsen fører art. 52 til, at man under konventionerne anvender 18 forskellige bopælsbegreber. Den gældende regel fører også til, at en domstol kan blive nødt til at anvende et eller flere andre bopælsbegreber end sit eget, hvis sagsøgte gør gældende, at han har bopæl i en anden stat, end den hvor sagen er anlagt.

Et af hovedformålene med revisionen var at forsøge at opnå enighed om et autonomt bopælsbegreb, helst i form af "sædvanligt opholdssted". Uanset at en række stater støttede anvendelsen af "sædvanligt opholdssted", lykkedes det

imidlertid ikke at nå til enighed herom, da enkelte stater ikke kunne acceptere denne harmonisering. Et mere beskedent forslag om, at en domstol ved fastlæggelsen af bopælsbegrebet for en person, der gør gældende, at han har bopæl i en anden stat end den, hvor sagen er anlagt, skal anvende sit eget bopælsbegreb, blev heller ikke accepteret af samtlige delegationer. Forslaget ville have ført til, at en domstol kun skulle anvende sit eget bopælsbegreb og således ikke, om nødvendigt, de andre staters bopælsbegreber.

4. Hjemstedsbegrebet for juridiske personer

Bopælsbegrebet for juridiske personer fastlægges efter art. 53. Ifølge art. 53, stk. 1, første pkt., skal en domstol ved fastlæggelsen af hjemstedet for juridiske personer, der sidestilles med bopælsbegrebet for fysiske personer, anvende de internationale privatretlige regler, der gælder for den. Domstolen skal således anvende sine egne lovvalsregler ved afgørelsen af, hvor en juridisk person har hjemsted. Baggrunden for denne regel er betydelige forskelle i medlemsstaternes hjemstedsbegreber for juridiske personer. Reglen er uklar, da henvisningen til de internationale privatretlige regler for det første kan forstås således, at domstolen afgør hjemstedets beliggenhed i overensstemmelse med det begreb, der anvendes som tilknytningsled i de lovvalsregler, der gælder for juridiske personer i forum-staten. En anden mulighed er, at domstolen fastlægger hjemstedets beliggenhed i henhold til dens stats lovgivning, som dens lovvalsregler henviser til.

Det er bemærkelsesværdigt, at der blev opnået enighed om at ændre art. 53, således at der indføres et fælles processuelt hjemstedsbegreb for juridiske personer. Ændringen går ud på, at en juridisk person anses for at have bopæl på det sted hvor dets vedtægtsmæssige hjemsted er, hvor dets hovedkontor er, eller hvor dets hovedvirksomhed er. En juridisk person anses således for at have hjemsted på alle disse steder. Sagsøger kan vælge mellem at anlægge sagen på de enkelte steder. På engelsk og fransk anvendes begreberne henholdsvis *statutory seat/siège statutaire*, *central administration/administration centrale* og *principal place of business/principal établissement*. Den nye art. 53 er således:

1. Selskaber og juridiske personer har ved anvendelsen af denne konvention bopæl på det sted, hvor de har;

- a. deres vedtægtsmæssige hjemsted, eller
- b. deres hovedkontor, eller
- c. deres hovedvirksomhed.

2. For Det Forenede Kongeriges og Irlands vedkommende forstås ved "vedtægtsmæssigt hjemsted", "registered office" eller, hvis et sådan ikke findes nogen steder, "place of incorporation" eller, hvis et sådant ikke findes nogen steder, det sted, i henhold til hvis lovgivning den kollektive enhed er oprettet.

3. Ved afgørelsen af, om en trust har hjemsted i den kontraherende stat, hvor sagen er anlagt, skal retten anvende de internationale privatretlige regler, som gælder for den.

Bestemmelsens stk. 1 udtrykker princippet om valgfrihed. Stk. 2 angår særlige forhold i Storbritannien og Irland, hvor begrebet "vedtægtsmæssigt hovedsæde" ikke kendes. Stk. 3 udtrykker, at status quo bevares i forhold til trusts, da dette var den mest hensigtsmæssige løsning.

De pågældende tilknytningsled i art. 53, stk. 1 er sideordnede, således at de kan anvendes som alternativer af sagsøger. En juridisk person, der har organiseret sig med vedtægtsmæssigt hjemsted i stat A, dets hovedkontor i stat B og dets hovedvirksomhed i stat C, anses derfor i processuel forstand under konventionerne for at have bopæl i alle tre stater. Ideen bag reglen er, at sagsøger som følge af den juridiske persons valg med hensyn til organisationsopbygning bør nyde godt heraf i processuel henseende, således at sagsøger har valgfrihed mellem de af den juridiske person valgte hjemsteder. Sagsøgers motiv for valg af værneting er uden betydning for reglens anvendelse, herunder om valget er motiveret af processuelle, selskabsretlige, skattemæssige eller andre hensyn, sammenhængen med forum-statens lovvalgsregler eller hensynet til tvangsfuldbyrdelse.

De pågældende hjemsteder er valgt, fordi en juridisk person ud fra en gennemsnitsbetragtning har væsentlig tilknytning i processuel henseende til alle tre steder. I praksis vil der i langt størstedelen af tilfældene dog kun være værneting i én stat, da alle tre tilknytningsmomenter som regel er i den samme stat.

Den nye løsning gælder ikke i forhold til konventionernes art. 16, nr. 2 om eksklusiv kompetence i 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. I forhold til art. 16, nr. 2 valgte man at bevare den hidtidige løsning i art. 53, da man ikke kunne nå til enighed om hvilket ét af de tre nye tilknytningsled i art. 53, der burde være afgørende i sager af denne karakter. Meget talte ellers for at anvende det vedtægtsmæssige hovedsæde under hensyntagen til karakteren af de sagstyper, der er omfattet af art. 16, nr. 2. Denne løsning var imidlertid ikke

acceptabel for visse stater, der lagde mere vægt på parallelitet mellem lovvalget og eksklusiv kompetence i de pågældende sagstyper.

Tekniske set har man for at udtrykke status quo på dette område i slutning af art. 16, nr. 2 tilføjet sætningen “ved afgørelsen af, hvor dette hjemsted er beliggende, skal retten anvende de internationale privatretlige regler, som gælder for den.”

5. Det generelle kontraktsværneting

Et afgørende mål for arbejdsgruppen var at ændre det generelle kontraktsværneting i art. 5, nr. 1, hvorefter der i sager om kontraktsforhold også kan anlægges sag ved retten på det sted, hvor den forpligtelse, der ligger til grund for sagen, er eller skal opfyldes. Den gældende regel er begrundet med, at der ofte er en rimelig processuel tilknytning mellem det sted, som udpeges efter reglen og tvisten som sådan, navnlig ved komplekse kontrakter, hvor parterne har mange forskelligartede forpligtelser over for hinanden.

Reglen har været problematisk i praksis. For at finde opfyldelsesstedet for den forpligtelse der “ligger til grund for sagen”, skal den for kontrakten gældende lov anvendes. Kompetencen beror således på lovvalget. Et andet problem er at afgøre hvilken forpligtelse, der “ligger til grund for sagen”, og herefter finde dens opfyldelsessted. Et tredje problem er, om der overhovedet er tale om et kontraktsmæssigt krav. For det fjerde fører reglen til, at kreditor i tilfælde, hvor betaling efter kontrakten skal ske på kreditors bopæl, kan sagsøge skyldneren for manglende betaling ved sit eget hjemting. For det femte har reglen ofte givet anledning til forum shopping, således at sagen anlægges ved sagsøgers eget hjemting, dvs. på hjemmebane, blot sagsøger kunne “finde” en forpligtelse under kontrakten, der er opfyldt eller skulle opfyldes i denne stat. Dette aspekt af forum shopping kaldes forum actoris, dvs. et sagsøger-værneting.

Enkelte stater udtalte sympati for den gældende regel og ønskede ikke ændringer overhovedet. Mange andre stater så derimod gerne kontraktsværnetinget ophævet eller ændret til opfyldelsesstedet for “den karakteristiske ydelse”, der kendes fra Romkonventionens art. 4, stk. 2 om lovvalget for kontrakter, hvor parterne ikke har aftalt et lovvalg. Et kompromisforslag var at modificere art. 5, nr. 1, således at reglen ikke kunne anvendes på den efter kontrakten gældende hovedforpligtelse til at betale. Herved kunne man undgå et kreditorværneting. Ingen af disse forslag kunne accepteres af samtlige stater. Løsningen blev i stedet denne nye art. 5, nr. 1:

En person, der har bopæl på en kontraherende stats område, kan sagsøges i en anden kontraherende stat:

a. i sager om kontraktsforhold, ved retten på det sted hvor den pågældende forpligtelse er opfyldt eller skal opfyldes;

b. ved anvendelsen af denne bestemmelse, om medmindre andet er aftalt, er opfyldelsesstedet for den forpligtelse, der ligger til grund for sagen:

- ved salg af løsøregenstande, det sted i en kontraherende stat hvor løsøregenstanden i henhold til aftalen er blevet eller skulle være blevet leveret;

- ved levering af tjenesteydelser, det sted i en kontraherende stat hvor tjenesteydelserne i henhold til aftalen er blevet eller skulle have været leveret;

c. er litra b ikke relevant, finder litra a anvendelse.

Bestemmelsen er udtryk for et kompromis, hvilket ses af, at det oprindelige kontraktsværneting er bevaret i litra a som en hovedregel, der som udgangspunkt anvendes uanset kontraktens karakter. Her er intet ændret. Imidlertid er der for kontrakter om henholdsvis salg af løsøre og levering af tjenesteydelser indføjet to nye bestemmelser i litra b, hvorefter opfyldelsesstedet for den forpligtelse, der ligger til grund for sagen, er fastlagt på forhånd i konventionerne. På denne måde er disse to kontraktstyper undtagelser til hovedreglen i litra a. Litra c udtrykker den tanke, at en aftale, der ikke er omfattet af litra b, er omfattet af hovedreglen. Dette litra er overflødigt.

En af fordelene ved at bevare det gældende kontraktsværneting som hovedregel er, at EF-Domstolens retspraksis om art. 5, nr. 1 kan bevares. Herved undgår man at skulle afvente en ny praksis om radikalt anderledes kontraktsværneting. Ved brug af de to undtagelser for løsøre og tjenesteydelser har man på den anden side også taget højde for kritikken af det gældende kontraktsværneting for så vidt angår disse to typer af kontrakter, der vel er de oftest forekommende i praksis. Undtagelserne betyder nemlig, at der i disse kontraktsmæssige forhold kun er ét alternativt værneting til bopælsværneting, jfr. art. 2. Mulighederne for forum shopping og forum actoris er således væsentligt begrænset for disse kontraktstypers vedkommende. Hovedreglen kan herefter fortsat anvendes på andre kontrakter, navnlig komplekse kontrakter, hvor reglen ud fra en gennemsnitsbetragtning kan være rimelig i de fleste tilfælde.

Ifølge art. 5, nr. 1, litra a, første led anses i aftaler om salg af løsøre opfyldelsesstedet for den forpligtelse, som ligger til grund for sagen, at være det sted i en kontraherende stat, hvor løsøregenstanden er blevet leveret eller skulle have været leveret. Kontraktsværneting for løsørekontraktens vedkommende indebærer således, at sag kan anlægges ved det kontraktsmæssige leveringssted. Dette gælder, hvad enten der er sket levering eller ej og uanset hvilken forpligtelse, der faktisk ligger til grund for tvisten. Skal f.eks. varen leveres af en dansk sælger i Tyskland ifølge kontrakten og betaler køberen ikke for varen, kan sælger i medfør af kontraktsværneting kun anlægge sag i Tyskland. Herved undgår man, at kontraktsværneting anvendes som et kreditorværneting. Tilsvarende gælder for aftaler om tjenesteydelser.

I realiteten betyder de to undtagelser i litra b, at kontraktsværneting for løsørekontrakter og aftaler om tjenesteydelser er opfyldelsesstedet for den karakteristiske ydelse. Løsningen er ikke fremmed i konventionerne, fordi man i 1988/89 ændrede det generelle kontraktsværneting, således at der for individuelle arbejdskontraktens vedkommende blev indført en undtagelse, hvorefter opfyldelsesstedet i disse kontrakter som hovedregel er på det sted, hvor arbejdstageren sædvanligvis udfører sit arbejde. Denne undtagelse var en kodifikation af EF-Domstolens praksis.

Det fremgår af art. 5, nr. 1, litra b, at de to undtagelser kun finder anvendelse, "medmindre andet er aftalt". Det er uklart, hvad der ligger heri, bortset fra at ordene må antages at understrege betydningen af partsautonomi på området. Spørgsmålet er imidlertid, om der sigtes til processuel eller materiel partsautonomi eller begge dele. Skal ordene vise, at kontraktsværneting i de pågældende kontrakter kan udelukkes ved en værningsaftale, f.eks. at domstolene i stat A er enekompetente, eller at kontraktsværneting ikke kan anvendes, udtrykker dette blot gældende ret inden for konventionernes område. Skal ordene betyde, at parterne kan aftale sig frem til leveringsstedet, er dette også udtryk for gældende materiel køberet i den kontraherende stat. Ordene "medmindre andet er aftalt" er derfor overflødige.

6. Individuelle arbejdskontrakter

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

Begge konventioner indeholder en tilføjelse for tilfælde, hvor arbejdstageren ikke udfører sit arbejde i en bestemt stat. Under Domskonventionen kan arbejdsgiveren i disse tilfælde ligeledes sagsøges i den stat, hvor den virksomhed, som antog arbejdsgiveren, er eller var beliggende. Efter Luganokonventionens tilføjelse kan der også anlægge sag i den stat, hvor den virksomhed, som antog arbejdstageren, er beliggende. Luganokonventionen adskiller sig således fra Domskonventionen, da Luganokonventionens supplerende regel kan anvendes af både arbejdstageren og arbejdsgiveren, men til gengæld tillægges kompetence kun den stat, hvor den antagende virksomhed er (og dermed ikke "eller var") beliggende.

For værningsaftalers vedkommende 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 aftalen med henblik på at anlægge sag ved en anden ret end retterne på det 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 værningsaftaler kun gyldige, hvis de er indgået efter tvistens opståen.

Da et af formålene med revisionen var at øge paralleliteten mellem Domskonventionen og Luganokonventionen, opnåedes der enighed om at ensrette reglerne på dette område til fordel for Domskonventionens løsninger. Endvidere blev kompetencereglerne om individuelle arbejdskontrakter udskilt til et selvstændigt afsnit (afdeling 4a), således at det figurerer i konventionerne på linie med forsikrings- og forbrugerreglerne i afdeling 2 og 3. En sidste væsentlig ændring er, at det supplerende kontraktsværn kun kan anvendes i søgsmål anlagt af arbejdstageren mod arbejdsgiveren. Dette understreger den grundlæggende tanke, at arbejdstageren på linie med forbrugere og forsikrings-tagere anses som den svage part i aftaleforholdet. I øvrigt må det antages, at art. 6, nr. 1 om søgsmål på medsagssøgtes bopæl og art. 6, nr. 2 om adciation ikke kan anvendes i sager mellem arbejdstageren og arbejdsgiveren i sager om arbejdskontrakten, da de ikke er nævnt i den nye afdeling 4a, der har dette indhold, idet art. 15b ikke gives:

Kompetence i sager om individuelle arbejdsaftaler

Artikel 15a

I sager om individuelle arbejdsaftaler afgøres kompetencen efter bestemmelserne i denne afdeling, dog med forbehold af artikel 4 og artikel 5.

Artikel 15c

En arbejdsgiver kan kun anlægge sag ved retterne i den kontraherende stat, på hvis område arbejdstageren har bopæl.

Bestemmelserne i denne afdeling berører ikke retten til at fremsætte modkrav ved den ret, der behandler hovedkravet, i overensstemmelse med bestemmelserne i denne afdeling.

Artikel 15d

Bestemmelserne i denne afdeling kan kun fraviges ved en aftale om værneting:

1. der er indgået, efter at tvisten er opstået, eller
2. der giver arbejdstageren ret til at anlægge sag ved andre retter end dem, der er nævnt i denne afdeling.

Selv om arbejdstageren under revisionen blev sat på samme beskyttelsesværdige niveau som en forsikringstager og en forbruger i forhold til reglerne om international kompetence, viste det sig ikke muligt at gennemføre denne tanke i forhold til reglerne om anerkendelse og fuldbyrdelse. En dom, hvor kompetencereglerne for en forsikringstager eller en forbruger er tilsidesat, kan således efter de gældende regler nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse, jfr. art. 28, stk. 1, men denne regel blev ikke udstrakt til arbejdstagerne, hvilket er inkonsekvent.

7. Deliktsværnetinget

Deliktsværnetinget, jfr. art. 5, nr. 3, hvorefter der i sager om erstatning uden for kontrakt også kan anlægges sag ved retten på det sted, hvor skadestilføjjelsen er foregået, undergik alene én ændring. Artikel 5, nr. 3 blev ændret, således at det nu er utvivlsomt, at reglen også omfatter sager om truende skade:

En person, der har bopæl på en kontraherende stats område, kan sagsøges i en anden kontraherende stat:

- 3) i sager om erstatning uden for kontrakt, ved retten på det sted, hvor skadestilføjjelsen er foregået eller ville kunne foregå.

8. Forsikringssager

Domskonventionen indeholder i art. 7 og 7a særlige regler om kompetence i forsikringssager. Reglerne hviler på den forudsætning, at forsikringstageren er den svage part i aftaleforholdet, hvorfor muligheden for at sagsøge forsikrings-

tagren, 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. Der blev foretaget to ændringer i dette afsnit. For det første blev art. 8, stk. 1, nr. 2 udvidet, således at en forsikringsgiver også kan sagsøges i den stat, hvor sagsøger har bopæl, såfremt sagsøger er forsikringstager, forsikret eller begunstiget. Tidligere indrømmede bestemmelsen kun denne fordel til forsikringstageren, og således ikke til den sikrede eller den begunstigede. Art. 8, nr. 2 har herefter denne ordlyd:

En forsikringsgiver, der har bopæl på en kontraherende stats område, kan sagsøges:

2. I en anden kontraherende stat i tilfælde, hvor sagen anlægges af forsikringstageren, den sikrede eller den begunstigede, ved retten på det sted, hvor sagsøger har bopæl.

For det andet blev art. 12a om de såkaldte "store risici" præciseret, således at der til den eksisterende liste i bestemmelsen tilføjes et nyt stykke, hvorefter der henvises til alle store risici som defineret i de relevante direktiver. Et forslag om, at værnetingsaftaler skulle være mulige mellem erhvervsdrivende, uanset om aftalen indgås før eller efter tvistens opståen, og uanset om der er tale om en stor risiko eller ej, opnåede ikke fornøden tilslutning.

9. Forbrugersager

Navnlig to spørgsmål om forbrugersager blev drøftet under revisionsarbejdet. På baggrund af direktivet om forbud til beskyttelse af forbrugernes kollektive interesser (direktiv 98/27/EU af 19. maj 1998) drøftedes det, hvorvidt der burde fastsættes en regel i Domskonventionen og Luganokonventionen, hvorefter man ved søgsmål med påstand om forbud med henblik på at forhindre overtrædelser af love, der beskytter forbrugernes kollektive interesser for så vidt angår reklame, kontraktvilkår o.lign., skal kunne anlægge en sådan sag ved retten på det sted, hvor overtrædelserne har fundet sted, dvs. hvor overtrædelserne blev foretaget eller havde sin virkning. Der kunne ikke opnås enighed om det ønskværdige i en sådan regel i konventionerne.

Det andet spørgsmål angik anvendelsesområdet for de særlige kompetenceregler, der gælder i forbrugersager som fastlagt i konventionernes art. 13, stk. 1. Efter denne bestemmelse anvendes reglerne i tre tilfælde. Der kunne ikke opnås enighed om ændring af de første to kategorier, der gælder generelt,

dvs. uden hensyntagen til, under hvilke omstændigheder forbrugeraftalen er indgået. Disse to kategorier i art. 13, stk. 1, første og andet led gælder således stadig.

I modsætning hertil står den tredje kategori af aftaler, der er en del af anvendelsesområdet for forbrugerværnetingene, jfr. art. 13, stk. 1, tredje led. Ifølge denne bestemmelse omfatter forbrugerkompetencereglerne også enhver anden kontrakt end de i bestemmelsens første og andet 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. For det andet skal forbrugeren i denne stat have foretaget de dispositioner, der er nødvendige for indgåelse af kontrakten. Spørgsmålet var i forhold til art. 13, stk. 1, tredje led, om reglen omfatter handel på internettet til forbrugere i enkelte og/eller forskellige stater. Selv om man formentlig med rette kunne fortolke art. 13, stk. 2, tredje led således, at internethandel omfattes af reglen, blev reglen præciseret og ændret, hvorefter det er klart at internet-handel omfattes af reglen, der nu er litra c:

Artikel 13, stk. 1

I sager om aftaler indgået af en forbruger ("forbrugeren") med henblik på brug, der må antages at ligge uden for hans erhvervmæssige virksomhed, afgøres kompetencen efter bestemmelserne i denne afdeling, dog med forbehold af artikel 4 og artikel 5, nr. 5:

a) når sagen vedrører køb af løsøregenstande, hvor købesummen skal betales i rater,

b) når sagen vedrører løn, der skal tilbagebetales i rater, eller andre kreditdispositioner, som er bestemt til finansiering af køb af sådanne genstande,

c) i alle andre tilfælde, når aftalen er indgået med en person, som udøver erhvervmæssige virksomhed i den stat, på hvis område forbrugeren har bopæl, eller som på en hvilken som helst anden måde retter sådan virksomhed mod denne stat eller mod flere stater, herunder denne stat, hvor aftalen er omfattet af den pågældende virksomhed.

Den nye regel adskiller sig fra den tidligere regel på tre områder.

For det første kræves det ikke længere, at den erhvervsdrivende skal rette et særskilt tilbud eller reklamering i den pågældende stat. I stedet er det tilstrækkeligt, at den erhvervsdrivende udøver erhvervmæssig virksomhed i

den stat, hvor forbrugeren har sin bopæl, eller at den erhvervsdrivende på en hvilken som helst måde retter en sådan virksomhed mod forbrugers bopælsstat eller flere stater, herunder forbrugers bopælsstat. En forudsætning for at blive omfattet af reglens sidste led er, at den indgåede aftale er omfattet af den virksomhed, der blev rettet mod forbrugers bopælsstat. Et eksempel på anvendelse af reglens første led kan være tilfælde, hvor den erhvervsdrivende uden at have en selvstændig juridisk enhed eller en filial i forbrugers bopælsstat udøver virksomhed i denne stat ved brug af konsulenter eller på messer. Et eksempel på anvendelse af reglens sidste led kan være annoncering i aviser eller på internettet, såfremt dette er rettet mod forbrugers bopælsstat eller flere stater, herunder forbrugers bopælsstat. Dette kan være tilfældet, hvor avisen med den erhvervsdrivendes viden sælges i bestemte stater, f.eks. de fransktalende lande i Europa, eller hvor web-siden er udformet på tysk med henblik på salg i de tysktalende europæiske lande. Konkrete omstændigheder kan være afgørende for, om den erhvervsmæssige aktivitet er rettet mod forbrugeren bopælsstat. I sagens natur er hjemmesider på dansk som hovedregel kun rettet mod det danske marked, mens hjemmesider på engelsk må antages at have et mere globalt sigte. Hertil kommer, at den erhvervsdrivende kan tænkes at anføre, at tilbuddet kun er rettet mod en bestemt eller flere bestemte stater.

For det andet er det en betingelse for at være omfattet af reglen, at den indgåede aftale er af en sådan karakter, at den omfattes af den virksomhed, som var rettet mod forbrugers bopælsstat. Heri ligger et krav om rimelig tilknytning mellem på den ene side den pågældende form for virksomhed og på den anden side den pågældende kontrakt. Har den erhvervsdrivende f.eks. reklameret kun for motionsinstrumenter, hvorimod forbrugeren har købt et tv-apparat af den samme erhvervsdrivende, vil forbrugeren ikke i forhold til aftalen om tv-apparatet kunne påberåbe sig den processuelle forbrugerbeskyttelse.

For det tredje er det ikke længere nødvendigt for at blive omfattet af den processuelle forbrugerbeskyttelse i art. 13-15, at forbrugeren i sin egen stat foretager de dispositioner, der er nødvendige for at indgå aftalen.

Den nye regel i art. 13, stk. 1, litra c går således noget videre i forbrugerbeskyttelsen end hidtil, særligt i forhold til handel på internettet. Begrundelsen for denne udvidelse skyldes især tre overvejelser.

Den første overvejelse er, at stedet, hvor forbrugeren indgik kontrakten, der særligt ved indgåelse af aftaler på internettet kan være tilfældigt, ikke bør være afgørende for, om man er omfattet af den processuelle forbrugerbeskyttelse eller ej. Dette kan også ses som et udslag af den generelle udvikling på det internationale privat- og procesrets område, hvor indgåelsesstedet for en

kontrakt tillægges stadig mindre betydning som tilknytningsfaktor. En dansk forbruger, der indgår en aftale på sin bærbare pc over internettet med en tysk erhvervsdrivende, mens forbrugeren er på ferie i Frankrig, vil således være berettiget til den processuelle forbrugerbeskyttelse.

Den anden overvejelse er, at man som regel ved handel på internettet ved brug af betalingskort betaler forud for levering af det bestilte, hvorfor den erhvervsdrivende allerede inden forbrugeren har modtaget det bestilte, har modtaget hvad der tilkom ham under kontrakten. Det er herefter kun rimeligt, og i øvrigt processuelt hensigtsmæssigt ud fra hensynet til bevisoptagelse, at tillægge kompetence på forbrugers bopæl, hvortil varen jo sendes, såfremt det leverede ikke lever op til det aftalte. Havde man ikke denne regel, ville forbrugeren være nødt til at anlægge sag i den stat, hvor den erhvervsdrivende har sin bopæl i tilfælde af mangelfuld levering.

En sidste overvejelse af betydning er, at den foretagne ændring er i overensstemmelse med ændringen af det generelle kontraktsværnet i art. 5, nr. 1, litra a og b.

Anvendelsesområdet for art. 13 er i øvrigt udvidet. Efter den tidligere bestemmelse skulle aftalen have til formål at levere løsøre eller tjenesteydelser, hvorimod reglen nu omfatter enhver aftale. Denne udvidelse har næppe den store betydning i praksis.

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 bedømme sager om rettigheder over fast ejendom samt om leje eller forpagtning af fast ejendom. Herfra gælder i art. 16, stk. 1, litra b en undtagelse for leje- og forpagtningsaftaler vedrørende fast ejendom, der er indgået til midlertidig privat brug for et tidsrum af højest 6 på hinanden følgende måneder. Er der tale om en sådan aftale, har også retterne i den stat, hvor sagsøgte har bopæl, kompetence til at bedømme 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.

Under revisionen opnåedes der enighed om at ensrette undtagelserne i de to konventioner, således at Domskonventionens løsning blev foretrukket på bekostning af Luganokonventionens undtagelse, dog med den tilføjelse fra Luganokonventionen, at det ikke kræves at ejeren er en fysisk person.

Undtagelsen er således på én gang blevet lidt bredere end i Domskonventionen og lidt snævrere end i Luganokonventionen, jfr. den nye art. 16, nr. 1:

Enkompetente, uden hensyn til bopæl, er:

1. i sager om rettigheder over fast ejendom samt om leje eller forpagtning af fast ejendom, retterne i den kontraherende stat, hvor ejendommen er beliggende.

2. i sager om leje- og forpagtningsaftaler vedrørende fast ejendom, der er indgået til midlertidig privat brug for et tidsrum af højest 6 på hinanden følgende måneder, er dog retterne i den kontraherende stat, på hvis område sagsøgte har bopæl, kompetente, under forudsætning af, at lejer eller forpagter er fysiske personer, og at ejer og lejer eller forpagter har bopæl på samme kontraherende stats område.

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 stilles i bestemmelsen et formkrav om skriftlighed til sådanne aftaler. Bestemmelsen undergik alene enkelte præciseringer.

For det første fremgår det nu klart af art. 17, stk. 1, at en værnetingsaftale giver eksklusiv kompetence til den eller de valgte domstole, medmindre andet fremgår af parternes aftale. For det andet blev art. 17, stk. 5 ophævet, da den blev anset for at være 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 gælder uden bestemmelsen efter almindelige fortolkningsprincipper. For det tredje blev der i art. 17, stk. 3 indføjet, at en værnetingsaftale også er ugyldig, hvis den strider mod art. 15d om værnetingsaftaler med individuelle arbejdstagere. Endelig blev der indsat en ny bestemmelse i art. 17, stk. 4 med dette indhold:

4. Med "skriftlig" sidestilles enhver elektronisk meddelelse, som varigt dokumenterer aftalen om værneting.

Formålet med denne bestemmelse er at præcisere, at værnetingsaftaler indgået på elektronisk medie også er omfattet af art. 17. Bestemmelsen kunne man imidlertid have været foruden, da skriftlighedskravet i art. 17 ikke er et krav om, at værnetingsaftalen skal være udfærdiget på papir i fysisk forstand. Det

gældende skriftlighedskrav er således også opfyldt, hvor værnetingsaftalen foreligger i elektronisk form og lign.

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. Sagsøgte anses således for ved sine processuelle undladelser at have indgået en stiltiende værnetingsaftale. En sådan aftale anses dog ikke for indgået, såfremt sagsøgte "kun" giver møde for at bestride rettens kompetence. Ordet "kun" har givet anledning til 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 Shuh) statuerede EF-Domstolen imidlertid, at ordet "kun" ikke skulle fortolkes på denne måde. Resultatet er nu kodificeret i art. 18, hvor ordet "kun" er taget ud.

13. Værnetings- og voldgiftsklausuler

Under revisionen af Domskonventionen og Luganokonventionen blev der stillet forslag om, at værnetings- og voldgiftsklausuler skulle rangere på niveau med eksklusiv kompetence. Dette ville indebære, at den efter procesaftalen udpegede domstol respektivt voldgiftsret skulle være enekompetent til at tage stilling til værnetings- eller voldgiftsaftalens gyldighed. Forslaget indebar også, at en domstol, for hvilken der blev indbragt en tvist i strid med en værnetings- eller voldgiftsaftale, på eget initiativ skulle afvise sagsanlægget eller udsætte afgørelsen om kompetence, indtil den efter værnetingsaftalen udpegede domstol eller voldgiftsret havde taget stilling til klausulens gyldighed. En tilsvarende regel findes for så vidt angår eksklusiv kompetence i konventionernes art. 19.

Forslaget blev ikke accepteret, hvilket navnlig skyldtes, at sådanne aftaler ofte med god grund fortolkes indskrænkende, da de fratager den ene part hans normale rettergangsmuligheder. Et andet argument imod forslaget var, at der i praksis ofte er tvivl om, hvorvidt den pågældende værnetings- eller voldgiftsaftale er gyldigt indgået, da sådanne klausuler som regel findes i fortrykte almindelige betingelser, som modtages efter købeaftalens indgåelse.

14. Litis pendens m.v.

Konventionerne indeholder i art. 21-23 regler om litis pendens og indbyrdes sammenhængende krav. Disse regler har procesbesparende hensyn, da de skal undgå, at der verserer flere sager ved forskellige kontraherende staters domstole om samme tvist. Er dette tilfældet, er der en betydelig risiko for at der afgives indbyrdes uforenelige domme, hvilket kan føre til at dommene nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse. Art. 21 vedrører krav mellem de samme parter, som hviler på samme grundlag. Art. 22 regulerer krav, der er indbyrdes sammenhængende, men som ikke nødvendigvis gøres gældende mellem de samme parter. Art. 23, som ikke blev ændret, regulerer konkurrerende enekompetence.

Ifølge art. 21 skal enhver anden ret end den, hvor sagen er anlagt først, på eget initiativ 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 domstol nr. 2.

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 de pågældende stater, hvor sagerne er anlagt. 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. I f.eks. de nordiske stater er en sag anlagt, når stævning indleveres til retten. Det tidspunkt hvor stævningen forkyndes for sagsøgte er uden betydning for sagens anlæg. I andre stater, f.eks. Frankrig, er det derimod en forudsætning for at kunne indlevere en stævning til retten, at stævningen allerede er forkyndt for sagsøgte. I andre stater, f.eks. Tyskland, anses en sag først for anlagt, når stævning er indleveret til retten og forkyndelse er sket.

Mange forslag, der havde harmonisering som det afgørende element, blev drøftet. En række stater fandt den nordiske løsning enkel og forudsigelig, mens andre stater fandt, at kravet om forkyndelse var afgørende for, om en sag kunne anses som anlagt eller ej. Udgangspunktet for en løsning blev herefter et forslag, hvorefter en sag anses for anlagt på det tidspunkt, hvor stævning indleveres til retten, forudsat at der inden seks måneder efter stævningens indlevering til retten sker forkyndelse heraf overfor sagsøgte. I tilfælde, hvor stævningen 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 forkyndelsen, forudsat at stævningen inden seks måneder efter at forkyndelse er foretaget, indleveres til retten. Det blev endvidere foreslået, at såfremt fristerne overskrides, skulle sagen anses for anlagt ved den pågældende domstol, hvor den manglende betingelse blev opfyldt, dvs. på det tidspunkt, hvor henholdsvis forkyndelse respektivt indlevering af stævning til retten skete.

Det blev imidlertid gjort gældende, at de foreslåede frister og i særdeleshed retsvirkningen af overskridelsen heraf kunne føre til betydelig vilkårlighed i praksis, da tidspunktet for sagen anlæg kom til at afhænge af, om den anden betingelse blev opfyldt før eller efter fristen udløb. Fristerne indebar, at sagsøger bar risikoen for f.eks. forkyndelsesmyndighedernes effektivitet eller mangel på samme. Det blev også anført, at forkyndelse i internationale sager i praksis ofte tager noget længere tid end seks måneder. På denne baggrund lykkedes det omsider at få fristerne ud af forslaget. Som kompensation herfor blev der indført en pligt for sagsøger til at gøre, hvad der er i hans magt for at sikre, at den anden betingelse opfyldes. Den nye løsning blev derfor et kompromis, der for så vidt indebærer en harmonisering, men som samtidig har den fordel, at de enkelte stater ikke behøver at ændre national ret for at kunne være med i løsningen. Kompromiset fremgår af en ny artikel 23a:

Ved anvendelsen af denne afdeling anses en sag for anlagt ved en ret

- på det tidspunkt, hvor det indledende processkrift i sagen eller en tilsvarende retsakt indleveres til retten, forudsat at sagsøger ikke efterfølgende har undladt at træffe de foranstaltninger der krævedes af ham for at få dokumentet forkyndt for sagsøgte, eller

- hvis det indledende processkrift i sagen eller en tilsvarende retsakt skal forkyndes før det indleveres til retten, på det tidspunkt, hvor dette dokument modtages af den myndighed, der er ansvarlig for forkyndelsen, forudsat at sagsøger ikke efterfølgende har undladt at træffe de foranstaltninger, der krævedes af ham for at få dokumentet indleveret til retten.

Løsningen indebærer, at en sag anses for anlagt i en stat på det tidspunkt, hvor stævning indleveres ved retten, såfremt sagsøger gør hvad man med rimelighed kan forlange af ham for at sikre, at der efterfølgende sker forkyndelse af stævningen. Denne betingelse er som regel altid opfyldt, men kan f.eks. tænkes at svigte, hvor sagsøger undlader at gøre de ansvarlige forkyndelsesmyndigheder opmærksomme på sagsøgtes efterfølgende adresseændring. Efter art. 23a vil en sag i f.eks. Frankrig være anlagt, når stævningen indleveres til forkyndelsesmyndigheden forudsat at sagsøger, når den forkyndte stævning kommer retur til ham, indleverer denne inden rimelig tid til retten. Dette vil

sagsøger som regel altid gøre. Anlægges sagen i f.eks. Tyskland, vil art. 23a fører til, at sagen anses for anlagt, når stævning indleveres til retten, forudsat sagsøger gør, hvad der kan forventes af ham for at sikre forkyndelse.

Konventionernes art. 22 regulerer krav, der er indbyrdes sammenhængende, uden at parterne nødvendigvis er de samme. Ifølge art. 22, stk. 1 kan enhver anden ret end den, hvor sagen er anlagt først, udsætte afgørelsen om kompetence. Efter reglens stk. 2 kan enhver anden ret end den, hvor sagen er anlagt først, på en parts begæring erklære sig inkompetent, forudsat den ret, hvor sagen er anlagt først, er kompetent til at påkende begge krav og dens lovgivning tillader forening af indbyrdes sammenhængende krav. Begge regler gælder kun sager, der verserer i første instans.

Art. 22, stk. 1 blev ændret således, at kravet om, at sagerne skal versere i første instans blev ophævet. Dette betyder, at adgangen til at udsætte sagen ved den ret, hvor sagen blev anlagt sidst, kan anvendes, selv om en eller flere af sagerne verserer for appelinstanser. Denne ændring blev ikke foretaget i art. 22, stk. 2, der således fortsat er begrænset til sager, der verserer i første instans. Art. 22, stk. 2 blev dog præciseret således, at det er loven i den stat, hvor sagen er anlagt først, der skal tillade forening af kravene.

15. Foreløbige retsmidler

Ifølge konventionernes art. 24 kan foreløbige retsmidler hjemlet i en kontraherende stats lovgivning kræves anvendt, selv om retterne i en anden kontraherende stat er kompetente til at behandle sagens realitet. Denne regel indebærer, at det afgøres efter national procesret i den stat, hvor retsmidlet søges iværksat, om betingelserne for anvendelse af retsmidlet er til stede. Af EF-Domstolens praksis følger, at foreløbige retsmidler skal anerkendes og fuldbyrdes under konventionerne, såfremt den rettighed, som retsmidlet skal beskytte, selv er omfattet af konventionerne, og såfremt skyldneren havde mulighed for kontradiktion inden det foreløbige retsskridt blev iværksat, jfr. Saml. 1979.1055 (Cavel) og Saml. 1980.1553 (Denilauler).

En række forslag blev fremsat vedrørende art. 24 og muligheden for at anvende foreløbige retsmidler. Imidlertid viste det sig, at mange af forslagene gav anledning til uhyre vanskelige spørgsmål om betingelserne for iværksættelse af retsmidlerne og om disses geografiske område. Henset til, at EF-Domstolen i Sag C-39/95 (van Uden), afsagt den 17. november 1998, havde afgjort en række af disse spørgsmål på glimrende vis, besluttede arbejdsgruppen, at der ikke længere var behov for ændringer af art. 24.

16. Anerkendelse og fuldbyrdelse

Konventionernes art. 27 og 28 indeholder de såkaldte anerkendelsesnægtelsesgrunde, dvs. de omstændigheder, der kan begrunde, at en dom ikke anerkendes og fuldbyrdes. Der blev under revisionen fremsat en del forslag, der alle havde til fælles, at nægtelsesgrundene skulle begrænses mest muligt. Begrundelsen herfor er hensynet til hurtig og enkel anerkendelse og fuldbyrdelse, den stigende integration i Unionen, og at nægtelsesgrundene i deres form fra 1968 faktisk bliver anvendt meget lidt sammenlignet med antallet af domme, der anerkendes og fuldbyrdes under konventionerne.

Med hensyn til art. 27, nr. 1, hvorefter anerkendelse og fuldbyrdelse kan nægtes, såfremt der er modstrid med grundlæggende retsprinsipper i den stat, som begæringen rettes til (ordre public), blev det foreslået, at ophæve nægtelsesgrunden. De fleste delegationer var åbenbart imod dette radikale forslag, hvorfor det ikke blev til noget. Det blev bl.a. anført som forsvar for gældende ret, at selv om man kun i de færreste tilfælde benytter "nødudgangen i et fly, er det meget rart at have en nødudgang." Art. 27, nr. 1 undergik dog den præcisering, at ordet "åbenbart" blev sat ind. Der er næppe nogen realitetsændring heri, men præciseringen skal ses på baggrund af, at dette ord findes i ordre public-klausulerne i de nyere konventioner fra EU, dvs. Romkonventionen og de ikke-ikrafttrådte konventioner om ægteskabssager og insolvens.

Art. 27, nr. 2 er den nægtelsesgrund, der oftest anvendes i praksis. Reglen blev ændret således, at dens indhold er dette, idet ændringerne fremgår med kursiv:

En retsafgørelse kan ikke anerkendes:

2) såfremt det indledende processkrift i sagen eller en tilsvarende retsakt ikke er blevet forkyndt eller meddelt den udeblevne sagsøgte i så god tid *og på en sådan måde*, at han har kunnet varetage sine interesser under sagen, *medmindre sagsøgte har undladt at tage skridt til at anfægte retsafgørelsen, selv om han havde mulighed for at gøre det.*

Kravet om, at det indledende processkrift skulle være forskriftsmæssigt forkyndt er udgået af bestemmelsen og i stedet erstattet af et krav om, at forkyndelsen skal være foretaget *på en sådan måde*, at sagsøgte kunne varetage sine interesser under sagen.

Baggrunden for ophævelse af kravet om forskriftsmæssig forkyndelse er, at nægtelsegrunden ikke må blive anvendt som følge af formelle fejl ved forkyndelsen, der ikke kan antages at have indvirket på sagsøgtes muligheder

for at forstå det indledende processkrift og herefter svare for sig. På den anden side skal forkyndelsen i det mindste være af en sådan karakter, at sagsøgte havde mulighed for at forstå det indledende processkrift og herefter svare for sig. Som led i et kompromis blev det herefter fundet rimeligt at erstatte kravet om forskriftsmæssig forkyndelse med kravet om, hvad der kan kaldes for "rimelig" forkyndelse.

Endvidere blev sætningen "medmindre sagsøgte har undladt at tage skridt til at anfægte retsafgørelsen, selv om han havde mulighed herfor" tilføjet art. 27, nr. 2. Denne tilføjelse indebærer, at nægtelsesgrunden ikke kan anvendes, selv om betingelserne efter reglens første led er til stede, såfremt sagsøgte ikke benyttede sig af muligheden for at anfægte udeblivelsesdommen i afsigelsesstaten. Det blev bl.a. anført til støtte for ændringen, at mangler ved processuelle dokumenter principielt bør berigtiges i oprindelsesstaten. Efter ordlyden er den tilføjede sætning en vidtgående begrænsning af nægtelsesgrunden, da begrænsningen kan anvendes, blot der er mulighed for at anfægte udeblivelsesdommen i afsigelsesstaten, hvilket der vel er i alle stater i form af regler om genoptagelse eller appel. Er dette tilfældet, er art. 27, nr. 2 i praksis nærmest indholdsløs. Det vil derfor være rimeligt at fortolke reglen således, at sagsøgte også skal være blevet orienteret om denne mulighed, eventuelt samtidig med forkyndelsen af det indledende processkrift, "på sådan en måde", at han er i stand til at benytte sig af anfægtelsesmuligheden.

Denne vidtgående ændring af art. 27, nr. 2 gælder principielt også under Luganokonventionen, men her blev der dog indføjet en reservationsmulighed for de eksisterende Lugano-stater over for nye Lugano-stater, jfr. Protokol 1 til Luganokonventionen art. VII, stk. 3. En sådan reservation gælder for 5 år ad gangen, hvorfor den skal fornyes, hvis der fortsat er behov herfor.

Konventionernes art. 27, nr. 4 om fejlagtig anvendelse af anerkendelsesstatens internationale privatret af retten i domsstaten for så vidt angår de i art. 1, stk. 2, nr. 1 nævnte sagstyper, blev ophævet, da den så vidt vides aldrig er blevet anvendt.

Konventionernes art. 27, nr. 5 blev ændret til følgende, idet ændringerne fremgår med kursiv:

En retsafgørelse kan ikke anerkendes:

5) såfremt den er uforenelig med en afgørelse, der tidligere er *truffet i en anden kontraherende stat eller* i en ikke-kontraherende stat mellem de samme parter i en tvist, der har samme genstand og hviler på samme grundlag, og denne *tidligere* afgørelse opfylder de nødvendige betingelser for at blive anerkendt i den stat, som begæringen rettes til.

Tilføjelserne i art. 27, nr. 5 indebærer blot, at en dom kan nægtes anerkendelse og fuldbyrdelse, såfremt den er uforenelig med en tidligere afsagt afgørelse fra en anden kontraherende stat. En sådan bestemmelse havde man ikke tidligere, og det er dette "hul", ændringen skal råde bod på.

Der blev ikke foretaget ændringer af art. 28.

17. Anerkendelses- og fuldbyrdelsesproceduren

Efter de gældende regler i konventionerne om anerkendelses- og fuldbyrdelsesproceduren skal en dom indleveres til den relevante myndighed, og der skal vedlægges en bekræftet genpart af dommen, bevis for, at dommen er eksehibel i domsstaten, bevis for, at dommen er forkyndt, og, hvis det er en udeblivelsesdom, bevis for at det indledende processkrift er forkyndt for domfældte. De indleverede dokumenter skal som regel oversættes til sproget i anerkendelses- og fuldbyrdelsesstaten, jfr. art. 32 og 46-48. Herefter undersøger myndigheden, i Danmark fogedretten, på eget initiativ, om de nødvendige dokumenter er indleveret og om en eller flere af nægtelsesgrundene er til stede, jfr. art. 27 og 28. På dette stadie af sagen er skyldneren ikke orienteret om sagen. Skyldneren orienteres først, når afgørelsen om eksehibilitet eller afslag herpå foreligger. Denne afgørelse kan kæres af både skyldneren og domhaver.

Langt de fleste stater fandt denne fremgangsmåde for omstændelig. Særligt blev omfanget af de krævede dokumenter og de heraf følgende omkostninger samt ex officio prøvelsen kritiseret.

Alle stater var enige om, at antallet af dokumenter og oversættelser heraf og dermed omkostningerne kunne nedsættes ved anvendelsen af et særligt certifikat. Herefter blev man enige om en ordning, således at der til første instans-myndigheden alene skal indleveres en bekræftet kopi af dommen og et certifikat. I certifikatet skal den fremmede myndighed bekræfte, at dommen er eksehibel i domsstaten og, for udeblivelsesdomme, hvornår stævningen er forkyndt for den udeblevne part. Dommen skal ikke oversættes. Certifikatet, der er udfærdiget på modtagerstatens sprog, indeholder en gengivelse af dommens konklusion, dvs. den del, der skal anerkendes og fuldbyrdes.

Med hensyn til undersøgelsen af eksistensen af eventuelle nægtelsesgrunde blev man til sidst enige om, at disse ikke må prøves af første-instansen, jfr. den nye art. 34:

En retsafgørelse skal erklæres for eksehibel, så snart de i artikel 46 omhandlede formaliteter er opfyldt, uden prøve efter artikel 27 og 28. Den part, mod hvem fuldbyrdelsen begæres, kan ikke på dette tidspunkt af sagens behandling fremsætte bemærkninger over for retten.

Dette forbud mod at efterprøve nægtelsesgrundene er absolut og omfatter således også ordre public. Dette er vidtgående, eftersom ordre public ikke alene skal beskytte domfældte, men også anerkendelsesstaten. Første-instansen i anerkendelsesstaten har således kun en formel prøvelsesret, der er begrænset til at kontrollere, om de nødvendige dokumenter er fremlagt. I så fald skal der meddeles eksekvatur. Såfremt domfældte eller domhaver appellerer afgørelsen om eksekvatur respektiv nægtelse heraf, kan appel-instansen foretage en fuld prøvelse af samtlige nægtelsesgrunde og på eget initiativ. Det er forudsat, at samtlige dokumenter i så fald vil blive oversat til brug for appel-instansen.

Hensigten med den manglende prøvelsesret for første-instansen er at strømline anerkendelsesproceduren for sager, hvor skyldneren ikke har indsigelser. Samtidig hermed vil prøvelsen af sager, hvor skyldneren har indsigelser, blive foretaget udelukkende i appel-instansen. En sådan prøvelse forudsætter, at skyldneren appellerer første-instansens afgørelse. I praksis kan denne løsning indebære risiko for, at enhver meddelelse af eksekvatur automatisk appelleres af skyldnerens advokat for at denne kan få fuld mulighed for at vurdere sagen på baggrund af oversatte dokumenter, der først kan fremskaffes til brug for appel-instansens behandling af sagen. Er dette tilfældet, giver den strømlinede anerkendelses- og fuldbyrdelsesproces i realiteten bagslag i de tilfælde, hvor skyldneren har indsigelser mod den fremmede dom.

For så vidt angår Luganokonventionen blev der under revisionen indsat en regel i Protokol nr. 1, således at eksisterende kontraherende stater kan tage forbehold over for nye kontraherende "tredje-stater", jfr. afsnit 19. Efter denne reservationsmulighed kan en stat erklære, at den uanset forbudet mod ex officio-prøvelse i første-instansen, vil lade første-instanserne undersøge fremmede domme fra en "ny" stat ex officio i forhold til nægtelsesgrundene i art. 27 og 28. Har en kontraherende stat benyttet sig af denne mulighed, kan den nye stat, ud fra et lighedsprincip, på tilsvarende vis tage et forbehold over for den "gamle" stat. En reservation har gyldighed for 5 år ad gangen og kan fornys ved udløbet af hver periode.

18. Eksigible dokumenter

Efter konventionernes art. 50 fuldbyrdes officielt bekræftede dokumenter, der er udstedt og eksigible i en kontraherende stat efter de samme regler, der gælder for domme. Et forslag om, at art. 50 skulle omfatte ethvert eksegibelt dokument, og således ikke kun officielt bekræftede dokumenter, som ikke anvendes i f.eks. Danmark, blev mødt med megen modstand og skepsis fra de

fleste stater, hvorfor et sådant forslag ikke udmøntede sig i ændringer af konventionerne.

19. Nye Lugano-stater

Ifølge den gældende Luganokonventions art. 62, stk. 1 er konventionen åben for EU- og EFTA-stater samt for andre stater, dvs. "tredje-stater", der hverken er medlem af EU eller EFTA. Ifølge art. 62, stk. 1, litra b kan sådanne tredje-stater optages i konventionen, såfremt de opfordres hertil af en kontraherende stat og de kontraherende stater alle tilslutter sig optagelsen. Denne procedure med "sponsor-stater" har været kritiseret, bl.a. fordi proceduren ikke anvendes af f.eks. Haagerkonferencen for International Privatret. Arbejdsgruppen ændrede herefter proceduren for optagelse af tredje-stater, således at en stat ikke skal finde en sponsor-stat, men blot skal søge om optagelse, hvorefter de kontraherende stater tager stilling til ansøgningen efter et princip om enstemmighed, jfr. forslaget til Luganokonventionens nye art. 62b, stk. 1 og 2.

En stat skal i forbindelse med ansøgningen navnlig oplyse om dets retssystem, om udnævnelse af dommere og disses uafhængighed, om dets civil- og fuldbyrdelsesproces og de internationale privatretlige regler vedrørende civilproces, jfr. den nye art. 62a, litra a. Her sigtes der til f.eks. regler om forkyndelse og bevisoptagelse i internationale sager. Oplysningerne skal danne grundlag for en vurdering af ansøgerstatens civilprocessuelle niveau.

En ansøgerstat, der accepteres som medlem, bliver herefter som udgangspunkt medlem af Luganokonventionen på lige fod med de eksisterende medlemsstater. Dog får konventionen efter de nye regler kun virkning over for de kontraherende stater, der ikke har gjort indsigelse mod den nye stats tiltrædelse, jfr. nærmere udkastet til ny art. 62b, stk. 3. Endvidere kan de eksisterende stater efter de nye regler tage forbehold i forhold til anerkendelses- og fuldbyrdelsesproceduren således, at nægtelsesgrundene skal anvendes ex officio og således, at den nye art. 27, nr. 2 ikke gælder, jfr. art. VII i Protokol nr. 1 til Luganokonventionen, jfr. afsnit 16 og 17.

20. Konklusion

De resultater, som EU- og EFTA-arbejdsgruppen opnåede, er på mange punkter udtryk for kompromisser, der bærer præg af princippet om enstemmighed. Dette princip var som udgangspunkt et svagt led i processen, men på den anden side indebar princippet, at arbejdsgruppen på mange områder i sagens

natur blev presset til sit yderste for at finde tilfredsstillende og duelige løsninger, som alle kunne acceptere. Det er min vurdering, at der blev opnået rimelige og afbalancerede løsninger på de væsentligste problemer, navnlig for så vidt angår hjemstedsbegrebet for juridiske personer, kontraktsværnetinget, arbejdstagerværnetinget, forbrugerværnetinget, litis pendens, foreløbige retsmidler og, i mindre grad, anerkendelse og fuldbyrdelse. At bopælsbegrebet for fysiske personer fortsat er overladt til national ret, er til at leve med. På denne baggrund må revisionen samlet set betragtes som en succes.

“Patent and Copyright Misuse” i U.S. amerikansk ret: Internalisering og tværfortolkning

af
Thomas Riis

1. Internalisering og tværfortolkning

Umiddelbart eksisterer der en iboende konflikt mellem konkurrenceretten og immaterialretten: Konkurrenceretten skal fremme virksom konkurrence, mens immaterialretten giver rettighedshaveren beskyttelse mod konkurrence.¹⁾ Den danske konkurrencelovs formål er “at fremme en samfundsmæssig effektiv ressourceanvendelse”, jf. § 1, og virksom konkurrence er et middel hertil. I bemærkningerne til § 1 hedder det at “(d)et samfundsøkonomiske effektivitetsbegreb har to dimensioner: statisk effektivitet og dynamisk effektivitet”; og ved dynamisk effektivitet “sigtes der især på erhvervslivets omstillingsevne, således at der udvikles ændringer eller innovationer i form af nye produktionsprocesser, produkter eller ydelser.”²⁾ Immaterialrettens begrundelse i den konkurrenceretlige verden skal netop findes i hensynet til dynamisk efficiens idet immaterialretten skaber økonomiske incitamenter til frembringelse af nye produktionsprocesser, produkter eller ydelser. Heri ligger blot en erkendelse af at konkurrenceretten og immaterialretten på det overordnede plan kan forfølge den samme politiske målsætning og derfor ikke nødvendigvis modvirker hinanden. Men stadig er der en risiko for at immaterialretsbeskyttelsen bliver for stærk - navnlig hvor rettighedshaverne udøver deres rettigheder på en sådan måde at beskyttelsen udvides - til skade for samfundet som helhed og i strid med hensynet til dynamisk efficiens. Tilbage står derfor en vigtig grænseflade mellem de to retsområder, samt spørgsmålet om hvorledes immaterialretsbeskyttelsen afgrænses.

¹⁾ Se f.eks. *Louis Kaplow*: “The Patent-Antitrust Intersection: A Reappraisal”, 97 *Harvard Law Review* 1813 (1984), s. 1817.

²⁾ FT 1996-97, Till. A, s. 3653.

Jens Schovsbo har i sin afhandling "Grænsefladespørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten"³⁾ redegjort for to metoder til den retstekniske løsning på grænsefladeproblemet. Den første metode kalder han for *tværfortolkning* (regelkrydsning), og den indebærer at grænsefladeproblemet ansues fra såvel det immaterialretlige som det konkurrenceretlige regelsæt - således at begge regelsæt anvendes på den samme problemstilling. Det afgørende spørgsmål ved denne metode er: Hvor hører immaterialretten op, og hvor tager konkurrenceretten over? Den anden metode kalder han for *internalisering*, og ved denne metode optages de konkurrencemæssige hensyn i den immaterialretlige norm, og spørgsmålet om anvendelse af konkurrenceretten inden for immaterialretten opstår ikke.

I U.S. amerikansk ret er udviklet det såkaldte "patent misuse"-princip der kan ansues som et middel til afgrænsning af patentbeskyttelsen over for konkurrenceretten. Siden hen er der udviklet et lignende princip inden for amerikansk ophavsret, "copyright misuse". "Misuse"-princippet inden for immaterialretten er fremmedartet set med europæiske øjne. I det følgende redegøres der nærmere herfor med henblik på at foretage dels en retsteknisk vurdering på basis af den af *Jens Schovsbo* opstillede systematik, og dels en praktisk vurdering af om det er et velegnet middel til løsning af grænsefladeproblemet.

2. "Patent Misuse"

"Patent misuse"-princippet i dets nuværende form blev første gang anvendt af Supreme Court i 1942 i sagen *Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger Co.*,⁴⁾ men har rødder i tidligere afgørelser.⁵⁾ Morton Salt Co. var indehaver af et patent på en maskine til dosering af salt ved hjælp af salttabletter. Maskinen var særligt anvendelig i konserverindustrien hvor de enkelte konserverdåser skal tilsættes en forudbestemt mængde salt. G.S. Suppiger Co. fremstillede og udlejede ikke-patenterede maskiner som tjente samme formål. Morton Salt Co. hævdede at disse maskiner krænkede Morton Salt Co.'s patent. Licens til anvendelse af

³⁾ Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1996.

⁴⁾ 314 U.S. 488 (1942), jf. *J. Dianne Brinson*: "Patent Misuse", 16 Rutgers Computer and Technology Law Journal 357 (1990) s. 359, 364 f.

⁵⁾ *Motion Picture Patents Co. v. Universal film Mfg. Co.*, 243 U.S. 502 (1917), *Carbice Corp. v. American Patents Development Corp.*, 283 U.S. 27 (1931) og *Leitch Mfg. Co. v. Barber Co.*, 302 U.S. 458 (1938). I disse sager blev "misuse"-princippet alene gjort gældende i forhold til personer der medvirkede til krænkelse (contributory infringement), og ikke selve krænkeren (direct infringement).

den patenterede maskine blev tilbudt andre på betingelse af at licenstageren indkøbte salttabletter til maskinen hos Morton Salt Co. Salttabletterne var ikke patenterede, og virksomheden udvidede således i realiteten patentbeskyttelsen til de upatenterede salttabletter. Det blev lagt til grund i sagen at G.S. Suppiger Co. ikke producerede eller solgte salttabletter, og parterne derfor alene var konkurrenter med hensyn til de pågældende maskiner. Court of Appeals bedømte Morton Salt Co.'s licensaftale på grundlag af antitrustlovgivningen og fandt ikke at der forelå en konkurrencebegrænsende adfærd i strid hermed. Supreme Court konstaterede imidlertid: "The question we must decide is not necessarily whether respondent [Morton Salt Co.] has violated the Clayton Act [antitrustlovgivningen], but whether a court of equity will lend its aid to protect the patent monopoly when respondent is using it as the effective means of restraining competition with its sale of an unpatented article"⁶⁾ "... courts, and especially courts of equity, may appropriately withhold their aid where the plaintiff is using the right asserted contrary to the public interest".⁷⁾ Supreme Court fandt herefter at Morton Salt Co.'s licensaftale var i strid med "public policy" uanset om den tillige måtte være i strid med antitrustlovgivningen. Sådant "patent misuse" bevirkede at domstolen ikke ville håndhæve patentretten ved at tage stilling til krænkelsespåstanden. Det vil sige at det ikke blot var licensaftalens betingelse om indkøb af salttabletter hos Morton Salt Co. som ikke kunne håndhæves, men selve patentretten, og dette på trods af at G.S. Suppiger ikke var blevet skadet af licensaftalen.

"Patent misuse" er et princip der kan bringes i anvendelse af en domstol i sager om patentkrænkelser eller misligholdelse af en licensaftale, og det indebærer at patenthaveren ikke gives beføjelser i tilfælde af krænkelse eller misligholdelse såfremt patenthaveren enten har udøvet sine rettigheder i strid med antitrustreglerne - f.eks. ved patenthaverens forsøg på at skabe bindende videresalgspriser,⁸⁾ "tying", betingede licensaftaler,⁹⁾ "patent pooling" og

⁶⁾ 314 U.S. 490.

⁷⁾ 314 U.S. 492.

⁸⁾ *United States Gypsum Co. v. National Gypsum Co.*, 352 U.S. 457 (1957), s. 465.

⁹⁾ *Mercoid Corp. v. Mid-Continent Investment Co.*, 320 U.S. 661 (1944): "The fact that the patentee has the power to refuse a license does not enable him to enlarge the monopoly of the patent by the expedient of attaching conditions to its use ... The method by which the monopoly is sought to be extended is immaterial", (s. 666).

forskellige former for eksklusive licensvilkår¹⁰⁾ og krydslicenser - eller hvis patenthaveren ved udøvelsen af sine rettigheder har udvidet patentbeskyttelsens retmæssige område.¹¹⁾ Som det fremgår af *Morton Salt*-sagen spiller det ingen rolle om krænkeren rent faktisk er blevet skadet ved denne udøvelse.¹²⁾

“Patent misuse” er baseret på equity-princippet¹³⁾ “unclean hands”:¹⁴⁾ Kun den rettighedshaver der har “rene hænder”, kan få hjælp af domstolene til håndhævelse af sine rettigheder, og rettighedshaveren som handler i strid med antitrustlovgivningen eller udvider patentbeskyttelsens retmæssige område, opfylder ikke dette krav. Når patenthaveren kan godtgøre at *konsekvenserne* af “misuse” er forsvundet - og altså ikke blot den konkrete adfærd som udgør misuse - kan han påny udøve sin patentret på normal vis.¹⁵⁾ Det vil sige at i

¹⁰⁾ *National Lockwasher Co. v. George K. Garrett*, 137 F.2d 255 (3d Cir. 1943).

¹¹⁾ Jf. f.eks. *Blonder-Tongue Laboratories, Inc. v. University of Illinois Foundation*, 402 U.S. 313 (1971), s. 343, *Zenith Radio Corporation v. Hazeltine Research, Inc.*, 395 U.S. 100 (1969), s. 140. Se også *Robert J. Hoerner*: “Patent Misuse: Portents for the 1990s”, 59 Antitrust Law Journal 687 (1991), s. 688, og *Joel R. Bennett*: “Patent Misuse: Must an Alleged Infringer Prove an Antitrust Violation?”, 17 AIPLA Quarterly Journal 1 (1989), s. 8.

¹²⁾ *Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger Co.*, 314 U.S. 488 (1942), s. 494, *United States Gypsum Company v. National Gypsum Company et al.*, 352 U.S. 457 (1957), s. 465, og *Senza-Gel Corp. v. Seiffhart*, 803 F.2d 661 (Fed. Cir. 1986), s. 668. Se også *Brinson*, *ibid.*, og *Hoerner*, *ibid.*, s. 704. Herved adskiller “patent misuse” sig fra den traditionelle forståelse af “unclean hands”-princippet da anvendelsen af dette kræver en umiddelbar og nødvendig sammenhæng mellem sagsøgerens ubillige handlinger og det forhold der er genstand for retssagen, jf. *Keystone Driller co. v. General Excavator Co.*, 290 U.S. 240 (1933), s. 245. Se også f.eks. *Roger Arar*: “Redefining Copyright Misuse”, 81 Columbia Law Review 1291 (1981), s. 1295 ff, og *Scott A. Miskimon*: “Divorcing Public Policy from Economic Reality: The Fourth Circuit’s Copyright Misuse Doctrine in *Lasercomb America, inc. v. Reynolds*”, 69 North Carolina Law Review 1672 (1991), s. 1678 f.

¹³⁾ Om “common law” og “equity” se *Ole Lando*: “Kort indføring i komparativ ret”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1986, s. 37 ff.

¹⁴⁾ *United States Gypsum Company v. National Gypsum Company et al.*, 352 U.S. 457 (1957), s. 465.

¹⁵⁾ *Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger Co.*, 314 U.S. 488 (1942), s. 493. Se også *Hoerner*, *ibid.*, s. 712, og *Ernest Bainbridge Lipscomb III*: “Lipscomb’s Walker on Patents”, Third Edition, Vol. 8, §§ 27:1-29:98, The Lawyers Co-Operative Publishing Co., Rochester, New York; Bancroft-Whitney Co., San Francisco, California, 1989, s. 348.

tilfælde hvor f.eks. et vilkår i en licensaftale udgør "patent misuse", kan patenthaveren ikke nødvendigvis få domstolenes hjælp til udøvelse af sine rettigheder blot fordi det omtvistede vilkår ikke længere gøres gældende af patenthaveren. Der er dog i praksis eksempler på at domstolene har anset det for tilstrækkeligt at et sådant vilkår ikke længere gøres gældende.¹⁶⁾

Uanset grovheden af "patent misuse" vil patenthaveren almindeligvis have mulighed for at træffe de fornødne foranstaltninger til igen at kunne udøve sine enerettigheder på et senere tidspunkt. "Patent misuse" gør således ikke patentet ugyldigt.¹⁷⁾

"Patent misuse"-princippet *internaliserer* konkurrencemæssige hensyn i patentretten, men udelukker imidlertid ikke herved at antitrustlovgivningen kan anvendes på de samme forhold. Antitrustlovgivningen stiller imidlertid - modsat "patent misuse"-princippet - forholdsvis strenge krav til dokumentation af markedsstyrke, konkurrenceskadelige effekter o.a. Herudover kan "patent misuse"-princippet tillige anvendes på visse forhold der ikke er i strid med antitrustlovgivningen.¹⁸⁾

3. Antitrustret

Som et middel til løsning af nogle af de problemer der opstår i grænsefladen mellem patentret og konkurrenceret, har "patent misuse"-princippet åbenbare begrænsninger. Princippet kan kun anvendes i en konkret tvist enten vedrørende patentkrænkelse eller vedrørende misligholdelse af en licensaftale. Ved *tværfortolkning* - det vil sige ved anvendelse af antitrustretten - kan konkurrencemyndigheden tage initiativ til at bringe konkurrenceskadelig udøvelse af patentrettigheder til ophør. Retsgrundlaget er i givet fald Sherman Act og/eller Clayton Act.¹⁹⁾ Domstolenes beføjelser i antitrustsager beror på deres "equity powers" og er i realiteten ubegrænsede. To forfattere har udtrykt det på følgende måde: "Once it has been decided that a company or group of companies has conducted its affairs in violation of the Sherman Act, the way

¹⁶⁾ Se ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments, Vol. II, (4th ed. 1997), s. 948, og Bennett, *ibid.*, s. 14 f.

¹⁷⁾ Det er hævdet at "patent misuse"-princippet havde største betydning i perioden før 1970 hvor der generelt var et mere kritisk syn på konkurrencebegrænsninger, jf. "Is the Patent Misuse Doctrine Obsolete?", 110 Harvard Law Review 1922 (1997), s. 1924.

¹⁸⁾ Jf. Mark A. Lemley: "The Economic Irrationality of the Patent Misuse Doctrine", 78 California Law Review 1599 (1990), s. 1611 f.

¹⁹⁾ 15 U.S.C. Chapter 1.

is open for what amounts to a detailed piece of legislation directed to regulating the future conduct of the parties”.²⁰⁾ Når en domstol i henhold til antitrustlovgivningen stiller krav til en virksomheds fremtidige adfærd, må den imidlertid respektere almindelige retssikkerhedshensyn og f.eks. ikke skabe en de facto særregulering der alene gælder for et særlig magtfuldt kartel. Med Supreme Courts ord: “... in framing its decree, ... the court may not create, as to the defendants, new duties, prescription of which is the function of Congress, or place the defendants, for the future ‘in a different class than other people’ ... The decree must not be ‘so vague as to put the whole conduct of the defendants’ business at the peril of a summons for contempt’; enjoin ‘all possible breaches of the law’; or cause the defendants hereafter not ‘to be under the protection of the law of the land’.”²¹⁾

Anvendelsen af antitrustlovgivningen forudsætter markedsstyrke (market power) på det relevante marked. Hvorvidt et patent i sig selv anses for at give patenthaveren markedsstyrke er uklart. I retspraksis kan findes støtte for modsatrettede synspunkter, men udviklingen går tilsyneladende mod at det ikke er tilfældet.²²⁾

I afgørelsen af hvorvidt et bestemt forhold er i strid med antitrustretten, anvendes “per se”-forbud og “rule of reason”.²³⁾ “Per se”-forbud er udviklet i retspraksis og omfatter forhold der alene i kraft af deres form er i strid med antitrustretten, og det er derfor ikke nødvendigt mere præcist at undersøge forholdets skadelige effekter på konkurrencen, eller om forholdet måtte have gunstige effekter. “Per se”-forbud blev første gang formuleret i afgørelsen

²⁰⁾ Jf. *A.D. Neale & D.G. Goyder*: “The Antitrust Laws of the United States of America. A Study of Competition Enforced by Law”, 3rd ed., Cambridge University Press, 1980, s. 394. Se også f.eks. *Carlisle M. Moore*: “A Study of Compulsory Licensing and Dedication of Patents as Relief Measures in Antitrust Cases”, 24 *George Washington Law Review* 223 (1955), s. 226 f.

²¹⁾ *Hartford-Empire Co. et al. v. United States*, 323 U.S. 409 f.

²²⁾ Se således *Walker Process Equipment, inc. v. Food Machinery & Chemical Corp.*, 382 U.S. 172 (1965), og endvidere United States Department of Justice, Antitrust Division & Federal Trade Commission: “Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property” (1995), § 2.2. Sml. *Alan J. Weinschel & Robert P. Stefanski*: “Antitrust and Patent Misuse in Licensing: Part I”, 7 No. 11 *Journal of Proprietary Rights* 18 (1995), s. 19.

²³⁾ Se *Jens Fejøl*: “Monopolret og marked”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1985, s. 24 f, 132 ff.

*Northern Pac. Ry. v. United States*²⁴⁾ fra 1957: "... certain agreements or practices which because of their pernicious effect on competition and lack of any redeeming virtue are conclusively presumed to be unreasonable and therefore illegal without elaborate inquiry as to the precise harm they have caused or the business excuse for their use."²⁵⁾ "Per se"-forbud skaber en vis forudsigelighed i retsstillingen, og meget ressourcekrævende og komplicerede antitrustsager undgås. Forhold der ikke er omfattet af "per se"-forbud, underkastes i stedet "*rule of reason*" hvorefter der foretages en nøje undersøgelse af de konkrete omstændigheder med henblik på en afvejning af de positive og negative effekter. "Rule of reason" er blandt andet formuleret af Justice Brandeis i afgørelsen *Board of Trade of City of Chicago v. United States*²⁶⁾: "To determine [the legality of a restraint in trade] the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied; its condition before and after the restraint was imposed; the nature of the restraint and its effect, actual or probable. The history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained, are all relevant facts. This is not because a good intention will save an otherwise objectionable regulation or the reverse; but because knowledge of intent may help the court to interpret the facts and to predict consequences."²⁷⁾

Det er ikke muligt at udarbejde en udtømmende liste over samtlige forhold ved licensering der kan være i strid med antitrustlovgivningen, men i United States Department of Justice, Antitrust Division & Federal Trade Commission: "Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property" (1995),²⁸⁾ er opremset en række sådanne forhold som må antages at være de i praksis væsentligste:

1. *Horisontale begrænsninger* vil i udgangspunktet blive bedømt efter "rule of reason". Prisaftaler, markedsdeling, produktionsbegrænsninger samt visse kollektive boykotforanstaltninger er imidlertid omfattet af "per se"-forbud.

²⁴⁾ 356 U.S. 1 (1957).

²⁵⁾ 56 U.S. 5.

²⁶⁾ 246 U.S. 231 (1917).

²⁷⁾ 246 U.S. 238.

²⁸⁾ Kan hentes på <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/ipguide.htm>.

2. *Bindende videresalgspriser* bedømmes efter “per se”-regel.²⁹⁾

3. *“Tying” og pakkelicensering*. “Tying” betegner den situation hvor patenthaveren gør en licens betinget af at licensgiver køber ikke-patenterede produkter hos patenthaveren. Ved pakkelicensering er licens ikke betinget af produktkøb, men derimod af at licensaftalen udvides til at omfatte andre enerettigheder. Disse arrangementer bedømmes efter “rule of reason”.³⁰⁾

4. *Eksklusive licensvilkår* (exclusive dealing) hvor licenstagere afskæres fra at få licens til og/eller i øvrigt anvende konkurrerende teknologi, bedømmes efter “rule of reason”.

5. *Krydslicenser* og “*patent pooling*”. Krydslicenser er gensidige licensaftaler mellem to eller flere indehavere af patenter til relaterede opfindelser eventuelt lignende opfindelser, mens “patent pooling” betegner den situation hvor indehavere af relaterede patenter licenserer i fællesskab. Disse arrangementer bedømmes efter “rule of reason” medmindre de har karakter af rene prisaftaler - i givet fald er de omfattet af “per se”-forbud.

6. *“Grant back”-klausuler* som giver licensgiver ret til at anvende de forbedringer licenstagere måtte foretage af den licenserede opfindelse, bedømmes efter “rule of reason”.

7. *Erhvervelse af konkurrerende patenter* bedømmes efter principperne for fusioner.

De amerikanske konkurrencemyndigheder anlagde tidligere et meget kritisk syn på de skadelige konkurrencebegrænsende effekter ved udøvelsen af immaterialrettigheder. Men i hvert fald siden 1980'erne er det sket en væsentlig opblødning på dette punkt til fordel for rettighedshaverne. Hvor patentretlig beskyttelse tidligere blev anset for potentielt konkurrenceskadelig og derfor blev fortolket snævert, accepteres i dag langt flere former for udøvelse af patentrettigheder. Denne ændring er angiveligt påvirket af “Chicago School

²⁹⁾ Supreme Court har ikke desto mindre accepteret vertikale pris aftaler i forbindelse med patentlicens aftaler. I sagen *United States v. General Electric*, 272 U.S. 476 (1926) havde General Electric givet licens til virksomheden Westinghouse i forbindelse med produktion af el-pærer. Ifølge licensaftalen var Westinghouse forpligtet til ikke at sælge de el-pærer der var produceret i henhold til licensen, til en pris der var lavere end den General Electric solgte sine egne el-pærer til. Det er dog tvivlsomt om General Electric stadig kan anses som udtryk for gældende ret.

³⁰⁾ Efter tidligere praksis var “tying” omfattet af “per se”-forbud såfremt visse nærmere betingelser var opfyldt. Se *International Business Machines Corp. v. United States*, 298 U.S. 131 (1936), og *International Salt Co. Inc. v. United States*, 332 U.S. 392 (1947).

antitrust economics”³¹⁾ der er tæt knyttet til den økonomiske ejendomsretsteori med fokus på internalisering af eksternaliteter i stedet for den neoklassiske økonomiske teoris markedssynsvinkel og marginalbetragtninger.³²⁾ Dannelsen i 1982 af den specialiserede domstol Court of Appeals for the Federal Circuit der afgør alle appelsager efter den amerikanske patentlov, har givetvis bidraget yderligere til en styrkelse af patenthavernes retsstilling.³³⁾

Denne ændring i den konkurrenceretlige vurdering er blandt andet kommet til udtryk i de ovenfor nævnte “Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property” hvor det hedder: “the Agencies recognize that intellectual property licensing allows firms to combine complementary factors of production and is generally procompetitive”.³⁴⁾ Hvor forskellige vilkår i licensaftaler tidligere i vid udstrækning blev bedømt efter “per se”-forbud, er hovedreglen nu at de skal bedømmes efter “rule of reason”.³⁵⁾

³¹⁾ *Lawrence Schlam*: “Compulsory Royalty-Free Licensing as an Antitrust Remedy for Fraud: Law, Policy and the Patent-Antitrust Interface Revisited”, 7 *Cornell Journal of Law and Public Policy* 467 (1998), s. 472 f.

³²⁾ Se f.eks. *Robert H. Bork*: “The Antitrust Paradox - A Policy at War with Itself”, Basic Books, New York 1978, *Richard A. Posner*: “The Social Costs of Monopoly and Regulation”, 83 *Journal of Political Economy* 299 (1975) og *Ward S. Bowman, Jr.*: “Patent and Antitrust Law”, University of Chicago Press, Chicago og London 1973.

³³⁾ Jf. *Schlam*, *ibid.*, s. 473.

³⁴⁾ Jf. § 2.0, se nærmere § 2.3.

³⁵⁾ Jf. *Hoerner*, *ibid.*, s. 700, og *Alan J. Weinschel & Robert P. Stefanski*: “Antitrust and Patent Misuse in Licensing: Part II”, 7 No. 12 *Journal of Proprietary Rights* 16 (1995), s. 16 f. Den samme tendens spores i National Cooperative Research Act der blev vedtaget i 1984, hvorefter “research and development joint ventures” der indeholder bestemmelser om udøvelse af blandt andet patentrettigheder, konkurrenceretligt skal bedømmes efter “rule of reason”. Endvidere vil deltagerne i sådanne joint ventures, såfremt der forekommer handlinger i strid med antitrustlovgivningen, ikke ifalde ansvar efter bestemmelsen om “treble damages” - erstatninger maksimeret til “actual damages”, se *William B. Miller*: “Giving the Patent Owner his Due: Recent Developments in the Antitrust/Patent Misuse Interface”, 12 *Delaware Journal of Corporate Law* 135 (1987), 141 f.

4. Forholdet mellem “patent misuse” og antitrustlovgivningen

Forholdet mellem “patent misuse” og antitrustlovgivningen er intrikat. “Patent misuse” er et virkemiddel der lægger begrænsninger på udøvelsen af patentrettigheder uden formel anvendelse af antitrustlovgivningen.³⁶⁾

“Patent misuse” forekommer blandt andet når patenthaveren udøver sine rettigheder i strid med antitrustlovgivningen, men i hvert fald tidligere var antitrustreglerne ikke afgørende for hvornår der forelå “patent misuse” - i stedet fokuserede domstolene på hvorvidt udøvelsen af rettighederne var i strid med “public policy” som på patentrettens område kommer til udtryk i forfatningens Art. I sect. 8: “... to promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to ... Inventors the exclusive Right ...”³⁷⁾ Federal Circuit beskrev i *Mallinckrodt, Inc. v. Medipart, Inc.*³⁸⁾ “patent misuse”-princippet på følgende vis: “The concept of patent misuse arose to restrain practices that did not in themselves violate any law, but that drew anticompetitive strength from the patent right, and thus were deemed to be contrary to public policy. The policy purpose was to prevent a patentee from using the patent to obtain market benefit beyond that which inheres in the statutory patent right”.

I senere praksis er der nok en tendens til at antitrust-kriterier tillægges større vægt ved fastlæggelse af “patent misuse”. Tre Court of Appeals-afgørelser taler i hvert fald herfor. I *USM Corp. v. SPS Technologies, Inc.*, hvor domstolen forholdt sig meget kritisk til “patent misuse”-princippet, udtaltes: “[T]here is increasing convergence of patent-misuse analysis with standard antitrust analysis ... One still finds plenty of statements in judicial opinions that less evidence of anti-competitive effect is required in a misuse case than in an antitrust case ... But apart from the conventional applications of the doctrine we have found no cases where standards different from those of antitrust law were actually applied to yield different results ...”³⁹⁾ Det var således domstolens opfattelse at uden for et konventionelt kerneområde skal “patent misuse” bedømmes ved hjælp af traditionelle antitrust-principper - i særdeleshed efter antitrustrettens “rule of reason”. Når retten i den konkrete

³⁶⁾ Jf. *Weinschel & Stefanski* (Part I), *ibid.*, s. 18.

³⁷⁾ *Se Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger Co.*, 314 U.S. 488 (1942), s. 492, 494, *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co.*, 243 U.S. 502 (1917), s. 511 f, *B.B. Chem. Co. v. Ellis*, 314 U.S. 495 (1942), s. 497 f.

³⁸⁾ 976 F.2d 700 (Fed. Cir. 1992), s. 704.

³⁹⁾ 694 F.2d 505 (7th Cir. 1982), s. 512.

sag ikke statuerede "patent misuse", skyldtes det at der ikke kunne godtgøres en "actual or probable anticompetitive effect in a relevant market" som er et krav efter "rule of reason".⁴⁰⁾ I *Windsurfing International, Inc. v. AMF, Inc.*,⁴¹⁾ der vedrørte en patentlicensaftale som forpligtede licenstagere til at anerkende gyldigheden af visse varemærker, udtalte domstolen: "To sustain a misuse defense involving a licensing arrangement not held to have been per se anticompetitive by the Supreme Court, a factual determination must reveal that the overall effect of the license tends to restrain competition unlawfully in an appropriately defined relevant market".⁴²⁾ I lighed med *USM Corp. v. SPS Technologies, Inc.* henviser retten herved til antitrustlovgivningens "rule of reason". Tilsvarende i *Mallinckrodt, Inc. v. Medipart, Inc.*⁴³⁾ fastslår retten at sager om "patent misuse" der ikke vedrører handlinger omfattet af "per se"-forbud, skal bedømmes efter antitrustrettens "rule of reason".⁴⁴⁾ I *Windsurfing International, Inc. v. AMF, Inc.* noterede domstolen sig at nyere økonomisk teori forholder sig kritisk til at hvilke som helst elementer i en licensaftale burde være omfattet af "per se"-forbud.⁴⁵⁾

Retspraksis er dog langt fra entydig med hensyn til betydningen af antitrust-principper i "patent misuse"-sager. Stadig kan en patenthaver blive afskåret fra at håndhæve sine rettigheder på grund af "patent misuse" selv hvis der ikke er tale om en handling i strid med antitrustlovgivningen.⁴⁶⁾ Og i den forstand kan "patent misuse"-princippet skabe mere vidtgående begrænsninger på udøvelsen af patentrettigheder. I *USM Corp. v. SPS* forbeholdes således også

⁴⁰⁾ 694 F.2d 505 (7th Cir. 1982), s. 513.

⁴¹⁾ 782 F.2d 995 (Fed. Cir. 1986).

⁴²⁾ 782 F.2d 1001 f.

⁴³⁾ 976 F.2d 700 (Fed. Cir. 1992).

⁴⁴⁾ "The appropriate criterion is whether Mallinckrodt's [the patentee] restriction is reasonably within the patent grant, or whether the patentee has ventured beyond the patent grant and into behavior having an anticompetitive effect not justifiable under the rule of reason ... Anticompetitive effects that are not per se violations of law are reviewed in accordance with the rule of reason. Patent owners should not be in a worse position, by virtue of the patent right to exclude, than owners of other property used in trade" (s. 708).

⁴⁵⁾ 782 F.2d 1002 n9.

⁴⁶⁾ Jf. *Brinson*, *ibid.*, *Weinschel & Stefanski* (Part I), *ibid.*, s. 18, *Burchfiel*, *ibid.*, s. 11 n48. Se f.eks. *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc.*, 395 U.S. 100 (1969), s. 101, og *Senza-Gel Corp. v. Seiffhart*, 803 F.2d 661 (Fed. Cir. 1986), s. 668.

et område hvor "patent misuse" ikke er bestemt af antitrust-principper. *Zenith Radio Corporation v. Hazeltine Research, Inc.*⁴⁷⁾ vedrørte blandt andet spørgsmålet om hvorvidt en patenthaver i en licensaftale retmæssigt kan betinge at licensvederlag beregnes på basis af licenstagernes omsætning, og samtidig afvise licenstagernes forslag om at licensvederlag beregnes på basis af den faktiske brug af patentet. Supreme Court fandt at denne beregningsmetode udgjorde "patent misuse", men ikke nødvendigvis var i strid med antitrustlovgivningen.⁴⁸⁾ En sådan beregningsmetode udgør imidlertid ikke altid "patent misuse"; det forudsætter at metoden er blevet dikteret af patenthaveren i kraft af hans markedsstyrke og ikke er et resultat af praktiske omstændigheder ved forholdet.⁴⁹⁾

Federal Circuit som afgjorde den antitrust-orienterede *Windsurfing International, Inc. v. AMF*-sag, afsagde senere samme år dom i sagen *Senza-Gel Corp. v. Seiffhart*. I denne sag, der vedrørte et spørgsmål om "tying", gentog retten Supreme Courts synspunkt i *Zenith Radio Corporation v. Hazeltine Research, Inc.* om at "patent misuse" kan forekomme selvom der ikke foreligger en handling i strid med antitrustlovgivningen, og afgjorde sagen på grundlag af "misuse"-sager om tying på bekostning af antitrustsager om samme problemstilling.⁵⁰⁾ Domstolen forklarede: "[defendant's] effort to equate the determination of product separability for misuse purposes with product separability for antitrust purposes must fail in light of Ninth Circuit and Supreme Court law, which requires that "consumer behavior" (market demand) be examined to determine the separability of products in determining whether there is a tying arrangement for antitrust purposes. Thus there is no conflict in the district court's holding that there are two products sufficient to sustain a defense of patent misuse, and its determination that a genuine issue of material fact exists on whether there are two products for antitrust purposes... The law of patent misuse in licensing need not look to consumer demand (which may be non-existent) but need look only to the nature of the claimed invention as the basis for determining whether a product is a

⁴⁷⁾ 395 U.S. 100 (1969).

⁴⁸⁾ "Whether the trial court correctly determined that HRI was conditioning the grant of patent licenses upon the payment of royalties on unpatented products has not yet been determined by the Court of Appeals. And if there was such misuse, it does not necessarily follow that the misuse embodies the ingredients of a violation of either s 1 or s 2 of the Sherman Act, ..." (s. 140).

⁴⁹⁾ 395 U.S. 138.

⁵⁰⁾ Jf. *Bennett*, *ibid.*, s. 13 f.

necessary concomitant of the invention or an entirely separate product. The law of antitrust violation, tailored for situations that may or may not involve a patent, looks to consumer demand test for determining product separability.”⁵¹⁾

Ved sammenligning af *Windsurfing International, Inc. v. AMF og Senza-Gel Corp. v. Seiffhart* må det konstateres at den retlige usikkerhed der præger dette område, også gør sig gældende i praksis fra den specialiserede domstol Federal Circuit hvis etablering blandt andet var begrundet i hensynet til en konsistent praksis på patentrettens område.

For private parter skal der mindre til for at opfylde de formelle krav efter “patent misuse”-princippet end efter antitrustlovgivningen. Således skal sagsøgeren i en antitrustsag godtgøre at patenthaverens adfærd har eller er egnet til at have en skadelig virkning på konkurrencen,⁵²⁾ at patenthaveren har markedsstyrke samt at den pågældende er blevet skadet af patenthaverens adfærd. Sådanne krav skal ikke opfyldes efter “patent misuse”-princippet.⁵³⁾ Til gengæld kan en part der får medhold i en påstand baseret på antitrustlovgivningen om at den pågældende er blevet skadet ved patentshaverens retsstridige udøvelse af patentrettigheder, blive tilkendt “treble damages” og delvis dækning af sagsomkostninger. Til sammenligning vil medhold i en påstand om “patent misuse” alene medføre at handlinger der ellers ville udgøre patentkrænkelser eller misligholdelse af en licensaftale, accepteres. Som nævnt ovenfor har en domstol som finder en handling i strid med antitrustlovgivningen, betydelig frihed til at vælge passende retsmidler til at imødegå den retsstridige handling, men det må anses for udelukket at en sådan domstol kan nægte at bidrage til håndhævelse af en patentret medmindre

⁵¹⁾ 803 F.2d 670.

⁵²⁾ Jf. *Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co.*, 495 U.S. 328 (1990).

⁵³⁾ Jf. f.eks. *Brinson*, *ibid.*, s. 370, 375 ff, *Hoerner*, *ibid.*, s. 712, og “Is the Patent Misuse Doctrine Obsolete?”, *ibid.*, s. 1924, *Lemley*, *ibid.*, s. 1611 ff, og *Troy Paredes*: “Copyright Misuse and Tying: Will Courts Stop Misusing Misuse?”, 9 *High Technology Law Journal* 271 (1994), s. 293 ff. Se også *Virginia Panel Corp. v. Mac Panel Co.*, 133 F.3d 860 (Fed. Cir. 1997): “... violation of the antitrust laws, in this case Sect. 2 of the Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. § 2 (1994), requires more exacting proof than suffices to demonstrate patent misuse. For example, violation of the antitrust laws always requires an intent to monopolize, market power in a defined relevant market (which may be broader than that defined by the patent), and damages attributable to the conduct asserted to be in violation of the antitrust laws” (s. 872).

det netop er den konkrete udøvelse af denne ret der er i strid med antitrustlovgivningen.⁵⁴⁾

4.1. Patent Misuse Act 1988

Med Patent Misuse Act 1988⁵⁵⁾ ændredes section 271(d) i Patents Act. Ifølge Patent Misuse Act skal for det første en patenthavers generelle nægtelse af at give licens ikke anses for "patent misuse",⁵⁶⁾ og for det andet anses visse former for "tying" ikke for "patent misuse". Det gælder for de tilfælde hvor patenthaveren har "conditioned the license of any rights to the patent or the sale of the patented product on the acquisition of a license to rights in another patent or purchase of a separate product, unless in view of the circumstances, the patent owner has market power in the relevant market for the patent or patented product on which the license or sale is conditioned."⁵⁷⁾ Idet "markedsstyrke" (market power) i denne forbindelse skal forstås i overensstemmelse med det tilsvarende begreb i antitrustretten, medfører bestemmelsen at kravene til retsstridig "tying" efter henholdsvis "patent misuse"-princippet og antitrustlovgivningen konvergerer.⁵⁸⁾ Det betyder at den

⁵⁴⁾ Se *Miskimon*, *ibid.*, s. 1687 f.

⁵⁵⁾ Pub. L. No. 100-73, 102 Stat. 4674 (H.R. 4972).

⁵⁶⁾ Denne Bestemmelse må anses for en kodificering af gældende ret, jf. *Weinschel & Stefanski* (Part I), *ibid.*, s. 19, og *Richard Calkins*: "Patent Law: The Impact of the 1988 Patent Misuse Reform Act and Noerr-Pennington Doctrine on Misuse Defenses and Antitrust Counterclaims", 38 *Drake Law Review* 175 (1989), s. 197. *Lemley*, *ibid.*, s. 1623 f, forholder sig dog mere tvivlende til at der alene skulle være tale om en kodificering af gældende ret.

⁵⁷⁾ Lignende ændringer blev ikke indført i Copyright Act.

⁵⁸⁾ Jf. *William J. Gilbreth & William H. Steinmetz*: "The Patent Misuse Defense: Its Expansion and Contraction", 4 No. 8 *Journal of Proprietary Rights* 7 (1992), s. 7, *Weinschel & Stefanski*, (Part I), *ibid.*, s. 21, og *Toshiko Takenaka*: "Extending the New Patent Misuse Limitation to Copyright: *Lasercomb America, Inc. v. Reynolds*", 5 *Software Law Journal* 739 (1992), s. 759 f. For en noget anderledes opfattelse se *Burchfiel*, *ibid.*, s. 101 ff, der fastholder at markedsstyrkevurderingen ved "tying" efter section 271(d) i Patents Act er væsentlig anderledes end efter antitrustlovgivningen. Til støtte for sit synspunkt anfører *Burchfiel* de krav der stilles i antitrustsager til statuering af markedsstyrke, og som er meget ressourcekrævende med hensyn til fremskaffelse af underliggende analyser m.v. Han henviser til retsafgørelsen *In re Data General Corp. Antitrust Litigation*, 529 F.Supp. 801 (N.D. Calif. 1981), s. 804, hvor der var afsat 45 dage alene til spørgsmålet om markedsstyrke. Det diamentralt modsatte synspunkt: at

part der påstår "patent misuse" på grund af "tying", skal godtgøre økonomiske forhold ved markedet for det patenterede produkt. Som nævnt ovenfor er det uklart om indehaveren af et patent alene i kraft af patentet anses for at have markedstyrke med hensyn til det patenterede produkt, men i tiden før 1988 er der i retspraksis i hvert fald en vis støtte for at det er tilfældet.⁵⁹⁾

I 1988 før Patent Misuse Act havde Senatet vedtaget et lignende forslag hvorefter alle former for "patent misuse" forudsatte en handling der var i strid med antitrustlovgivningen.⁶⁰⁾ Forslaget blev imidlertid forkastet af Repræsentanternes Hus til fordel for den endelige lov hvor antitrustanalysen alene synes afgørende i forbindelse med "tying". Dette kan tages til indtægt for at det ikke har været Kongressens hensigt at alle former for "patent misuse" forudsætter en handling i strid med antitrustlovgivningen.⁶¹⁾

Lempelsen i vurderingen af "tying"-arrangementer som den kommer til udtryk i Patent Misuse Act, fulgte efter en betydelige kritik af den tidligere retsstilling - en kritik der i hovedsagen blev formuleret af fagøkonomer.⁶²⁾

bedømmelsen af "tying" efter henholdsvis section 271(d) og antitrustlovgivningen er identisk i alle henseender - og altså ikke blot med hensyn til markedsstyrkevurderingen - er også blevet anført, jf. *Calkins*, *ibid.*, s. 198. Holdepunkterne herfor er imidlertid få og spinkle.

⁵⁹⁾ Jf. *United States v. Loew's Inc.*, 371 U.S. 38 (1962): "The requisite economic power is presumed when the tying product is patented or copyrighted", (s. 45); *Jefferson Parish Hospital Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984): "... if the Government has granted the seller a patent or similar monopoly over a product, it is fair to presume that the inability to buy the product elsewhere gives the seller market power." (s. 16); og *International Salt v. Co. v. United States*, 332 U.S. 392 (1947). Se i det hele *Kenneth J. Burchfiel*: "Patent Misuse and Antitrust Reform: "Blessed be the Tie?", 4 *Harvard Journal of Law & Technology* 1 (1991), s. 29 ff.

⁶⁰⁾ S. 438. Se herom blandt andre *Calkins*, *ibid.*, s. 193 ff.

⁶¹⁾ Jf. *Bennett*, *ibid.*, s. 2 ff.

⁶²⁾ Jf. *Burchfiel*, *ibid.*, s. 2, 57 ff. Se også *Paredes*, *ibid.*, s. 309 ff.

5. Copyright Misuse

“Copyright misuse” er ikke indarbejdet i samme grad som “patent misuse”.⁶³⁾ I sagen *Lasercomb America, Inc. v. Reynolds*⁶⁴⁾ udtalte Court of Appeals at megen usikkerhed var knyttet til “misuse of copyright”, men ikke desto mindre fandt retten at “copyright misuse” er en integreret del af ophavsretten på samme måde som “patent misuse” er en integreret del af patentretten.⁶⁵⁾ Ifølge Court of Appeals skyldes denne usikkerhed at Supreme Court endnu ikke har taget stilling til spørgsmålet, og ved sin gennemgang af retspraksis fandt retten blot én District Court-afgørelse fra 1948⁶⁶⁾ hvor en part havde fået medhold i en “copyright misuse”-påstand.⁶⁷⁾

Lasercomb America, Inc. v. Reynolds vedrørte to virksomheder der var konkurrenter på markedet for metalmatricer til udskæring og udstansning af papir og pap der herefter kunne foldes til kartoner og æsker. Lasercomb havde udviklet et edb-program med hvilket man på en computerskærm kunne designe nye typer af æsker og kartoner. Programmet kunne endvidere styre en maskine der frembragte de korresponderende metalmatricer som uden videre kunne anvendes i produktionen. Lasercomb gav licens på det pågældende program til den konkurrerende virksomhed Holiday Steel. Holiday Steel kopierede programmet i strid med licensaftalen og foretog forskellige ændringer i programmet hvorefter det blev markedsført som Holiday Steels eget. De to programmer var dog næsten identiske, og der var ingen tvivl om at Holiday Steel havde fremstillet eksemplarer i ophavsretlig forstand af Lasercombs program uden tilladelse hertil.

Lasercomb havde i standardvilkårene til sine licensaftaler inkluderet en konkurrenceklausul hvorefter licenstagere var afskåret fra på nogen måde at fremstille konkurrerende edb-programmer. Holiday Steel påstod at disse vilkår

⁶³⁾ Jf. *Weinschel & Stefanski*, (Part I), *ibid.*, s. 19.

⁶⁴⁾ 911 F.2d 970 (4th Cir. 1990).

⁶⁵⁾ “... [P]arallel public policies underlie the protection of both types of intellectual property rights. We think these parallel policies call for application of the misuse defense to copyright as well as patent law”, (s. 973, 974). Se også den senere afgørelse *DSC Communications Corp. v. DGI Technologies Inc.*, 81 F.3d 597 (5th Cir. 1996): “The copyright misuse defense is analogous to the patent misuse defense”, (s. 601).

⁶⁶⁾ *M. Witmark & Sons v. Jensen*, 80 F.Supp. 843 (D. Minn. 1948). Sagen vedrørte forvaltningsorganisationens ASCAPs pakkelicensering.

⁶⁷⁾ Se 911 F.2d 176.

udgjorde "copyright misuse". Retten lagde til grund at de pågældende vilkår i licensaftalen ikke var blevet vedtaget mellem parterne idet Lasercomb havde fremsendt vilkårene til Holiday Steel som imidlertid havde valgt ikke at underskrive og returnere vilkårene; og Lasercomb havde ikke reageret herpå. Endvidere var Lasercomb villig til at forhandle vilkårene med licenstagere. Desuagtet fandt retten at vilkårene i licensaftalen udgjorde "copyright misuse".⁶⁸⁾ Følgelig ville retten ikke hjælpe Lasercomb med at håndhæve ophavsretten over for denne ellers åbenbare - og i øvrigt ret grove - krænkelse.

Den udvikling der kan spores inden for "patent misuse" hen imod antitrustrettens "rule of reason"-analyser, har intet indtryk gjort på domstolen i *Lasercomb America, Inc. v. Reynolds* som i sin afgørelse slavisk anvender principperne fra *Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger Co.*: "So while it is true that the attempted use of a copyright to violate antitrust law probably would give rise to a misuse of copyright defense, the converse is not necessarily true - a misuse need not be a violation of antitrust law in order to comprise an equitable defense to an infringement action. The question is not whether the copyright is being used in a manner violative of antitrust law (such as whether the licensing agreement is "reasonable"), but whether the copyright is being used in a manner violative of the public policy embodied in the grant of a copyright";⁶⁹⁾ og endvidere "... again analogizing to patent misuse, the defense of copyright misuse is available even if the defendants themselves have not been injured by the misuse"⁷⁰⁾

Domstolens ensidige fokusering på principperne fra *Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger Co.* er noget overraskende set i lyset af den tidligere Court of Appeals-afgørelse *Saturday Evening Post Co. v. Rumbleseat Press, Inc.*⁷¹⁾ I denne sag som drejede sig om et aftalt vilkår om ikke at anfægte gyldigheden af en ophavsret (no-contest clause),⁷²⁾ fik *Richard Posner* lejlighed til gentage

⁶⁸⁾ "The misuse arises from Lasercomb's attempt to use its copyright in a particular expression, the ... software, to control competition in an area outside the copyright, *i.e.* the idea of computer-assisted die manufacture, regardless of whether such conduct amounts to an antitrust violation", (s. 979).

⁶⁹⁾ 911 F.2d 978.

⁷⁰⁾ 911 F.2d 979.

⁷¹⁾ 816 F.2d 1191 (7th Cir. 1987).

⁷²⁾ *Saturday Evening Post* var indehaver af ophavsretten til forskellige illustrationer der var bragt i avisen, og gav licens til *Rumbleseat Press* til fremstilling af porcelænsdukker baseret på disse illustrationer. Efter *Saturday Evening Post* havde opsagt licensaftalen i overensstemmelse med bestemmelserne herom i aftalen, fortsatte *Rumbleseat Press*

sine synspunkter fra den tidligere “patent misuse”-afgørelse *USM Corp. v. SPS Technologies*: “What is needed is a balancing of the pros and cons of the clause in each case. That balancing is best done under antitrust law. Section 1 of the Sherman Act ... forbids contracts that restrain trade”, og med henvisning til *USM Corp. v. SPS Technologies* konkluderes det: “We hold that a no-contest clause in a copyright licensing agreement is valid unless shown to violate antitrust law.”⁷³⁾ Et lignende resultat hvor domstolene ikke sonderer mellem “copyright misuse” og handlinger i strid med antitrustlovgivningen, nås i *Bellsouth Advertising & Publishing Corp. v. Donnelley Info. Publishing*⁷⁴⁾ og i *United Telephone Co. of Missouri v. Johnson Publishing Co.*⁷⁵⁾

Angiveligt er sandsynligheden for at få medhold i en “copyright misuse”-påstand betydeligt mindre end sandsynligheden for at få medhold i en “patent misuse”-påstand.⁷⁶⁾ I hvert fald er påstande om “copyright misuse” gjort gældende i flere sager - blandt andet i de tre lige ovenfor nævnte - men ikke taget til følge.⁷⁷⁾ Én domstol gav følgende vurdering: “The copyright misuse doctrine has been ill received in the lower courts. Some courts have flatly rejected the existence of the doctrine. Others, while recognizing the defense, have rejected its application on the facts”.⁷⁸⁾

imidlertid produktionen af de pågældende porcelænsdukker.

⁷³⁾ 816 F.2d 1200.

⁷⁴⁾ 933 F.2d 952 (11th Cir. 1991).

⁷⁵⁾ 855 F.2d 604 (8th Cir. 1988). “[A]ssuming arguendo, that an antitrust violation is a defense in a copyright infringement action ... the stipulated facts in this case do not support [the] ... contention [plaintiff] ‘misused’ its copyright”, (s. 611 f). Se også District Court-afgørelsen *Basic Books v. Kinko's Graphics Corp.*, 758 F.Supp. 1522 (S.D.N.Y. 1991), hvor retten udtalte “The defense of copyright misuse through violation of the antitrust laws has generally been held not to exist” (s. 1538).

⁷⁶⁾ Jf. *Aaron Xavier Fellmeth*: “Copyright Misuse and the Limits of the Intellectual Property Monopoly”, 6 *Journal of Intellectual Property Law* 1 (1998), s. 24, og *Takenaka*, *ibid.*, s. 764.

⁷⁷⁾ Se også henvisningerne i *John Baker McClanahan*: “Copyright Misuse as a Defense in an Infringement Action: *Lasercomb America v. Reynolds*”, 49 *Washington & Lee Law Review* 213 (1992), s. 214 n15, og *Stephen J. Davidson & Nicole A. Engisch*: “Copyright Misuse and Fraud on the Copyright Office: An Escape for Infringers?”, 13 *No. 1 Computer Lawyer* 14, s. 14 n5.

⁷⁸⁾ *Broadcast Music, Inc. v. Hearst /ABC Viacom Enter. Serv.*, 746 F.Supp. 320 (S.D.N.Y. 1990), s. 328. Se også et lignende udsagn i *In re: Independent Service Organizations Antitrust Litigation*, 964 F.Supp. 1469 (D. Kan. 1997), s. 1477.

På denne baggrund kunne man forvente at *Lasercomb America, Inc. v. Reynolds* der genoplivede det klassiske, omfattende "misuse"-princip, var en enlig svale. Men så sent som 26. februar 1999 afgjorde 5th Circuit Court of Appeals sagen *Alcatel USA Inc. v. DGI Technologies Inc.*⁷⁹⁾ i overensstemmelse med *Lasercomb America, Inc. v. Reynolds*.⁸⁰⁾ Sagsøgeren Alcatel USA Inc. der på tidspunktet for sagsforholdet hed DSC Communications Corp., fremstillede og solgte telefoncentraler til håndtering langdistancetelefoni. Telefoncentralerne var styret af et edb-program som DSC gav licens til. Telefoncentralernes kapacitet kunne øges ved at tilføje elektroniske "cards". DGI Technologies Inc. blev etableret med det formål at fremstille sådanne "cards" til brug i DSCs telefoncentraler. Court of Appeals lagde til grund at District Court korrekt havde konkluderet at DGI ved udviklingen af en type af disse "cards" i hvert fald i et tilfælde havde kopieret DSCs styreprogram og derved krænkede ophavsretten hertil. Dette var sket under et besøg hos en af DSCs licenstagere hvor DGIs ingeniører havde kopieret styresystemet til en medbragt laptop computer. Retten afviste DGIs påstand om at DSC havde handlet i strid med antitrustlovgivningen ved på forskellig vis at prøve at forhindre DGI i at omsætte de konkurrerende "cards". Til gengæld fandt retten at DSCs licensaftale udgjorde "copyright misuse" fordi en potentiel konkurrerende producent af "cards" til DSCs telefoncentraler nødvendigvis måtte teste disse "cards" på en af DSCs telefoncentraler hvilket ville indebære en downloading af DSCs styreprogram til det pågældende "card"s RAM-lager, og noget sådant var i strid med bestemmelserne i licensaftalen. DSC havde således i kraft af bestemmelserne i licensaftalen udstruktet ophavsretsbeskyttelsen af styresystemet til DSCs ellers ubeskyttede "cards".⁸¹⁾

⁷⁹⁾ No. 97-11339.

⁸⁰⁾ Princippet fra *Lasercomb America, Inc. v. Reynolds* er endvidere blevet anvendt i flere District Court-afgørelser, se således *In re: Independent Service Organizations Antitrust Litigation*, 964 F.Supp. 1469 (D. Kan. 1997), s. 1477.

⁸¹⁾ "Any competing microprocessor card developed for use on DSC phone switches must be compatible with DSC's copyrighted operating system software. In order to ensure that its card is compatible, a competitor such as DGI must test the card on a DSC phone switch. Such a test necessarily involves making a copy of DSC's copyrighted operating system, which copy is downloaded into the card's memory when the card is booted up. If DSC is allowed to prevent such copying, then it can prevent anyone from developing a competing microprocessor card, even though it has not patented the card ... DGI was effectively prevented from developing its product, thereby securing for DSC a limited monopoly over its uncopyrighted microprocessor cards."

“Copyright misuse”-princippet har i retspraksis fået størst betydning i forbindelse med ophavsretsbeskyttede frembringelser af ny teknologi måske især edb-programmer.⁸²⁾ Dette er ikke overraskende idet “copyright misuse”-princippet udspringer af “patent misuse”-princippet, og ophavsretsbeskyttede frembringelser af ny teknologi er - i modsætning til traditionelle ophavsretlige værkskategorier - frembringelser med en hovedsagelig funktionel begrundelse og i så henseende mere lig patenterbare opfindelser.⁸³⁾ Et endnu ubesvaret spørgsmål af stor betydning for softwarebranchen er hvorvidt eller i hvilket omfang softwareproducenter kan sikre beskyttelsen af deres programmer ved hjælp af tekniske beskyttelsesforanstaltninger eller restriktive licensvilkår, f.eks. vilkår der forbyder licenstagere at foretage ellers lovlig “reverse engineering” af et edb-program, uden herved at blive anset for at have foretaget “copyright misuse”.⁸⁴⁾

6. Vurdering af “misuse”-princippet

Hvad der i det følgende bliver sagt om “patent misuse” gældende med passende forbehold tillige for “copyright misuse”.

Langt de fleste forfattere som har beskæftiget sig med problemstillingen, forholder sig meget kritisk til “misuse”-princippet. I retspraksis er den skarpeste kritik formuleret af *Richard Posner* i *USM Corp. v. SPS Technologies, Inc.*: “The doctrine arose before there was any significant body of federal antitrust law ... Since the antitrust laws as currently interpreted reach every practice that could impair competition substantially, it is not easy to define a separate role for a doctrine also designed to prevent an anticompetitive practice - the abuse of patent monopoly ...”⁸⁵⁾ Kritikken har to sider, dels én vedrørende usikkerhed med hensyn til princippet indhold og omfang, og dels én med hensyn til princippet berettigelse navnlig sammenholdt med antitrustlovgivningen.

Med udgangspunkt i sondringen mellem “per se”-forbud og “rule of reason” har “patent misuse”-princippet oprindeligt været baseret på “per se”-forbud

⁸²⁾ Jf. *Ramsey Hanna*: “Misusing Antitrust: The Search for Functional Copyright Misuse Standard”, 46 *Stanford Law Review* 401 (1994), s. 409 f.

⁸³⁾ Jf. “Clarifying the Copyright Misuse Defense: The Role of Antitrust Standards and First Amendments Values”, 104 *Harvard Law Review* 1289 (1991), s. 1299.

⁸⁴⁾ Om denne problemstilling se *Marshall Leaffer*: “Engineering Competitive Policy and Copyright Misuse”, 19 *University of Dayton Law Review* 1087 (1994).

⁸⁵⁾ 694 F.2d 505 (7th Cir. 1982), s. 510 ff.

idet økonomiske effekter på markedet ikke har haft indflydelse på bedømmelsen.⁸⁶⁾ Patent Misuse Act 1988 kan ses som tegn på at princippet retsteknisk har udviklet sig fra at være baseret på "per se"-forbud mod "rule of reason"⁸⁷⁾ eftersom der efter lovbestemmelsen i tilfælde af "tying" må foretages en nærmere undersøgelse af markedsforholdene.

Hvis udviklingen fortsætter - således at antitrustanalyser og "patent misuse"-analyser i realiteten bliver ens - kan det være vanskeligt at se berettigelsen af "patent misuse"-princippet.⁸⁸⁾ I særdeleshed hvis der stilles samme krav til omfanget af og grundigheden i de relevante undersøgelser af markedsforholdene, ekspertudsagn m.v.⁸⁹⁾ En påstået krænker eller en part der påstår at misligholde en licensaftale, som gør en "patent misuse"-påstand gældende i stedet for en påstand om at patenthaveren handler i strid med antitrustlovgivningen (et "antitrust counterclaim"), må antages at kunne have to motiver hertil; enten at forholdet ikke kan anses for at være i strid med antitrustlovgivningen, det vil sige at forholdet antages at falde inden for det der i *USM Corp. v. SPS Technologies, Inc.* beskrives som "patent misuse"-princippets konventionelle kerneområde, eller at den pågældende ikke har de store ressourcer med hensyn til fremskaffelse af dokumentation der kræves til en antitrustpåstand der skal bedømmes efter "rule of reason", sammenholdt med den ikke ubetydelige usikkerhed der er forbundet med afgørelsens udfald. Hvis retsstillingen er som antydnet i *USM Corp. v. SPS Technologies, Inc.* at "patent misuse"-princippet uden for dets konventionelle kerneområde er sammenfaldende med antitrustretten, må anvendelsen forventes at blive begrænset til princippets konventionelle kerneområde, fordi en part der har valgt at tage de ressourcekrævende skridt til at understøtte en påstand der skal afgøres efter "rule of reason", vil henvise til antitrustlovgivningen da den pågældende - såfremt domstolen giver medhold heri - herved kan blive stillet betydeligt bedre end efter "patent misuse"-princippet især fordi der efter antitrustlovgivningen kan opnås "treble damages".

⁸⁶⁾ Jf. f.eks. *Brinson*, *ibid.*, s. 359, 390 ff, *Lemley*, *ibid.*, s. 1623, og *Takenaka*, *ibid.*, s. 743 f.

⁸⁷⁾ Jf. *Gilbreth & Steinmetz*, *ibid.*, s. 8, og *Tom Arnold & Louis Riley*: "Contributory Infringement and Patent Misuse: The Enactment of § 271 and its Subsequent Amendments", 76 *Journal of the Patent and Trademark Office Society* 357 (1994), s. 380 ff.

⁸⁸⁾ Se i det hele *Burchfiel*, *ibid.*

⁸⁹⁾ Se *Calkins*, *ibid.*, s. 187.

Senere praksis tyder dog ikke på at *Richard Posner* der formulerede afgørelsen i *USM Corp. v. SPS Technologies, Inc.*, havde ret i sin opfattelse af “patent misuse”-princippet, og det må derfor antages at princippet stadig har en selvstændig praktisk betydning i forbindelse med forhold der tillige kan være i strid med antitrustlovgivningen. Herfter kan man vælge at anse “patent misuse”-princippet når det anvendes på potentielt konkurrenceskadelige forhold, som en slags discount-antitrustret, eftersom det internaliserer de konkurrencemæssige hensyn der forfølges af antitrustlovgivningen, uden antitrustlovgivningens omfattende dokumentationkrav.⁹⁰⁾ Set med patenthavernes øjne er det problematisk at blive mødt med sanktioner af konkurrenceretlig beskaffenhed uden at de faktiske omstændigheder er behørigt dokumenterede; ikke mindst når antitrustlovgivningen stiller sådanne krav til dokumentation. Heroverfor må det dog erindres at retsfølgen efter “patent misuse”-princippet almindeligvis vil være mindre alvorlig end efter antitrustretten.

Den umiddelbare manglende sammenhæng mellem faktum og retsfølge i “patent misuse”-sager kan forekomme mærkværdig. Det forhold der i *Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger Co.* blev anset for “patent misuse”, var således på ingen måde relateret til den påståede krænker. En forfatter har beskrevet *Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger Co.*-afgørelsen som lige så chokerende som hvis en billist der ved uagtsom kørsel havde påkørt en fodgænger, kunne undskylde den skade han påførte fodgænger, med at fodgænger havde tævet sin kone inden han tog hjemmefra.⁹¹⁾ Denne mangel på sammenhæng resulterer f.eks. i at såfremt et vilkår i en licensaftale er årsag til “patent misuse”, er konsekvenserne for patenthaveren langt alvorligere end blot civilretlig ugyldighed med hensyn til det pågældende vilkår. Den påståede krænker skal blot godtgøre at den retstridige handling er tilstrækkelig relateret til det påståede krænkede patent. Hvor meget der skal til for at en sådan handling kan anses for “tilstrækkelig relateret”, beror på en helhedsvurdering af patenthaverens adfærd og forretningsforhold.⁹²⁾ Court of Appeals har prøvet at præcisere dette: “[Where] the patent plays a major role in enabling its holder unlawfully to restrain trade, public policy against abuse of the limited lawful monopoly requires that its enforcement against infringers be stayed until the effects of the restraint have been purged or dissipated ... Application of the

⁹⁰⁾ Se *Paredes*, *ibid.*, s. 297.

⁹¹⁾ *Zecharia Chafee*: “Coming into Equity with Clean Hands”, 47 *Michigan Law Review* 1065 (1949), s. 1072.

⁹²⁾ Se *Bennett*, *ibid.*, s. 16 f.

doctrine depends on whether the patent itself significantly contributes to the unlawful antitrust practice.”⁹³⁾

Som “patent misuse”-princippet kan udledes af retspraksis forekommer det ikke hensigtsmæssigt først og fremmest på grund af den store usikkerhed der er knyttet til dets omfang og indhold.⁹⁴⁾ Denne usikkerhed har hersket fra et tidligt tidspunkt og blev f.eks. påpeget af Court of Appeals i 1957: “The doctrine of patent misuse is today one of the most important and unsettled aspects of patent law”.⁹⁵⁾ Retsteknisk må en vis klarhed i så henseende kræver at en internalisering af konkurrencemæssige hensyn i patentretten udelukker anvendelse af antitrustretten på de samme forhold. Det indebærer dog ikke at man ikke kan bevare en “discount-antitrustret” inden for patentretten hvis dette måtte anses for hensigtsmæssigt.

6.1. Den retsøkonomiske synsvinkel

Skal “patent misuse”-princippet vurderes på et retsøkonomisk grundlag hvorefter retsstillingen bør fastlægges således at samfundets ressourcer anvendes mest hensigtsmæssigt, forekommer det problematisk. En retsøkonomisk vurdering af et retsprincip er orienteret mod princippet konsekvenser i form af de incitamenter der herved skabes - idet incitamenter påvirker individets adfærd. Hertil må bemærkes at retspraksis vedrørende “patent misuse” afslører en vis afstandtagen fra økonomiske begrundelser hvilket måske allerede kan indfortolkes i det underliggende equity-princip “unclean hands”. “Patent misuse”-princippet retstekniske begrundelse er ikke en egentlig sanktionering af “misusers”, men blot at undlade at hjælpe sådanne. Det er således ikke sanktionseffekten (den resulterende ændring i incitamentsstrukturen) der begrundet princippet. Dette udelukker imidlertid ikke en retsøkonomisk vurdering.

⁹³⁾ *Ansul Co. v. Uniroyal, inc.*, 448 F.2d 872 (2d Cir. 1971), s. 879. Noget lignende er anført i *Duplan Corp. v. Deering Milliken, Inc.*, 444 F.Supp. 648, 594 F.2d 979 (4th Cir. 1979). Se også *Calkins*, *ibid.*, s. 181 n16.

⁹⁴⁾ Se især “Clarifying the Copyright Misuse Defense: The Role of Antitrust Standards and First Amendments Values”, 104 *Harvard Law Review* 1289 (1991), s. 1295 ff, og *Arar*, *ibid.*, s. 1311 f.

⁹⁵⁾ *Stearns v. Tinker & Razor*, 252 F.2d 589 (9th Cir. 1957), s. 600. Se også f.eks. udtalelsen fra dommeren i District Court i *Senza-Gel Corp. v. Seiffhart*, 803 F.2d 661 (Fed. Cir. 1986): “... it cannot be denied that the concept of patent misuse, outside of an antitrust context, is neither clear nor consistent” (s. 663).

Princippet kan for det første kun anvendes af en sagsøgt i en sag om krænkelse eller misligholdelse af en patentaftale (affirmative defense), og eftersom en patenthaver ikke kan antages at ville sagsøge en ikke-krænker, er det kun krænkeren der kan opnå fordele ved princippet. Denne relativt gunstigere retsstilling for krænkeren i forhold til ikke-krænkeren vil alt andet lige i sig selv skabe incitament til krænkelse og misligholdelse af licensaftaler. Dette forhold forstærkes af at der ikke nødvendigvis er nogen sammenhæng mellem den konkrete "misuse", og den part som kan få medhold i en "patent misuse"-påstand. Idet en part således kan gøre en "patent misuse"-påstand gældende uden at være skadet heraf, kan den faktiske sanktionering af "misuse" begunstige en krænker, mens den part der skades, ikke kompenseres. Dette kan resultere i en fordrejet incitamentsstruktur der skaber yderligere incitament til krænkelse i strid med patentrettens rationale.⁹⁶⁾

For det andet er den faktiske sanktionseffekt af "patent misuse" set fra patenthaverens side ikke på nogen måde relateret til grovheden af den konkrete "misuse". Det vil sige at hvis man vil vurdere princippet ud fra dets evne til at forhindre fremtidig "misuse" (som er tilfældet i en retsøkonomisk vurdering), er der mulighed for at sanktionen kan være såvel for streng som for mild - det vil variere fra sag til sag. Hvorvidt sanktionen er optimal med henblik på at forhindre uønsket adfærd (misuse), beror på en ren tilfældighed.⁹⁷⁾ Tilfældighedselementet i almindelighed og risikoen for alvorlige konsekvenser såfremt en domstol måtte finde "misuse", i særdeleshed kan afholde innovative virksomheder fra at patentere opfindelser. Til gengæld skabes der incitament for virksomhederne til hemmeligholdelse af deres frembringelser i modstrid med den samfundsmæssige interesse i spredning af informationer om ny teknologi.

"Patent misuse"-princippet må anses for begrundet i en grovkornet retfærdighedsopfattelse, og herved ignoreres princippet praktiske betydning. Den retsøkonomiske vurdering bygger på en instrumentel opfattelse af retten og giver et nuanceret billede af princippet praktiske konsekvenser. Dette er objektivt set ikke en bedre målestok end grovkornet retfærdighed, men det giver dog mulig for en saglig kritik af princippet som herefter på det politiske plan må afvejes med den herskende retfærdighedsopfattelse. På denne måde er "patent misuse" et godt eksempel på anvendeligheden af retsøkonomiske ræsonnementer, og på hvordan sådanne ræsonnementer kan være i strid med én opfattelse af retfærdighed.

⁹⁶⁾ Jf. *Lemley*, *ibid.*, s. 1618 f, og *Paredes*, *ibid.*, s. 329 f.

⁹⁷⁾ Se *Lemley*, *ibid.*, s. 1615 ff, 1619 f

7. Afslutning

Grænsefladeproblemer mellem immaterialretten og konkurrenceretten ved udøvelse af patentrettigheder behandles i U.S. amerikansk ret ved en kumulativ anvendelse af internalisering og tværfortolkning. Der vil formentlig i de fleste immaterialretslovgivninger kunne peges på elementer af såvel internalisering som tværfortolkning; problemet med den amerikanske løsningsmodel er at de to metoder anvendes på de samme forhold med betydelig retlig usikkerhed til følge. Hvis man ønsker at fastholder internalisering - det vil sige "patent misuse"-princippet - er det i dets nuværende form utilstrækkeligt til at løse grænsefladeproblemerne fordi det i modsætning til anvendelse af antitrustlovgivningen dels kun kan påberåbes af en sagsøgt i en retssag, og dels ikke er indrettet med henblik på mest hensigtsmæssigt at forhindre samfundsmæssigt set uønsket adfærd. Disse mangler ved princippet gør at man kan sætte spørgsmåltegn ved om "patent misuse"-princippet i det hele taget er internalisering som beskrevet indledningsvis eftersom det ikke uden videre kan siges at forfølge konkurrencemæssige hensyn. Heraf følger at med den gældende retstilstand er antitrustlovgivningen et bedre egnet middel til løsning af grænsefladeproblemerne.

Harmoniseringen af selskabsskatten i EU i det nye årtusinde

Hvilken indflydelse har medlemsstaternes adfærdskodeks på harmoniseringen af skatteretten i det nye årtusinde?

af
Christina D. Tvarnø

1. Indledning

Harmonisering af skatteretten i EU har været på dagsordenen siden 1958 og frem til nu, hvor år 2000 nærmer sig¹⁾. I denne periode har Kommissionen fremlagt en række harmoniseringstiltag, i form af direktivforslag, som for en stor dels vedkommende ikke er blevet vedtaget. Dette skyldes primært, at direktiver vedrørende beskatning skal vedtages under artikel 100, hvilket medfører at der skal opnås enstemmighed, for at et direktiv kan vedtages. Da medlemsstaternes skattelovgivning er meget forskellig, er det et svært område at harmonisere, når der er krav om enstemmighed. Der er alene vedtaget to direktiver og en konvention²⁾.

Det forhold, at der ikke er vedtaget flere direktiver indenfor det skatteretlige område, er ikke ensbetydende med, at der ikke er behov for harmonisering. Retspraksis har vist, at medlemsstaternes skattelovgivning i en række tilfælde har været i strid med traktatgrundlaget, bl.a. artikel 48 og artikel 52. Der er derfor sket en harmonisering af skatteretten via EF-domstolen. EF-domstolen har i en række vigtige sager anvendt princippet om ikke-diskrimination, som en grundlæggende regel for de nationale skattesystemer i medlemsstaterne.

¹⁾ For udviklingen i harmoniseringen af skatteretten i EU, se Christina D. Tvarnø, Harmoniseringen af skatteretten i EU, en langvarig proces. Skat Udland, 1998, nr. 8.

²⁾ Fusionsbeskatningsdirektivet (90/434), moder/datterselskandsdirektivet (90/435) og dobbeltbeskatningskonventionen (90/436).

Dette gælder bl.a. indenfor områderne handel med finansielle aktiver og varer, kapitalindkomst og grænseoverskridende etablering³⁾.

Det eneste nye initiativ, som er foretaget af Kommissionen i de seneste år indenfor harmonisering af selskabsbeskatning, er adfærdskodeksen for erhvervsbeskatning fra december 1997, KOM(97) 564⁴⁾, og fremsættelsen af direktivforslaget om renter og royalty⁵⁾.

Formålet med denne artikel er, at analysere hvilken indflydelse adfærdskodeksen for erhvervsbeskatning har for den fremtidige harmonisering af skatteretten i EU.

Adfærdskodeksen er rimelig bredt formuleret, og omfatter alle former for selskabsbeskatning, som vil påvirke lokaliseringen af virksomhedernes aktivitet i det indre marked, herunder påvirkningen indenfor grupper af selskaber.

På ECONFIN-Rådets møde den 1. december 1997 vedtog Rådet det fremlagte forslag til adfærdskodeks for erhvervsbeskatning om minimering af skattekonkurrencen mellem medlemsstaterne.

Adfærdskodeksen er ikke juridisk bindende hvilket medfører, at vedtagelsen af adfærdskodeksen ikke har nogle direkte juridiske implikationer for medlemsstaterne. Det er således ikke muligt at pålægge medlemsstaterne en bøde, hvis medlemsstaterne ikke overholder adfærdskodeksen.

Men vedtagelsen af adfærdskodeksen vil øge det politiske pres på medlemsstaterne for ikke at indføre skatteretlige regulering, som skaber meget fordelagtige skatteforhold i forhold til andre medlemsstater, med det mål at tiltrække investeringer og kapital⁶⁾.

³⁾ Jf. Frans Vanistendael. 2000 – is the end at hand. EC Tax Review, 1999-1, s. 2.

⁴⁾ KOM (97)564 endelig udgave af 5.11. 1997. Se EFT C 2, 6. januar 1998, s. 2 samt Skat Udland, januar 1998, nr. 1, punkt 34.

⁵⁾ Forslag til Rådets direktiv om en fælles ordning for beskatning af renter og royalties, der betales mellem associerede virksomheder i forskellige medlemsstater. KOM/98/0067 endelig udg. EF-tidende NR. C 123 Af 22. april 1998 S. 9.

⁶⁾ Otmar Thömmes, EC Tax Scene, EC Tax Review 1998/3, s. 151.

2. Definition af soft law herunder adfærdskodeks

Adfærdskodeks falder ind under kategorien ikke bindende retsakter, også kaldet soft law⁷⁾. Soft law omfatter meddelelser, henstillinger, udtalelser, resolutioner, konklusioner, adfærdskodeks og fælleserklæringer.

Generelt gælder, at soft law ikke er bindende for modtageren, men er bindende for afgiveren⁸⁾. Soft law er derfor ikke juridiske bindende regler, men regler som alligevel har en praktisk effekt⁹⁾. Grunden til at soft law har en praktisk effekt i EU skal findes i EF-domstolens retspraksis, og soft law har i gennem lang tid været anvendt i det EU-retlige system¹⁰⁾.

Regulering i form af soft law er endvidere blevet anvendt af Kommissionen i forbindelse med oprettelsen af det indre marked. Strategien med anvendelse af soft law blev annonceret i forbindelse med Hvidbogen om det indre marked fra 1985, KOM(85)310, og herefter skete der en stigning i anvendelsen af soft law¹¹⁾.

I gennem det sidste årti er anvendelsen af soft law øget væsentligt. Ud fra Kommissionens synspunkt har anvendelsen af soft law flere fordele¹²⁾. Soft law

⁷⁾ Betegnelsen soft law anvendes fortrinsvis i denne artikel, i stedet for betegnelsen "ikke bindende retsakter".

⁸⁾ Ruth Nielsen, Retskilderne s. 69, 5. Udgave. Der henvises til denne udgave da den er mere uddybende på dette område, end den 6. udgave af retskilderne.

⁹⁾ Francis Snyder definerer soft law som følgende: "By soft law, I mean 'rules of conduct' which, in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effect".

Citat fra Francis Snyder, Soft law and institutional Practice in the european Community, kapitel 10 in Stephen Martin (ed): The construction of Europe. Essays in Honour of Emilie Noël, Dordrecht 1994.

¹⁰⁾ Cassis de Dijon- sagen, C 120/78 af 20.2.1979 samling af afgørelser s. 649, Jf. Francis Snyder. The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processed, Tools and Techniques. The modern Law Review, 1993 Vol. 56, s. 33. Se også K.C Wellens and G.M Borchardt. Soft lav in european community law, 14, 1989 s 267-321.

¹¹⁾ Francis Snyder, Francis Snyder. Soft law and institutional Practice in the european Community, s. 3. Chapter 10 in Stephen Martin (ed): The construction of Europe. Essays in Honour of Emilie Noël, Dordrecht 1994.

¹²⁾ Jf. Francis Snyder, The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processed, Tools and Techniques. The modern Law Review, 1993 Vol. 56, s. 33.

reguleringen omfatter generelt et bredere område, og er udformet som rammelovgivning, set i forhold til regulering i form af direktiver. Rådet skal først vedtage forslaget til soft law, men i stor udstrækning kontrolleres soft law af Kommissionen. Den gennemførte soft law er endvidere i stor udstrækning mere progressive end reaktive tiltag.

Soft law er allerede nu en vigtig faktor i forbindelse med Kommissionens regulering af det indre marked, og denne udvikling forventes at øges i fremtiden. Dette skyldes bl.a., at der i henhold til Maastricht traktaten, skal arbejdes hen i mod mindre restriktiv regulering i fremtiden¹³⁾.

Maastricht-traktaten medfører, at Fællesskabet således kun skal lovgive i det omfang det er nødvendigt. Direktiver skal foretrækkes frem for forordninger og ramme direktiver fremfor detaljerede regulering. Det følger endvidere af subsidiaritetsprincippet, at ikke bindende regulering, herunder adfærdskodeks, bør foretrækkes, hvor det er hensigtsmæssigt¹⁴⁾.

2.1. EF-domstolens praksis vedrørende soft law

Den praktiske betydning af soft law skal aflæses i forbindelse med EF-domstolens afgørelser og anvendelse af denne form for retskilde. Formålet med EF-domstolen og domstolens første instans er at sikre, at loven overholdes, hvilket fremgår af Artikel 164: "Domstolen skal værne om lov og ret ved fortolkning og anvendelsen af denne traktat".

Ikke alle former for soft law er blevet taget i betragtning på nuværende tidspunkt af EF-domstolen. Sagerne, som har omfattet soft law indtil nu, har primært vedrørt kommissions beslutninger, adfærdskodeks¹⁵⁾, retningslinier og interne instruktioner¹⁶⁾.

¹³⁾ Se nedenfor under afsnit 2.2.

¹⁴⁾ Ruth Nielsen, EU-retten, s. 133, 2. Udgave.

¹⁵⁾ Frankrig v Kommissionen, Code of conduct case. Sag nr. C 303/90, af 13.11.1991, samling af afgørelser s. 5315, Se Nina Tornberg, National Board of Trade, Stockholm. The Commission's Communications on the General Good - magna carta or law-making? European Business Law Review, 1999, s. 24.

¹⁶⁾ Francis Snyder, Francis Snyder, Soft law and institutional Practice in the European Community, s. 8. Chapter 10 in Stephen Martin (ed): The construction of Europe. Essays in Honour of Emilie Noël, Dordrecht 1994.

EF-domstolen har i en række sager foretaget fortolkning af og henvist til ikke bindende retsakter¹⁷⁾, og har i Grimaldi-sagen¹⁸⁾ eksplicit givet udtryk for, at to kommissionshenstillinger om erhvervssygdomme har retsvirkning¹⁹⁾.

EF-domstolen udtalte i Grimaldi-sagen, at i henhold til artikel 189 har anbefalinger ingen bindende kraft.

Artikel 189

Til udførelse af deres opgaver på de i denne Traktat fastsatte betingelser skal Europa-Parlamentet og Rådet i fællesskab, Rådet og Kommissionen udstede forordninger og direktiver samt vedtage beslutninger, rette henstillinger eller afgive udtalelser.

En forordning er almengyldig. Den er bindende i alle enkeltheder og gælder umiddelbart i hver Medlemsstat.

Et direktiv er med hensyn til det tilsigtede mål bindende for enhver Medlemsstat, som det rettes til, men overlader det til de nationale myndigheder at bestemme form og midler for gennemførelsen.

En beslutning er bindende i alle enkeltheder for dem, den angiver at være rettet til.

Henstillinger og udtalelser er ikke bindende.

Af artikel 189 ses, at forordninger og direktiver er bindende, men at henstillinger og udtalelser ikke er bindende. Under henstillinger og udtalelser falder endvidere anden form for ikke bindende retsakter som i f.eks. anbefalinger²⁰⁾.

¹⁷⁾ Se Salvatore Grimaldi mod Fonds des maladies professionnelles, sag C-322/88, Samling 1989 s. 4407, Marguerite Johnston mod The Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, sag 222/84, samling 1986, s. 1651, Carl Schlüter mod Hauptzollamt Löeeach, sag 9/73 samling 1973, s. 1135 og Giordani Freccassetti Stato mod Amministrazione delle Finanze dello Stato, sag nr. 113/75 samling af afgørelser 1986, s. 983.

¹⁸⁾ Sag nr. C 322/88, 1991 samling af afgørelser s. 4407.

¹⁹⁾ Er der ikke hjemmel til en bindende retsakt, kan dette være et argument for, at en foreliggende retsakt ikke er bindende. Ruth Nielsen, Retskilderne, s. 69, 5. Udgave. Der henvises til 5. udgave, da denne udgave er mere uddybende på dette punkt end 6. udgave.

²⁰⁾ Se Grimaldi-sagen C 322/88, 1991, samling af afgørelser s. 4407.

På trods af at EF-domstolen i Grimaldi-sagen udtalte, at anbefalinger ikke har bindende kraft, i henhold til artikel 189, fandt EF-domstolen, at nationale domstolsinstanser er bundet til at tage anbefalinger i betragtning i forbindelse med en tvist, specielt hvis anbefalingerne er medvirkende til at udfylde nationale implementerede regler²¹⁾ 22).

2.2. Subsidiaritetsprincippet

Artikel 3B i Maastricht-traktaten opstiller subsidiaritetsprincippet som et grundlæggende princip for regeludstedelsen i Den Europæiske Union. I forbindelse med indførelsen af subsidiaritetsprincippet er princippet om anvendelsen af soft law ligeledes stadfæstet i Traktaten.

Formålet med artikel 3 B fremgår af formandsskabets konklusioner fra Edinbourgmødet den 7. december 1992. Det fremgår heraf, at når det er hensigtsmæssigt, bør fællesskabsforanstaltningerne under hensyntagen til behovet for korrekt håndhævelse give medlemsstaterne valget mellem forskellige måder, hvorpå målene med foranstaltningerne nås.

Således skal direktiver anvendes fremfor forordninger, og rammelovgivning samt ikke bindende regulering fremfor mere detaljerede foranstaltninger, hvor det er hensigtsmæssigt²³⁾.

Fordelen ved anvendelsen af soft law er, at der ofte er tale om rammeregulering, som ikke er juridisk bindende, men som derimod er en smidig og hurtigere måde at samordne uens nationale regler på. Endvidere er der ved denne form for regulering mulighed for at anvende soft law i situationer, hvor det er svært at forene nationale lovgivning, specielt indenfor områder, hvor det er stor politisk uenighed. Begge forhold er bestemt tilfældet inden for harmoniseringen af skattereglerne i EU.

Soft law har i flere situationer vist sig at være et godt redskab til at opnå politisk enighed i tilfælde af integration af elementer af national lovgivning af

²¹⁾ Francis Snyder, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*. *The modern Law Review*, 1993 Vol. 56, s. 32.

²²⁾ Domstolen fastslog i Grimaldi-sagen, at henstillinger ikke er binde retsakter, men at de nationale domstole på trods af dette, er forpligtede til at tage henstillinger i betragtning ved fortolkning. Jf. Ruth Nielsen, *Retskilderne*, s. 70, 5. Udgave. Der henvises til 5. udgave, da denne udgave er mere uddybende på dette punkt end den 6. udgave.

²³⁾ Formandsskabets konklusioner fra Edinbourgmødet den 7. December 1992, afsnit 1.19.

meget forskellig karakter. Derved er styrken ved soft law, den muliggør en hurtigere regeludvikling i en tidlig fase²⁴⁾.

Endvidere er et vigtigt argument for anvendelsen af soft law, at når først soft law er vedtaget, er det nemmere i fremtiden at ændre den vedtagne soft law til juridisk bindende regulering, som f.eks. direktiver.

Hvis der opnås politisk enighed om at vedtage ikke bindende regulering indenfor et område, hvor harmonisering er vanskelig grundet forskellige nationale regler, samt f.eks. ønsket om bevarelse af suveræniteten fra medlemsstaternes side, vil en efterfølgende juridisk bindende regulering med stor sandsynlighed have stor lighed med den vedtagne ikke bindende regulering.

Dermed vil den bindende regulering ikke virke som en fuldkommen afgivelse af suveræniteten, da der allerede er vedtaget en soft law regulering. Specielt sammenlignet med den situation, hvor der ikke var vedtaget ikke bindende regulering indenfor området.

3. Grundlaget for Kommissionens forslag til "En pakke til takling af skadelig skattekonkurrence i Den Europæiske Union, herunder "adfærdskodeksen for erhvervsbeskatning", KOM (97) 564.

Grundlaget for Kommissionens "pakke til takling af skadelig skattekonkurrence i Den Europæiske Union" og herunder adfærdskodeksen for erhvervsbeskatning KOM (97)564 startede med Veronapapiret i 1996.

Medlemsstaternes tilgang til EU's skattepolitik blev fremlagt på ØKOFIN²⁵⁾-mødet i Verona i april 1996. Behovet for en samordnet skattepolitisk indsats på europæisk plan blev erkendt, herunder formålet med og behovet for at reducere forvriddningerne på det indre marked, at forhindre betydelige skatteprovenutab samt at ændre skattestrukturerne i en mere beskæftigelsesvenlig retning, bl.a. ved at vende tendensen til en voksende skattebyrde på arbejdskraft sammenlignet med mere mobile skattegrundlag.

Formålet med den fælles skattepolitik i EU stemmer overens med handlingsplanen for det indre marked²⁶⁾, hvor hovedsigtet er at fjerne

²⁴⁾ Ruth Nielsen: Retskilderne 5. Udgave, 1997, s. 70 og 71. Der henvises til 5. udgave, da denne udgave er mere uddybende på dette punkt end den 6. udgave.

²⁵⁾ Medlemmerne i ØKOFIN-Rådet består af medlemsstaternes finans- eller økonomi ministre.

²⁶⁾ CSE(97) 1 af 4. Juni 1997.

markedsforvridninger, skabe et fælles momssystem og omstrukturere EU-rammerne for beskatning af energiprodukter.

I forbindelse med fremlæggelsen og drøftelsen af Veronapapiret i 1996 godkendte finansministrene dette formål og anmodede en gruppe af deres personlige repræsentanter (Monty-gruppen), under forsæde af Kommissionen, om at påtage sig analysen.

Monty-gruppen har siden hen afholdt møder bl.a i perioden mellem juni og oktober 1996 og har bistået Kommissionen med at forberede meddelelsen af 22. oktober 1996²⁷⁾. Den meddelelse understregede behovet for at have en stående gruppe til at samordne skattepolitikkerne i Den Europæiske Union - Skattepolitikgruppen - og fremhævede behovet for, specielt at undersøge yderligere spørgsmålet om skadelig skattekonkurrence. Denne tilgang blev godkendt på Det Europæiske Råds møde i Dublin²⁸⁾.

3.1. Hen i mod skattesamordning i den Europæiske Union²⁹⁾ 30)

I 1997 blev Kommissionen opfordret til at udarbejde et detaljeret forslag til bekæmpelse af skattekonkurrence³¹⁾. Forslaget skulle kunne danne grundlag for en politisk bindende aftale mellem medlemsstaterne. Der var ikke tale om direkte lovgivning, og dermed en juridisk bindende aftale fra Fællesskabets side.

Monty-gruppen, bestående af personlige repræsentanter for finansministrene³²⁾ under forsæde af Kommissionen, påbegyndte sit arbejde i marts 1997. Inden for rammerne af KOM (96)546 og med henblik på en bedre samordning af skattepolitikkerne i Unionen koncentrerede gruppen sig om at

²⁷⁾ "Beskatning i Den Europæiske Union, rapport om udviklingen af skattesystemerne", KOM(96) 546.

²⁸⁾ Formandskabets konklusioner, SN 401/96.

²⁹⁾ "Beskatning i Den Europæiske Union, rapport om udviklingen af skattesystemerne", KOM(96) 546.

³⁰⁾ Skat Udland, januar 1998, nr. 1, punkt 34.

³¹⁾ Af KOM (96) 546, punkt 6.5 ses, at der allerede i 1996 var planer om at definere fælles normer indenfor en række skattemæssige områder, specielt med henblik på vedtagelsen af et adfærdskodeks.

³²⁾ Korn (97) 564, Hen imod skattesamordning i Den Europæiske Union, punkt 4.

udarbejde en pakke af foranstaltninger, der hovedsagelig sigter på at tackle spørgsmålet om skadelig skattekonkurrence.

Ekspertgruppens forslag til en pakke af foranstaltninger blev første gang diskuteret på finansministrenes uformelle møde i Mondorf-les-Bains den 13. september 1997 og derefter på grundlag af Kommissionens meddelelse af 1. oktober på ØKOFIN-Rådets møde den 13. oktober 1997³³⁾.

ØKOFIN-Rådets møde den 13. oktober 1997 bestod primært i en orienterende diskussion om beskatning på grundlag af Kommissionens meddelelse af 1. oktober 1997³⁴⁾. På dette møde opfordrede Rådet Kommissionen til at fremlægge mere detaljerede forslag til en pakke til bekæmpelse af skadelig skattekonkurrence, som kunne danne grundlag for en politisk aftale på ØKOFIN- Rådets møde den 1. december.

Kommissionen fremlagde dette forslag til brug for ØKOFIN-rådets møde den 1. december 1997³⁵⁾. Forslaget byggede på en opfordring og et forslag til et adfærdskodeks til medlemsstaterne til bekæmpelse af skattekonkurrence samt et udkast til en resolution³⁶⁾.

Med forslaget tilskyndes, at medlemsstaterne hverken indfører eller bevarer skattemæssige foranstaltninger, der har karakter af statsstøtte, og endvidere ikke skaber økonomiske forvridninger og udhuler skattegrundlagene. I denne sammenhæng opfordredes medlemsstaterne til at vedtage og implementere adfærdskodekset, der i fællesskabsretlig forstand ikke ville binde medlemsstaterne juridisk, men som alene var en politisk forpligtelse. Rådet godkendte forslaget³⁷⁾.

4. Kommissionens "pakke til tackling af skadelig skattekonkurrence" KOM (97) 564

Kommissionens "pakke til tackling af skadelig skattekonkurrence" og adfærdskodeksen skal give bedre muligheder for at nå til enighed, end hvis hvert enkelt spørgsmål skal behandles separat. Af samme årsag er adfærdskodeksen meget overordnet og ikke dybdegående i forhold til de

³³⁾ Kom (97) 564, , Hen imod skattesamordning i Den Europæiske Union, punkt 4.

³⁴⁾ "Hen imod skattesamordning i Den Europæiske Union", KOM(97) 495, endelig udgave.

³⁵⁾ Skat Udland, januar 1998 nr. 1, punkt 34.

³⁶⁾ KOM (97) 564 endelig udgave af 5/11 1997.

³⁷⁾ Skat Udland 1998 nr. 1, afsnit 34.

konkrete problemstillinger som er gældende for problematikken indenfor skatteharmoniseringen i EU³⁸⁾.

Kommissionens "pakke til tackling af skadelig skattekonkurrence" indeholder følgende tre komponenter³⁹⁾:

en adfærdskodeks for erhvervsbeskatning

foranstaltninger til eliminering af forvridninger i beskatningen af kapitalindkomst

foranstaltninger til eliminering af kildeskat på grænseoverskridende rente- og royaltybetalinger mellem virksomheder⁴⁰⁾.

I forbindelse med vedtagelsen af adfærdskodeksen opfordrede Kommissionen medlemsstaterne til politisk at forpligte sig til at overholde principperne om fair konkurrence, og at afstå fra skatteforanstaltninger, der bevirker skadelig konkurrence⁴¹⁾.

Kommissionen understregede, at pakken skulle ses i sammenhæng med handlingsplanen for det indre marked.

³⁸⁾ Der er imidlertid ingen tvivl om, at der er en politisk vilje til at gøre fremskridt. Det blev bekræftet på Det Europæiske Råds møde i Amsterdam. Rådet opfordres nu til at gribe denne lejlighed til at gøre fremskridt på dette område og til at signalere, at det er villigt til beslutsomt at handle på områder, hvor EU-foranstaltninger kan reducere skattebyrden på arbejdskraft. Kan bruges som note senere, se Kom (97) 564 punkt 7.

³⁹⁾ Kom (97) 564, punkt 8. Punkterne vedrørende foranstaltninger til eliminering af forvridninger i beskatningen af kapitalindkomst og foranstaltninger til eliminering af kildeskat på grænseoverskridende rente- og royalty betalinger mellem virksomheder behandles ikke i denne artikel.

⁴⁰⁾ Kommissionen har fremsat direktivforslag omhandlende beskatning af rente - og royaltybetalinger mellem virksomheder i april 1998.

⁴¹⁾ Kom (97) 564, punkt 9.

5. Det materielle indhold i adfærdskodeksen for erhvervsbeskatning⁴²⁾

5.1. Politisk forpligtelse⁴³⁾

For at fastholde de positive virkninger af fair konkurrence og behovet for at fastholde den internationale konkurrenceevne forpligter medlemsstaterne sig til, ved vedtagelsen af adfærdskodeksen, at undgå brug af skatteforanstaltninger, der skader Fællesskabets interesser, herunder det indre markeds effektive virkemåde.

Den politiske forpligtelse i forbindelse med vedtagelsen af adfærdskodeksen medfører derfor, at medlemsstaterne tilskyndes til hverken at indføre eller bevare foranstaltninger, som skader det indre marked.

Adfærdskodeksen er ikke til hinder for gennemførelsen af national lovgivning, men identificerer i stedet skatteforanstaltninger, der er potentielt skadelige. Endvidere afstikker adfærdskodeksen en ramme, inden for hvilken medlemsstaterne har forpligtet sig til at følge principperne om fair skattekonkurrence.

Kodeksen respekterer fuldstændigt subsidiaritetsprincippet og ændrer hverken medlemsstaternes eller Kommissionens beføjelser.

Det tilskyndes i henhold til punkt O, at bestemmelserne i adfærdskodeksen anvendes i Fællesskabet og endvidere at principperne om fair skattekonkurrence efterleves i så vid udstrækning som muligt, såvel internationalt som i de territorier som hører ind under medlemslandene eller som medlemslandene har associeringsordninger med.

Rådet har endvidere i henhold til punkt P opfordret Kommissionen til hvert år at forelægge en rapport om ensartet og effektiv implementering af kodeksen. Endvidere foretager Rådet en gennemgang af kodeksens bestemmelser, når den har været anvendt i to år.

⁴²⁾ De konkluderende bemærkninger til afsnit 6.1, 6.2, 6.3 og 6.4 er foretaget i afsnit 6.5.

⁴³⁾ Den politiske forpligtelse ifølge adfærdskodeksen fremgår af punkt A og B . SE bilag 1 til KOM(97)564: Udkast til Resolutionen om en adfærdskodeks for erhvervsbeskatning.

5.2. Adfærdskodeksens anvendelsesområde : hvilke skatter, der falder ind under kodeksen

Adfærdskodeksen omfatter erhvervsskatteforanstaltninger, som på en væsentlig måde påvirker eller kan påvirke lokaliseringen af erhvervsaktiviteter i Fællesskabet⁴⁴⁾.

De skatteforanstaltninger, der dækkes af kodeksen, omfatter lovbestemmelser, reguleringer og administrativ praksis⁴⁵⁾.

Inden for det anvendelsesområde, der er specificeret i punkt C, er skatteforanstaltninger, der medfører et betydeligt lavere effektivt beskatningsniveau - herunder nulbeskatning - end det niveau, der generelt gælder i det pågældende land, potentielt skadelige og falder derfor ind under kodeksen.

Punkt D⁴⁶⁾, som omfatter indkredsning af potentielt skadelige skatteforanstaltninger, er ikke udtømmende, men henvender sig alene specifikt mod de foranstaltninger, som er medvirkende til at beskatningsniveauet nedsættes, således at der opnås en urimelig konkurrencefordel i forhold til andre medlemsstater.

I henhold til Punkt M og N⁴⁷⁾ i kodeksen understreges det, at regler for bekæmpelse af skatteunddragelse og skatteundgåelse støttes, specielt med henblik på samarbejde og udveksling af oplysninger. De bestemmelser, som findes i national lovgivning og dobbelsbeskatningsoverenskomster, spiller en stor rolle, og er ikke i strid med kodeksens formål.

5.3. Adfærdskodeksens krav til medlemsstaternes lovgivning

Til trods for at adfærdskodeksen alene er politisk bindende får den i en vis udstrækning indvirkning på de nationale eksisterende love i medlemsstaterne.

⁴⁴⁾ KOM (97) 564 af 5. 11 1997 : Udkast til Resolution om en adfærdskodeks for erhvervsbeskatning, bilag 1 punkt C, se også EFT C 2 af 6. Januar 1998.

⁴⁵⁾ KOM (97) 564 af 5. 11 1997 : Udkast til Resolution om en adfærdskodeks for erhvervsbeskatning, bilag 1 punkt C, samt EFT C 2 af 6. Januar 1998.

⁴⁶⁾ For en uddybende gennemgang af indholdet i adfærdskodeksens punkt D henvises til KOM (97) 564 af 5. 11 1997 bilag 1, punkt D.

⁴⁷⁾ KOM (97) 564 af 5. 11 1997 bilag 1, punkt M og N.

I henhold til punkt E i kodeksen forpligter medlemsstaterne sig til ikke at indføre nye skatteforanstaltninger, der er skadelige for Fællesskabets interesser, herunder det indre markeds effektive virkemåde.

Der bliver særligt henstillet til, at medlemsstaterne overholder principperne i kodeksen ved udformningen af fremtidige politik.

Endvidere skal medlemsstaterne tage særligt hensyn til den undersøgelsesproces, som nævnes i punkt G-K, når medlemsstaterne skal foretage en vurdering af hvorvidt eventuelle nye skatteforanstaltninger herunder lovbestemmelser, reguleringer og administrativ praksis opfylder kravene i adfærdskodeksen⁴⁸⁾.

I henhold til punkt F medfører adfærdskodeksen en forpligtelse for medlemsstaterne til at gennemgå deres eksisterende love, reguleringer og praksis, med henblik på at skabe en overensstemmelse mellem principperne i adfærdskodeksen og medlemsstaternes skatteregler. Ligeledes skal der i denne forbindelse tages hensyn til principperne i punkt G-K vedrørende undersøgelsesproces.

Det er derfor formålet med adfærdskodeksen at medlemsstaterne ændrer den nationale skattelovgivning, regulering og praksis, i det omfang det er nødvendigt. Ændringen af de nationale regler skal ske med det formål at eliminere eventuelle skadelige foranstaltninger.

Punkt F henstiller til medlemsstaterne, at foranstaltningerne bør gennemføres og skadelig regulering fjernes og omskrive inden for en periode på to år. Hvis der er særlige foranstaltninger, som taler for det, er det muligt, jf. punkt F sidste linie, at tillade en længere periode, hvis det er begrundet i erhvervslivets rimelige forventninger.

5.4. Den særlige undersøgelsesproces

Den særlige undersøgelsesproces består i, at medlemsstaterne foretager en udveksling af oplysninger, en diskussion af skadelige foranstaltninger, og at der skal nedsættes en særlig gruppe af repræsentanter fra hver enkelt medlemsstat til at føre tilsyn med såvel udvekslingen og vurderingen af skatteforanstaltninger⁴⁹⁾.

⁴⁸⁾ I henhold til punkt C sidste linie.

⁴⁹⁾ Jf. punkt J i adfærdskodeksen. Rådet afgøre hvorvidt gruppens rapport om forskellige skatteforanstaltninger skal offentliggøres. Hver rapport sendes til Rådet til orientering. Kommissionen bistår i henhold til punkt K i adfærdskodeksen gruppen med det nødvendige forberedende arbejde. I denne sammenhæng skal medlemsstaterne udlevere de dokumenter til Kommissionen, som efter punkt G findes nødvendigt til udveksling af oplysninger.

I henhold til punkt G i adfærdskodeksen skal medlemsstaterne, i overensstemmelse med principperne om gennemsigtighed og åbenhed, give hinanden oplysninger om eksisterende og planlagte skatteforanstaltninger, der falder ind under kodeksens anvendelsesområde som beskrevet i punkt C-D.

Derudover kan medlemsstaterne søge oplysninger fra andre medlemsstater om enhver skatteforanstaltning, der falder ind under kodeksens anvendelsesområde, jf. punkt A-B i adfærdskodeksen⁵⁰⁾.

I henhold til punkt H kan medlemsstaterne anmode om at få mulighed for at diskutere og kommentere en anden medlemsstats skatteforanstaltninger, som falder ind under kodeksens anvendelsesområde, som nævnt i punkt A-B. Herved opnås mulighed for at vurdere, hvorvidt foranstaltninger er skadelige i lyset af de virkninger, som de kan have i Fællesskabet.

5.5. Adfærdskodeksens indvirkning på skatteharmoniseringen

Det fremlagte forslag til adfærdskodeks mellem medlemsstaterne i Fællesskabet viser, at der er sket et fremskridt indenfor skatteharmoniseringen i og med at medlemsstaterne er blevet enige om at vedtage et større skatteprogram end det tidligere.

Til trods for at der er tale om en politisk forpligtelse, er det dog afgørende, at EF-domstolen i tidligere sager har lagt vægt på soft law. Medlemsstaterne kan således forvente, at Domstolen kan anvende adfærdskodeksen i forbindelse med fortolkning af såvel nationale som EU-retlige retsakter.

De nationale stater kan derfor ikke undlade at tage hensyn til kravene i adfærdskodeksen i forbindelse med udformning af national lovgivning. Medlemsstaterne kan ikke anvende den begrundelse, at adfærdskodeksen ikke har konsekvenser for national lov, fordi adfærdskodeksen ikke har retlige bindende karakter.

Adfærdskodeksen indeholder en bemærkning om, at formålet med kodekset ikke er at rykke ved tidligere anerkendte beføjelser, og at formålet i stedet er at skabe grundlag for et samarbejde mellem staterne.

Kommissionen bemærkede endvidere, at en række stater ønskede et videre grundlag, hvorimod andre stater mente at samarbejdet indenfor skattepolitikken skulle indskrænkes. Kommissionen konkluderede i den forbindelse, at det fremlagte forslag i størst mulig udstrækning tilfredsstillende

⁵⁰⁾ Hvis foreslåede foranstaltninger kræver parlamentarisk godkendelse, kan sådanne oplysninger gives, efter at foranstaltningerne er forelagt parlamentet.

begge grupper af stater, og *“at adfærdskodekset skulle betragtes som et skridt frem mod en større samordning og i bestræbelserne på at bekæmpe skadelig skattekonkurrence”*⁵¹⁾.

Endvidere fremgik det af Kommissionens bemærkninger, at medlemsstaterne indenfor det sidste halvandet år havde været positive i forhold til at finde en løsning på det skattepolitiske problem⁵²⁾.

Kommissionens forslag til et adfærdskodeks, er en ny form for “retsakt” indenfor det skatteretlige område. Hidtil har der været fremlagt en lang række direktivforslag, som stort set ikke er blevet vedtaget, specielt på grund af kravet om enstemmighed i henhold til artikel 100.

Denne nye retsakt er primært er politisk bindende, men vil endvidere få karakter af at være juridisk bindende, hvis EF-domstolen tillægger adfærdskodeksen betydning i forbindelse med fremtidige tvister.

6. Konklusion

Vedtagelsen af adfærdskodeksen har stor betydning for den fremtidige skatteharmonisering i EU. Gennem de sidste 40 år, har der ikke været fremskridt indenfor harmoniseringen af selskabsskatteretten, og adfærdskodeksen har vist medlemsstaternes vilje til at forpligte sig til harmonisering rent politisk.

Der er i den forbindelse anvendt en ny form for regulering indenfor harmoniseringen af det skatteretlige område. Denne reguleringsform kaldes soft law og er anvendt indenfor andre retlige områder af EU-retten.

Fordelen ved anvendelsen af soft law er, at det er en rammeregulering. Hermed er reguleringen ikke juridisk bindende og adfærdskodeksen indeholder ingen sanktionsmuligheder i forhold til medlemsstaterne. Der er alene tale om et politisk statement, som viser medlemsstaternes vilje til at arbejde for at fjerne skattekonkurrence.

Adfærdskodeksen er en smidig og hurtigere måde at samordne de forskellige nationale regler på, og der er, ved denne form for regulering, mulighed for at anvende adfærdskodeksen til at forene de nationale regler, hvilket ikke er lykkedes tidligere indenfor så bredt en område indenfor skatteretten.

⁵¹⁾ KOM (97) 564 afsnit 34, pkt. 6.

⁵²⁾ KOM (97) 564 afsnit 34, pkt. 6.

Et vigtigt argument for fordelagtigheden i vedtagelsen af adfærdskodeksen er, at det må forventes, at efter vedtagelsen af kodeksen vil det være nemmere at indføre juridisk bindende skatteretlig regulering i EU.

At adfærdskodeksen ikke er juridisk bindende, er dog ikke ensbetydende med, at adfærdskodeksen ikke vil binde medlemsstaterne i sin nuværende form. Dette vil ske ved at EF-domstolen anvender adfærdskodeksen i forbindelse med fortolkning af såvel national ret som EU-retten. Endvidere indvirker adfærdskodeksen på medlemsstaternes nationale lovgivning i form af et politisk pres for at skabe en større gennemsigtighed i forhold til de nationale skatteregler.

Det vil derfor fremover være mere vanskeligt for medlemsstaterne at forsvare skatteregler, som i forhold til en anden medlemsstat opstiller en regulering som skaber skattekonkurrence.

Vedtagelsen af adfærdskodeksen har vist medlemsstaternes politiske vilje til at harmonisere skatteretten i EU. Dette på trods af at medlemsstaterne ønsker at bevare suveræniteten indenfor skatteområdet. Resultatet af vedtagelsen af kodeksen afhænger naturligvis af den politiske vilje hos medlemsstaterne til at opfylde kravet om at fjerne og ikke indføre regler, der bevirker skadelige effekter i forhold til andre medlemsstater. Dog er det afgørende for den fremtidige harmonisering af skatteretten i EU, at der er sket en positiv udvikling indenfor harmoniseringen. Dette viser, at der efter al sandsynlighed vil ske yderligere tiltag i forbindelse med skatteharmoniseringen i EU i det nye årtusinde.

Solidaritetsprincippet som trylleformular

af

Ulla B. Neergaard

1. Indledning

Det er blevet mere og mere almindeligt i den EU-retlige litteratur at antage, at i lighed med situationen i de fleste af EU's Medlemsstater er også grundlaget for EU-retten en forfatning.¹⁾ Da der imidlertid hverken er tale om, at EF oprindeligt ligefrem blev født med en forfatning eller at retsordenen på indværende tidspunkt i traditionel forstand kan siges at være udrustet med én, henvises der på samme tid til en såkaldt konstitutionalisering af især EF-Traktaten. Herved tænkes på en proces, der er styret af EF-Domstolens systematiske, teleologiske og dynamiske fortolkningsstil.²⁾ Således kan EU's forfatning siges at være udledt af især EF-Traktaten. Den anerkendte Harvard-professor Weiler anvender i overensstemmelse med det anførte en sammenstilling af begge begreber i sin temmelig brede definition af Europas forfatning, idet han ser den som omfattende såvel den proces, der konstituerer Europa, såvel som resultatet af denne proces.³⁾ Sidstnævnte betragtes som en form for konstitutionel orden, der dog oftest ikke defineres i mere præcis grad.

¹⁾ Jf. bl.a. Curtin, Deidre, "The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces", *Common Market Law Review*, Volume 30, 1993, S. 18; Grimm, Dieter, "Does Europe Need a Constitution?", *European Law Journal*, Volume 1, Issue 3, 1995, s. 282-302; Maduro, Miguel Póiares, *We, The Court. The European Court of Justice & the European Economic Constitution*, Oxford, 1998, Kap. 1; Mancini, Federico G., "The Making of a Constitution for Europe?", *Common Market Law Review*, Volume 26, 1989, s. 595-614; Sauter, Wolf, *Competition Law and Industrial Policy in the EU*, Oxford, 1997, s. 12-26; or Stein, Eric, "Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution", Oxford, 1981, s. 1-27.

²⁾ Jf. da Cruz Vilaca, José & Picarra, Nuno, "Are there Material Limits to the Revision of the Treaties on the European Union?", *Seminar Paper*, Luxembourg, 1994, s. 4.

³⁾ Jf. Weiler, J. H. H., "The Constitution of the Common Marketplace: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods", i *The Evolution of EU Law*, Redigeret af Craig, Paul & de Búrca, Gráinne, 1999, Oxford University Press, s. 349.

Blandt de konstitutionelle principper, som EU-forfatningsretten antages at omfatte, befinder sig solidaritetsprincippet.⁴⁾ I modsætning til adskillige af de øvrige konstitutionelle principper, der er rent domstolsskabte, er der her tale om et princip, der tager sit afsæt i en udtrykkelig traktatsbestemmelse, nemlig artikel 10 (tidligere artikel 5).⁵⁾ Der er tale om et alment princip om loyalitet og samarbejde. Formentlig på grund af bestemmelsens forholdsvist vage og generelle formulering eller på grund af princippet i fagdisciplinær henseende tværgående virkning⁶⁾ er solidaritetsprincippet tiltagende betydning oftest ikke alment erkendt. Således ukendt for de fleste danner solidaritetsprincippet nu udgangspunkt for en række forholdsvist præcise og praktiske forpligtelser af betydning for de nationale myndigheder, herunder domstole. Endvidere optræder princippet som det fortolkningsmæssige udgangspunkt for en række afledte principper udviklet af EF-Domstolen. I det følgende er det hensigten at fremhæve forskellige eksempler på denne udvikling. Imidlertid præsenteres først bestemmelsen i generel forstand, analoge bestemmelser fremhæves og de foreliggende fortolkningsmæssige retningslinier analyseres nærmere.

⁴⁾ Jf. Snyder, Francis, "The Unfinished Constitution: Principles, Processes, and Culture", *Draft paper*, s. 12. Snyder nævner yderligere tolv centrale EU-forfatningsretlige principper, når der anlægges et internt perspektiv: "(1) the single institutional framework, including the representation of interests; (2) the separation of powers, which encompasses the notions of institutional balance, institutional autonomy, loyal cooperation between institutions; (3) limited powers; (4), implied powers; (5) supremacy; (6) direct effect; (7) pre-emption; (8) subsidiarity; (9) non-discrimination; (10) respect of fundamental rights; (11) respect of national identities;... (13) respect of general principles of law", *ibid.* s. 11-12. Når det anlagte perspektiv i stedet for er eksternt, omfatter de EU-forfatningsretlige principper i h.t. Snyder: "Regional integration, divided-power system, the Member States as 'Masters of the Treaty', the integrity of the EU, and the rule of law", *ibid.* s. 10.

⁵⁾ Med mindre andet udtrykkeligt anføres, er alle artikel-henvisninger i denne fremstilling til bestemmelser i Traktaten Om Oprettelse Af Det Europæiske Fællesskab. P.g.a. den omnummerering, der er indtrådt siden Amsterdam-Traktatens ikrafttræden den 1. maj 1999, anføres første gang en bestemmelse nævnes, dens hidtidige nummer i parentes.

⁶⁾ Hermed betænkes den situation, at jurister som oftest er specialiseret indenfor bestemte retsdiscipliner såsom konkurrenceret, skatteret, arbejdsret, m.m., og således risikerer ikke at have øje for de mere alment gældende principper med indflydelse på mange forskellige fagområder. Tilfældet artikel 10 kan være problematisk, fordi bestemmelsens anvendelsesområde spænder over meget forskelligartede situationer, som ikke uden videre lader sig relatere til bestemte retsdiscipliner.

2. Generelt om artikel 10

Bestemmelsen fastslår følgende:

“1. Medlemsstaterne træffer alle almindelige eller særlige foranstaltninger, som er egnede til at sikre opfyldelsen af de forpligtelser, som følger af denne Traktat eller af retsakter foretaget af Fællesskabets institutioner. De letter Fællesskabet gennemførelsen af dets opgaver.

2. De afholder sig fra at træffe foranstaltninger, der er egnede til at bringe virkeliggørelsen af denne Traktats målsætning i fare.”

Bestemmelsen er placeret i EF-Traktatens første del vedrørende principper. Bestemmelsen henviser til tre generelle forpligtelser, som Medlemsstaterne er underkastet: 1) forpligtelsen til at træffe alle nødvendige foranstaltninger, 2) forpligtelsen til at lette EU-institutionernes gennemførelse af sine opgaver, og 3) forpligtelsen til at afholde sig fra at træffe foranstaltninger, der står i modstrid med Traktatens målsætninger. Stk. 1 kan betegnes som omfattende en positiv adfærd, d.v.s. pligten til handling, hvorimod stk. 2 tilsigter en negativ adfærd, d.v.s. pligten til ikke-handling.

Bestemmelsen antages ikke at have direkte virkning⁷⁾ og er som udgangspunkt opfattet som en slags *obiter dictum* uden selvstændig juridisk kraft.⁸⁾ Ikke desto mindre kan EF-Domstolens fortolkning af bestemmelsen betragtes som at have undergået en udvikling i retning af at tillægge den større og større betydning.

Artikel 10's tiltagende betydning fremgår af de stadigvæk flere og flere afgørelser fra EF-Domstolen, hvori der henvises til bestemmelsen.⁹⁾ Samtidig fremgår det, at der er tale om fortsat mere og mere betydningsfulde

⁷⁾ Jf. Constantinesco, Vlad, "L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire", in *Liber Amicorum Pierre Pescatore*, 1987, Baden-Baden, s. 113; eller Dausies, Manfred A., "Quelques réflexions sur la signification et la portée de l'article 5 du traité CEE", i "Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts/The Dynamics of EC-Law", Redigeret af Bieber, Roland & Ress, Georg, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, s. 239. Temple Lang argumenterer dog for et modsat synspunkt, idet han anser bestemmelsen for at have en vis direkte virkning: "*The question has arisen whether, and if so in what circumstances, Article 5 can have direct effects. At first sight it appears too broad and vague a principle to have direct effects. This is confirmed by the fact that Article 5 imposes an obligation as to the results but not as to the means to be used. It gives Member States discretion as to how to achieve them. This is now however an outdated and incorrect view, which fails to take the case law of the Court into account. Much of that case law is concerned with the duties of national courts under Article 5. By definition this means that Article 5 has some direct effects*", jf. Temple Lang, John, "The Core of the Constitutional Law of the Community - Article 5 EC", i *Current and Future Perspectives on EC Competition Law. A Tribute to Professor M. R. Mok*, Redigeret af Gormley, Laurence, Kluwer Law International, 1997, s. 44. Hvad begrebet "*some direct effects*" i realiteten dækker over, forekommer imidlertid lettere gådefuldt. Den mest rimelige retstilstand synes at være, at enten har en bestemmelse direkte virkning eller også har den det ikke. Mellemtilstanden er ikke attråværdig. Spørgsmålet om, hvorvidt artikel 10 har direkte virkning eller ej, er iøvrigt også diskuteret i den danske sag, U1993.804.

⁸⁾ Jf. Schermers, Henry G. & Pearson, Patrick J., "Some Comments on Article 5 of the EEC Treaty", in *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13 März 1990*, Redigeret af Baur, Jürgen F.; Hopt, Klaus J. & Mailänder Peter K., Berlin, 1990, s. 1363.

⁹⁾ En CELEX-CD-ROM-forespørgsel foretaget den 24. februar 1999, hvorefter den senest anførte afgørelse var fra den 15. september 1998, og hvor der blev set bort fra generaladvokaternes forslag til afgørelse, viste i alt 287 afgørelser, heraf 14 fra Retten i Første Instans. Ganske sigende for den fortsat øgede tendens til EF-Domstolens anvendelse af bestemmelsen er det, at i løbet af 1990'erne blev der henvist til artikel 10 i hele 163 afgørelser, d.v.s. i mere end halvdelen af det samlede antal sager. Samtidig kan bemærkes, at frem til indgangen til 1980 blev der kun henvist til bestemmelsen i 26 afgørelser. Der er med andre ord tale om en så udpræget tendens til øget anvendelse af bestemmelsen, at denne ingenlunde kan forklares blot med udgangspunkt i EF-Domstolens øgede sagsmængde.

forpligtelser, som pålægges Medlemsstaterne i henhold til denne bestemmelse samt principper udledt på grundlag heraf.

Artikel 10 har stor betydning for spændingsfeltet mellem EU-retten og national ret. Bestemmelsens virkninger for kompetencefordelingen mellem de to retsordener er markante. Således bemærker Constantinesco, at artikel 10, stk. 1, anvendes af EF-Domstolen som et middel til at forstærke effektiviteten af andre fællesskabsforpligtelser, hvorimod artikel 10, stk. 2, tillader at begrænse udøvelsen af statslige kompetencer i tilfælde af manglende præcise fællesskabsretlige forpligtelser.¹⁰⁾ Temple Lang anfører mere bredt, at "*Article 5 has the effect of transferring competence over certain areas of law from the Member States to the Community.*"¹¹⁾

Adressater for solidaritetsprincippet er både Medlemsstaterne og disses myndigheder, på både centrale og lokale niveauer, med såvel dømmende, lovgivende og udøvende funktioner, samt statslige virksomheder. Tillige retter princippet sig den modsatte vej, nemlig mod de centrale institutioner, både indbyrdes og i relation til Medlemsstaterne. Endvidere gælder princippet i Medlemsstaternes indbyrdes forhold.¹²⁾

3. Analoge bestemmelser

Bestemmelsens indhold er kendt i den mere almindelige folkeret. Det er således en almindelig folkeretlig regel, der er udtrykkeligt fastslået i artikel 26 i Wiener-konventionen om traktatsretten, at enhver traktat skal opfyldes i god tro.¹³⁾ Princippet kaldes i folkeretten ofte princippet om *pacta sunt servanda*.

¹⁰⁾ Jf. Constantinesco, Vlad, "L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire", in *Liber Amicorum Pierre Pescatore*, 1987, Baden-Baden, s. 110. Som det vil fremgå af nedenstående syntese af gældende ret er dette imidlertid en retstilstand, der har ændret sig siden Constantinesco skrev sin fortræffelige artikel.

¹¹⁾ Jf. Temple Lang, John, "Article 5 of the EEC Treaty: The Emergence of Constitutional Principles in the Case Law of the Court of Justice", *Fordham International Law Journal*, Vol. 10, 1987, Nr. 3, s. 504.

¹²⁾ Jf. Gulmann, Claus & Hagel-Sørensen, Karsten, *EU-ret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1995, 3. udgave, s. 58.

¹³⁾ Jf. Gulmann, Claus & Hagel-Sørensen, Karsten, *EU-ret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1995, 3. udgave, s. 57. Nævnte artikel 26 bestemmer: "*Every treaty in force is binding on the parties to it and must be performed by them in good faith.*" Jf. *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23. maj 1969, i Suy, Eric, "Corpus Iuris Gentium - A Collection of Basic Texts on Modern Interstate Relations", 2. udg., Acco Leuven, 1996, s. 99-120.

Såfremt artikel 10 ikke havde været indføjet i EF-Traktaten, ville princippet i sin formentligt oprindeligt tiltænkte betydning således i henhold til den almindelige folkeret altså alligevel have været gældende.

Endvidere er bestemmelsen sammenlignelig med FN-chartrets artikel 2, stk. 2, som bestemmer følgende:

*"All Members, in order to ensure all of them the rights and benefits resulting from membership, shall fulfil in good faith the obligations assumed by them in accordance with the present charter. "*¹⁴⁾

Artikel 10 har ikke en umiddelbar *pendant* i dansk ret, men kendes til dels i Tyskland. I tysk forfatningsretlig teori spiller begrebet *Bundestreue* (loyalitet overfor føderationen) således en stor rolle.¹⁵⁾ Begrebet indebærer, at de enkelte staters love ikke må hindre føderationens ordentlige funktion.¹⁶⁾ Der er tale om et princip, der ikke eksplicit er affattet i den tyske forfatning.¹⁷⁾ Der er med andre tale om et ikke-skriftligt princip, der ikke desto mindre afføder specifikke retsvirkninger.¹⁸⁾ Således har den tyske forfatningsdomstol udledt en række konkrete juridiske forpligtelser, som staterne skal efterleve.¹⁹⁾ Imidlertid er det tyske princip ikke tilnærmelsesvist nær så udviklet som EU-rettens solidaritetsprincip.²⁰⁾

Artikel 90(1) og artikel 234 er begge specifikke udmøntninger af den generelle forpligtelse indeholdt i artikel 10. Førstnævnte bestemmelse vedrører

¹⁴⁾ Jf. Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice, San Francisco, 26. juni 1945, i Suy, Eric, "Corpus Iuris Gentium - A Collection of Basic Texts on Modern Interstate Relations", 2. udg., Acco Leuven, 1996, s. 13-33.

¹⁵⁾ Jf. Schermers, Henry G. & Pearson, Patrick, "Some Comments on Article 5 of the EEC Treaty", in *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, Redigeret af Baur, Jürgen F.; Hopt, Klaus & Mailänder, Peter K., 1990, Berlin, s. 1360.

¹⁶⁾ *Ibid.*

¹⁷⁾ Jf. Constantinesco, Vlad, "L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire", i *Liber Amicorum Pierre Pescatore*, 1987, Baden-Baden, s. 105.

¹⁸⁾ *Ibid.* s. 106.

¹⁹⁾ *Ibid.* s. 106-107.

²⁰⁾ Jf. Temple Lang, John, "The Core of the Constitutional Law of the Community - Article 5 EC", i *Current and Future Perspectives on EC Competition Law. A Tribute to Professor M. R. Mok*, Redigeret af Gormley, Laurence, Kluwer Law International, 1997, s. 47.

Medlemsstaternes forpligtelser angående offentlige virksomheder og virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder. Artikel 234 berører Medlemsstaternes forpligtelser i henseende til andre internationale konventioner.

Der findes bestemmelser, der svarer til artikel 10 i de øvrige Traktater relateret til de europæiske fællesskaber. Det drejer sig om artikel 3 i Aftalen Om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, artikel 86 i Traktaten Om Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab, artikel 192 i Traktaten Om Det Europæiske Atomenergifællesskab, samt artikel 14 (tidligere artikel J4) i Traktaten om Den Europæiske Union.

Alt i alt kan det sammenfattes, at det generelle indtryk af gennemgangen af analoge bestemmelser er, at størstedelen af disse gennemgående tillægges en bogstavnær fortolkning.

4. Fortolkningsmæssige retningslinier

Bestemmelsens præcise anvendelsesområde er usikkert og har givet anledning til stor doktrinær uenighed.²¹⁾ Helt overordnet kan fortolkningerne opdeles i to hver for sig yderligtgående positioner. Den ene fløj afslår helt bestemmelsens juridiske betydning og anser den således ikke for at kunne afføde retlige virkninger. Den anden fløj betragter derimod artikel 10 som indeholdende en specifik juridisk forpligtelse.²²⁾ EF-Domstolens oprindelige praksis på området rummer en tilsvarende dobbelttydighed, hvilket illustreres af følgende sætning fra Deutsche Grammophon-sagen, der ofte betragtes som det relevante fortolkningsmæssige udgangspunkt:

*“[D]enne bestemmelse opstiller en generel forpligtelse for medlemsstaterne, hvis konkrete indhold i det enkelte tilfælde afhænger af traktatens bestemmelser eller af de regler, der kan udledes af traktatens generelle opbygning.”*²³⁾

Sætningen er således i sig selv udtryk for de modsatrettede fortolkninger, der kan tillægges artikel 10. På den ene side kan anlægges en snæver fortolkning,

²¹⁾ Jf. Constantinesco, Vlad, “L’article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire”, in *Liber Amicorum Pierre Pescatore*, 1987, Baden-Baden, s. 99.

²²⁾ *Ibid.* s. 99.

²³⁾ Jf. Deutsche Grammophon-sagen, Sag 78/70, Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH mod Metro-SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG, 8. juni 1971, s. 125, præmis 5.

hvorefter bestemmelsen kun finder anvendelse i samspil med Traktatens øvrige bestemmelser (udledt af første del af sætningen). Således anfører en forfatter som Constantinesco, at artikel 10 ikke i sig selv kan tildeles retlige virkninger. Ifølge hans opfattelse er det ikke tilstrækkeligt, at artikel 10 kombineres med andre traktatsbestemmelser: hvis de ikke er tilstrækkeligt præcise, kan de ikke skabe, sammen med artikel 10, en forpligtelse, der er tilstrækkeligt bestemt i sin natur til at forbyde Medlemsstaterne at opretholde en eventuelt modstridende lovgivning.²⁴⁾ Schermers & Pearson er af en tilsvarende opfattelse og anfører således: "*It is also clear that by itself it has no independent legal force, but must be read in conjunction with other provisions in order to establish its concrete application.*"²⁵⁾ Endelig anfører Rasmussen: "...leaving aside for a moment the fact that the drafters did not intend that Article 5's solidarity obligation to be legally binding at all, the Court's ever wider construction of the legally binding scope of that provision drew many Member States into unwitting breaches of Community law".²⁶⁾

På den anden side kan anlægges en meget bred fortolkning, hvorefter bestemmelsens betydning kan udledes på grundlag af generelle principper, der direkte eller indirekte optræder i Traktaten eller i sekundære retskilder (affødt af sætningens anden del). En forfatter som Temple Lang, som i et mangeårigt forfatterskab nærmest som den eneste indgående og vedvarende har beskæftiget sig med de mange problemstillinger knyttet til bestemmelsen, er tilhænger af den meget brede fortolkning. Således antager han, at forpligtelser kan udledes af præambler, den europæiske menneskerettighedskonvention, m.m.²⁷⁾ Også den tidligere retspræsident ved EF-Domstolen, Due, er af den opfattelse, at artikel 10 spiller en selvstændig rolle og således udgør det sande juridiske grundlag for en forpligtelse, der ikke kan være udledt af andre specifikke traktatsbestemmelser.²⁸⁾

²⁴⁾ Jf. Constantinesco, Vlad, "L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire", in *Liber Amicorum Pierre Pescatore*, 1987, Baden-Baden, s. 110.

²⁵⁾ Jf. Schermers, Henry G. & Pearson, Patrick, "Some Comments on Article 5 of the EEC Treaty", in *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, Redigeret af Baur, Jürgen F.; Hopt, Klaus & Mailänder, Peter K., 1990, Berlin, s. 1377.

²⁶⁾ Jf. Rasmussen, Hjalte, *European Court of Justice*, GadJura, 1998, p. 99.

²⁷⁾ Jf. Temple Lang, John, "The Duties of National Authorities Under Community Constitutional Law", *European Law Review*, Vol. 23, Nr. 2, 1998, bl.a. s. 119 og 124.

²⁸⁾ Jf. Due, Ole, "Article 5 du Traité CEE. Une disposition de caractère fédéral?", i *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1991, Firenze, Vol. II, Bog 1, s.27.

Den førstnævnte fortolkningsmæssige position er utvivlsomt bedst i overensstemmelse med en bogstavnær og oprindeligt tiltænkt fortolkning af artikel 10, idet der her henvises til forpligtelser, som følger af Traktaten, m.m. Det vil med andre ord sige, at artikel 10's ordlyd synes at foreslå en vis forbindelse mellem Medlemsstaternes forpligtelser og specifikke traktatsbestemmelser.²⁹⁾ Det må bemærkes, at faren ved en fortolkning af artikel 10 i isolation fra øvrige traktatsbestemmelser eller sekundær EU-lovgivning er, at nationale foranstaltninger, som iøvrigt ville være i overensstemmelse med sådanne bestemmelser, kan risikere at være i strid med artikel 10.

Det korrekte billede af dagens retstilstand er imidlertid tættest på den sidstnævnte fortolkningsmæssige position, hvorefter artikel 10 kan finde anvendelse både i samspil med andre bestemmelser og alene i kraft af sig selv. Dette bekræftes blandt andet af Gulmann & Hagel-Sørensen, der antager, at EF-Domstolens oprindelige udgangspunkt har været udelukkende at anvende bestemmelsen som støtte for resultater, der nok kunne udledes af andre bestemmelser, men hvor der på grund af resultatets vidtgående karakter kunne være brug for ekstra begrundelse som i eksempelvis Costa mod ENEL-sagen om forrangsprincippet's etablering.³⁰⁾ Forfatterne antager samtidig, at EF-Domstolen har udviklet sin praksis i retning af også at tillægge artikel 10 selvstændig betydning, idet den henviser stadig hyppigere i sin praksis til bestemmelsen som grundlag for pligter for Medlemsstaterne og institutionerne i tilfælde, hvor der ikke i øvrigt i Traktaten eller i afledte retsakter er grundlag for sådanne pligter.³¹⁾ Denne antagelse bekræftes af Due, der anfører, at bestemmelsen nu ofte kan iagttages som udfyldende huller i EU-retten.³²⁾ Endelig kan henvises til appellanternes procedure i "grundlovssagen", hvor de adskillige gange - ganske vist misbilligende - henviser til bestemmelsen som

²⁹⁾ Jf. Schermers, Henry G. & Pearson, Patrick, "Some Comments on Article 5 of the EEC Treaty", in *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990*, Redigeret af Baur, Jürgen F.; Hopt, Klaus & Mailänder, Peter K., 1990, Berlin, s. 1360.

³⁰⁾ Jf. Gulmann, Claus & Hagel-Sørensen, Karsten, *EU-ret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1995, 3. udgave, s. 58.

³¹⁾ Jf. Gulmann, Claus & Hagel-Sørensen, Karsten, *EU-ret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1995, 3. udgave, s. 57.

³²⁾ Jf. Due, Ole, "Article 5 du Traité CEE. Une disposition de caractère fédéral?", in *Collected Courses of the Academy of European Law*, Firenze, 1991, Vol. 2, Bog 1, s. 35.

eksempel på, hvorledes EU's retssystem er karakteriseret ved bestandigt selv at udvide sit anvendelsesområde.³³⁾

Det bør tilføjes, at en mere nylig sag som *Banchero-dommen* angiver, at artikel 10 under alle omstændigheder ikke finder anvendelse, såfremt en sag måtte være omfattet af særlige traktatsbestemmelser³⁴⁾:

"Medlemsstaterne skal efter traktatens artikel 5 loyalt opfylde deres forpligtelser i henhold til fællesskabsretten. Ifølge Domstolens faste praksis kan denne bestemmelse dog ikke anvendes selvstændigt, når den konkrete situation, som det er tilfældet i nærværende sag, er omfattet af en særlig traktatbestemmelse."

5. Eksempler på artikel 10's retsudviklende funktion

I det følgende analyseres tre eksempler på EF-Domstolens anvendelse af artikel 10 som støtte for en udvidet fortolkning af EU-retten. De tre udvalgte eksempler vedrører Medlemsstaters erstatningsansvar, national erhvervsregulering med konkurrenceforvridende virkninger samt Medlemsstaternes passivitet ved fysiske handelshindringer.

5.1. Medlemsstaters erstatningsansvar

Traktaten indeholder ingen regler om Medlemsstaternes erstatningsansvar over for private. Følgelig er den umiddelbare antagelse, at spørgsmålet bør bedømmes i henhold til national ret.³⁵⁾ Ikke desto mindre har EF-Domstolen afvist denne antagelse og har fastslået, at spørgsmålet i et vist omfang skal afgøres i henhold til EU-retten.

Den afgørende sag er *Francovich* fra 1991, som vedrører en Medlemsstats manglende gennemførelse af Rådets direktiv 80/987/EØF af 20. oktober 1980 om indbyrdes tilnærmelse af Medlemsstaternes lovgivning om beskyttelse af

³³⁾ Jf. U1998.800H; se især s. 862.

³⁴⁾ Jf. Sag C-387/93, *Straffesag mod Giorgio Domingo Banchero*, 14. december 1995, Saml. 1995, s. I-4683, præmis 17.

³⁵⁾ Jf. Engsig Sørensen, Karsten & Runge Nielsen, Poul, *EU-markedsret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1996, s. 127.

arbejdstagerne i tilfælde af arbejdsgiverens insolvens.³⁶⁾ Spørgsmålet opstår i denne forbindelse, hvorvidt en Medlemsstat da kan ifalde erstatningsansvar for tab, som forvoldes private på grund af den manglende gennemførelse. Dette principielle spørgsmål antager EF-Domstolen kan vurderes på baggrund af Traktatens opbygning og dens grundlæggende principper.³⁷⁾ Da den eksakte argumentation er relevant for nærværende fremstilling, fortjener den gengivelse i sin helhed:

“Indledningsvis bemærkes, at der ved EØF-Traktaten er indført en særlig retsorden, som er integreret i medlemsstaternes retssystemer, og som skal anvendes af deres retsinstanser. Retssubjekterne herfor er ikke blot medlemsstaterne, men også disses statsborgere. Fællesskabsretten pålægger således ikke blot borgerne forpligtelser, men giver dem også rettigheder, som dermed bliver en del af de rettigheder, der som helhed tilkommer borgerne. Disse rettigheder består ikke blot, når de udtrykkeligt er indrømmet i Traktaten, men også, når Traktaten pålægger private, medlemsstaterne eller Fællesskabets institutioner entydige forpligtelser...

Endvidere bemærkes, at det efter Domstolens faste praksis påhviler de nationale retter, som led i deres forpligtelse til at anvende fællesskabsretten inden for deres kompetenceområde, at sikre fællesskabsrettens fulde virkning og at beskytte de rettigheder, som denne tillægger private...

Fællesskabsrettens fulde virkning ville blive afsvækket, og beskyttelsen af de i fællesskabsretten anerkendte rettigheder ville blive forringet, såfremt private var afskåret fra at opnå erstatning for en krænkelse af deres rettigheder som følge af en tilsidesættelse af fællesskabsretten, der må tilregnes en medlemsstat.

Det er navnlig nødvendigt, at der består en adgang til at gøre erstatningskrav gældende mod en medlemsstat i tilfælde, hvor fællesskabsrettens fulde virkning afhænger af at der træffes foranstaltninger fra medlemsstatens side, således som i denne sag, og hvor private derfor ikke kan påberåbe sig de i fællesskabsretten

³⁶⁾ Jf. Forenede sager C-6/90 og C-9/90, Andrea Francovich m.fl. mod Den Italienske Republik, 19. november 1991, Saml. 1991, s. I-5357.

³⁷⁾ Jf. præmis 30.

anerkendte rettigheder ved de nationale domstole, når medlemsstaten ikke har truffet sådanne foranstaltninger.

Der følger således af selve Traktatens system et princip om, at staten er erstatningsansvarlig for tab, som er forvoldt private på grund af tilsidesættelser af fællesskabsretten, der må tilregnes staten.

Medlemsstaternes forpligtelse til at erstatte et sådant tab har endvidere hjemmel i Traktatens artikel 5, hvorefter medlemsstaterne skal træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger, som er egnet til at sikre opfyldelsen af de forpligtelser, der påhviler dem efter fællesskabsretten. Hertil må også regnes forpligtelsen til at bringe ulovlige følgevirkninger af en tilsidesættelse af fællesskabsretten til ophør...

Af det anførte følger, at det er et princip i fællesskabsretten, at medlemsstaterne er forpligtet til at erstatte tab, som er forvoldt private som følge af tilsidesættelser af fællesskabsretten, der må tilregnes medlemsstaterne." ³⁸⁾

Det fremgår, at fremtryllelsen af princippet om Medlemsstaternes erstatningsansvar som hjemmel baserer sig på i tidligere sager udviklede idéer om Fællesskabet som en særlig retsorden, sikringen af fællesskabsrettens fulde virkning samt beskyttelsen af privates rettigheder. Disse idéer betegner EF-Domstolen selv som udledt af selve Traktatens system. Hertil kommer så henvisningen til artikel 10 som hjemmel, der i afgørelsen fortolkes som tillige indeholdende en forpligtelse for Medlemsstaterne til at bringe ulovlige følgevirkninger af en tilsidesættelse af fællesskabsretten til ophør.

Indførelsen af princippet om Medlemsstaternes erstatningsansvar er i sig selv meningsfuldt og af stor betydning for EU-rettens gennemslagskraft i national ret. Det er dog diskutabelt, om den angivne hjemmel i eksempelvis en dansk fortolkningstradition ville være tilstrækkelig. Alvorligheden af dette spørgsmål skal iøvrigt også ses i forhold til, at omfanget af princippet i senere sager er udviklet yderligere og at det må vurderes som havende vidtrækkende konsekvenser.³⁹⁾ Den anvendte formelle argumentationsteknik i sagen er et

³⁸⁾ Jf. præmis 31-37. I de efterfølgende præmisser opstiller EF-Domstolen de nærmere betingelser for staters ansvar.

³⁹⁾ Princippet om Medlemsstaternes erstatningsansvar er siden bekræftet i en række sager efterfølgende Francovich, se bl.a. Forenede sager C-46/93 og C-48/93, Brasserie du pêcheur SA mod Forbundsrepublikken Tyskland og The Queen mod Secretary of State

eksempel på, hvorledes EF-Domstolen på overfladen giver indtryk af neutralitet og upartiskhed.⁴⁰⁾ Afgørelsens tilsyneladende legitimitet bygger på tidligere sagers opfindsomhed, herunder især idéen om sikringen af fællesskabsrettens fulde virkning.⁴¹⁾ Denne præcedens' i virkeligheden ringe gennemslagskraft forsøges berettiget ved henvisningen til artikel 10.⁴²⁾ Henvisning til en konkret traktatbestemmelse kan umiddelbart forekomme at være af en mere overbevisende karakter, men i dette tilfælde er der dog tale om en bestemmelse, der som nævnt ovenfor i sig selv gennem en lang praksis er søgt styrket mere og mere som hjemmelsgrundlag.

Alt i alt må det således konstateres, at Francovich-sagen er et eksempel på, hvorledes artikel 10 på trods af Traktatens tavshed herom anvendes som et postuleret hjemmelsgrundlag for indførelsen af et princip om medlemsstaters erstatningsansvar.

for Transport, ex parte: Factortame Ltd m.fl., 5. marts 1996, Saml. 1996, s. I-1029; Sag C-392/93, The Queen mod H. M. Treasury, ex parte: British Telecommunications plc, 26. marts 1996, Saml. 1996, s. I-1631; Sag C-5/94, The Queen mod Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd, 23. maj 1996, Saml. 1996, s. I-2553; Forenede sager C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 og C-190/94, Erich Dillenkofer m.fl. mod Forbundsrepublikken Tyskland, 8. oktober 1996, Saml. 1996, s. I-4867; Sag C-192/94, El Corte Inglés SA mod Cristina Blázquez Rivero, Saml. 1996, s. I-1281; Sag C-54/96, Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH mod Bundesbaugesellschaft Berlin mbH, 17. september 1997, Saml. 1997, s. I-4961; Sag C-302/97, Klaus Konle mod Republikken Østrig, 1. juni 1997, endnu utrykt.

⁴⁰⁾ Om EF-Domstolens særlige argumentationsteknik, se Maduro, Miguel, *We, the court. The European Court of Justice & the European Economic Constitution*, Hart Publishing, 1998, Kap. 1.

⁴¹⁾ I den senere sag, *Braisserie du Pêcheur*, er det iøvrigt interessant at iagttage, at den tyske regering frembringer det argument, at "...en almindelig ret til erstatning for borgerne kun kan anerkendes ad lovgivningsvejen, og at det ville være uforeneligt med kompetencefordelingen mellem Fællesskabets institutioner og medlemsstaterne og med den ved traktaten indførte ligevægt mellem institutionerne at anerkende en sådan ret via retspraksis", jf. præmis 24. Dette argument afviser EF-Domstolen under henvisning til sin kompetence til at fortolke Traktaten, jf. præmis 25.

⁴²⁾ Temple Lang anser princippet om Medlemsstaters ansvar for tilstrækkeligt hjemlet i artikel 10, jf. Temple Lang, John, "The Core of the Constitutional Law of the Community - Article 5 EC", i *Current and Future Perspectives on EC Competition Law. A Tribute to Professor M. R. Mok*, Redigeret af Gormley, Laurence, Kluwer Law International, 1997, s. 52.

5.2. National erhvervsregulering med konkurrenceforvridende virkninger

Megen form for national regulering griber i varierende grad ind i konkurrenceforholdene. Imidlertid retter EU's konkurrencebestemmelser, herunder især artikel 81, sig efter ordlyden udelukkende mod virksomheders aktiviteter.

EF-Domstolen har desuagtet over en lang årrække i sin domspraksis udviklet et overordnet princip baseret på samspillet mellem Traktatens artikel 3, stk. 1, litra g, artikel 10, stk. 2 og artikel 81 om, at Medlemsstaterne ikke ved lov eller administrativt må indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomheder gældende konkurrenceregler. Med udgangspunkt i dette princip søges national erhvervsregulering med konkurrenceforvridende følger kontrolleret af EF-Domstolen. Mere specifikt gælder, at det er i strid med de nævnte principper, når en Medlemsstat enten 1) foreskriver eller fremmer indgåelse af aftaler i strid med artikel 81 eller 2) forstærker sådanne aftalers virkninger eller 3) berøver sine egne bestemmelser deres statslige karakter ved til private erhvervsdrivende at uddelegere ansvaret for at træffe beslutninger om økonomisk intervention.⁴³⁾

EF-Domstolens praksis vedrørende de nævnte bestemmelser er således et eksempel på, hvorledes det er muligt at få en bestemmelse, der udtrykkeligt kun rummer "*Regler for virksomhederne*", til alligevel at gælde for Medlemsstater.⁴⁴⁾ Det skal understreges, at i EF-Domstolens oprindelige praksis på dette område indfortolkedes netop ikke en udvidet betydning i bestemmelserne.⁴⁵⁾ Den senere antagne fortolkning synes EF-Domstolen især at legitimere ved hjælp af artikel 10.

⁴³⁾ Jf. eksempelvis Sag 267/86, Pascal Van Eycke mod aktieselskabet ASPA, 21. september 1988, Saml. 1988, s. 4769.

⁴⁴⁾ Jf. det forhold, at artikel 81 er placeret i Traktatens Tredie Del, Afsnit VI, Kapitel 1, 1. Afdeling, der netop er betegnet som her anført.

⁴⁵⁾ Om udviklingen af denne praksis, se Neergaard, Ulla B., "National erhvervsregulering med konkurrenceforvridende virkninger som EU-konkurrenceretligt og konstitutionelt problem", *EU-ret & Menneskeret*, 1998, 5. årgang, Nr. 6, s. 189-210; eller Neergaard, Ulla B., *Competition & Competences. The Tensions between European Competition Law and Anti-Competitive Measures by the Member States*, DJØF Publishing Copenhagen, 1998.

5.3. Medlemsstaternes passivitet ved fysiske handelshindringer

Adressat for forbudet i artikel 28 (tidligere artikel 30) mod kvantitative indførselsrestriktioner og foranstaltninger med tilsvarende virkning anses for at være Medlemsstaterne.⁴⁶⁾ Ved sagen om de vrede franske landmænd er dette karakteristikum modereret, idet bestemmelsens anvendelsesområde er udvidet til at omfatte en forpligtelse for Medlemsstaterne til at hindre, at private lægger hindringer for de frie varebevægelser.⁴⁷⁾ Denne udvidede fortolkning af artikel 28 støtter EF-Domstolen på artikel 10.

Den pågældende sag opstår, fordi Kommissionen gennem en længere årrække forelægges klager vedrørende de franske myndigheders manglende indgriben over for voldshandlinger begået af enkeltpersoner og militante bevægelser inden for det franske landbrug, som har været rettet mod landbrugsprodukter fra andre Medlemsstater. De pågældende aktiviteter består blandt andet af standsning og tilbageholdelse af lastbiler, der har transporteret landbrugsprodukter fra andre Medlemsstater i Frankrig og destruktion af disses last, om vold mod lastbilchauffører, om trusler mod franske supermarkeder, der forhandler landbrugsprodukter fra andre Medlemsstater, og om beskadigelse af sådanne varer på hylderne i forretninger i Frankrig.⁴⁸⁾

I sagen er der med andre ord tale om, at private aktører hindrer varenes frie bevægelighed i udpræget grad. Spørgsmålet er imidlertid, om en Medlemsstat i sådanne tilfælde kan anses for at tilsidesætte sine forpligtelser i henhold til Traktaten ved manglende indgriben. Ud fra en umiddelbar betragtning er en sådan antagelse utænkkelig, når det tages i erindring, at Medlemsstaterne almindeligvis anses for absolut enekompetente for så vidt angår opretholdelsen af den offentlige orden og den indre sikkerhed. EF-Domstolens argumentation fører imidlertid til et andet resultat:

“Som en bestemmelse, der er en afgørende forudsætning for gennemførelsen af et marked uden indre grænser, forbyder artikel 30 dermed ikke alene statslige foranstaltninger, der i sig selv medfører restriktioner for samhandelen mellem medlemsstaterne, men kan også finde anvendelse i tilfælde, hvor en medlemsstat har undladt at træffe de

⁴⁶⁾ See Muyelle, Koen, “European Communities and Passive Policemen: Private Conduct and the Free Movement of Goods”, *European Law Review*, Volume 23, 1998, s. 469.

⁴⁷⁾ See Sag C-265/95, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Franske Republik, 9. december 1997, Saml. 1997, s. I-6959.

⁴⁸⁾ Jf. præmis 2.

fornødne foranstaltninger til at gribe ind over for hindringer for de frie varebevægelser, som skyldes forhold, der ikke kan tilskrives staten. Når en medlemsstat undlader at gribe ind eller i givet fald ikke træffer tilstrækkelige foranstaltninger til at fjerne hindringer for de frie varebevægelser, herunder hindringer, der skyldes private aktioner i medlemsstaten rettet mod produkter fra andre medlemsstater, kan dette således lige så meget som en aktiv indgriben være udtryk for, at der opstilles hindringer for samhandelen inden for Fællesskabet. Følgelig er medlemsstaterne i henhold til artikel 30 ikke alene forpligtet til selv at afholde sig fra at udstede retsakter og fra handlinger, der kan opstille hindringer for samhandelen, men også i henhold til bestemmelsen, sammenholdt med traktatens artikel 5, til at træffe alle nødvendige og adækvate foranstaltninger til at håndhæve denne grundlæggende frihed på deres områder. " ⁴⁹⁾

På grundlag af disse retningslinjer bestemmer EF-Domstolen, at Frankrig har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 28, sammenholdt med artikel 10 ved at have undladt at træffe alle nødvendige og adækvate foranstaltninger med henblik på, at private aktioner ikke hindrer den frie bevægelighed for frugt og grønsager.

Sagen er et eksempel på en usædvanlig udvikling af en af Traktatens væsentligste bestemmelser, artikel 28. Denne udvikling er ovenikøbet opstået, efter at mange kommentatorer i kraft af Keck-sagen har vurderet, at EF-Domstolen ikke længere betragter det som ønskværdigt med et for bredt anvendelsesområde af artikel 28.⁵⁰⁾ Det er imidlertid også klart, at afgørelsen medvirker til at sikre bestemmelsen en større gennemslagskraft, idet Medlemsstaterne nu kan gøres ansvarlige for privatpersoners adfærd. Dette ændrer dog ikke på det forhold, at der er tale om en usædvanlig retsudvikling. Det kan antages, at EF-Domstolen har ment, at yderligere hjemmel end blot artikel 28 har været nødvendig og at dette er baggrunden for henvisningen til også artikel 10. Sidstnævnte bestemmelse kommer herved til at medvirke til en reduktion af den hidtidige nationale enekompetence inden for områder som den offentlige orden og den indre sikkerhed.

⁴⁹⁾ Jf. præmis 30-32.

⁵⁰⁾ Jf. De forenede sager C-267 og C-268/91, Bernard Keck og Daniel Mithouard, 24. november 1993, Saml. 1993, s. I-6097.

6. Konklusion

Det kan konkluderes, at fortolkningen af artikel 10 har ændret karakter fra en bogstavnær og dermed ringe betydning til en mere tekstuel løsning og dermed generel betydning. Den hidtidige udvikling synes samtidig absolut at pege på, at bestemmelsens betydning er stadigt voksende. Denne udvikling må også ses i sammenhæng med det i indledningen anførte om bestemmelsens - ganske vist ikke helt ukontroversielle - ophøjede kategorisering som et centralt konstitutionelt princip. Alene af ovennævnte eksempler fremgår det, at bestemmelsen er årsag til forskelligartede nyfortolkninger af Traktaten, herunder såvel i forening med andre bestemmelser (afsnit 5.2 og 5.3.) som uafhængigt (afsnit 5.1.). Det fremgår ligeledes, at bestemmelsen tjener en dobbelt funktion. På den ene side afledes der medlemsstatsforpligtelser deraf og på den anden side optræder den som fortolkningsstøtte i mange sager.

Der er tale om en udvikling, mange må finde betænkelig, idet en generelt formuleret bestemmelse som artikel 10 mere eller mindre tildeles en rolle som selvstændig lovhjemmel for forpligtelser af så forskellig, men også indgribende karakter, som ovenstående analyse har demonstreret.⁵¹⁾ Artikel 10 kan med andre ord anskues som efterhånden at have fået rollen som en bestemmelse, hvorefter snart sagt enhver form for medlemsstatsforpligtelse eller EU-retligt princip kan fremtrylles. Det er med andre ord ikke klart, hvor en eventuel grænse for artikel 10's anvendelsesområde måtte gå, hvilket også ganske tankevækkende fremgår af følgende citat:

"Article 5 is so broad in its application that it is probably more difficult to foresee the consequences of any given ruling under Article 5 (in particular any ruling that it does not apply) than in the case of any other Article of the Treaties... Article 5 has become a means of filling gaps, and

⁵¹⁾ En forfatter som Due tilhører en kategori af kommentatorer, der imidlertid ikke finder denne udvikling for betænkelig: *"Il est possible de soutenir que certaines des applications que la Cour a faites de cette règle frôlent la frontière avec le pouvoir législatif communautaire, mais elles se justifient par la nécessité de sauvegarder 'l'effet utile' du droit communautaire. Par contre, même si la jurisprudence examinée a considérablement renforcé les obligations imposées aux Etats membres et aux institutions communautaires, elle démontre que la Cour a pris soin de ne pas modifier la répartition des compétences entre la Communauté et les Etats membres et de ne pas mettre ainsi en cause l'équilibre voulu par le Traité... Ainsi, bien que faisant appel à un principe de caractère essentiellement fédéral, la Cour n'a nullement touché au caractère de la Communauté. Elle est donc restée dans son rôle de juge constitutionnel"*, jf. Due, Ole, "Article 5 du Traité CEE. Une disposition de caractère fédéral?", i *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1991, Firenze, Vol. II, Bog 1, s. 35.

elaborating the implications, of Community law. Since more gaps will be found in the future and more details will need to be spelled out, the importance of Article 5 is certain to increase still further. The general duty of cooperation in good faith, and the principle that Member States may not go back on what they have agreed to in the context of Community affairs, are profound principles with great potential for enriching Community constitutional law." ⁵²⁾

⁵²⁾ Jf. Temple Lang, John, "The Core of the Constitutional Law of the Community - Article 5 EC", i *Current and Future Perspectives on EC Competition Law. A Tribute to Professor M. R. Mok*, Redigeret af Gormley, Laurence, Kluwer Law International, 1997, s. 71.

Fjernsalg af finansielle tjenesteydelser

Gennemgang af forslag til direktiv om finansielle tjenesteydelser

af
Helen Holdt

1. Indledning

EU-Kommissionen mener, at kompleksiteten og omfanget af elektroniske handel indenfor den finansielle sektor er kraftigt stigende.¹⁾ Kommissionen anfører herom:

"I lyset af samspillet mellem indførelsen af euroen og udviklingen af ny teknologi forventes den grænseoverskridende handel med finansielle tjenesteydelser imidlertid på kort sigt at ekspandere hurtigt, navnlig ved at informationssamfundets nye muligheder tages i anvendelse."²⁾

For at sikre at markedet for elektronisk handel med finansielle tjenesteydelser kan komme både forbrugere og leverandører i EU fuldt ud til gode, mener Kommissionen at det er nødvendigt med fælles EU-regler, der sikrer minimumsregler gældende for denne handel.³⁾ Kommissionen har givet et bud på sådanne minimumsregler i direktivforslag om fjernsalg af finansielle tjenesteydelser (FF).⁴⁾

¹⁾ KOM(96)209; Endelig udgave, Grønbog: Finansielle tjenesteydelser: opfyldelse af forbrugernes forventninger; side 14.

²⁾ KOM(98)468; Endelig udgave; Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om fjernsalg af finansielle tjenesteydelser og om ændring af Rådets direktiv 90/619/EØF og af direktiv 97/7/EF og direktiv 98/27/EF, EFT nr. C 385 af 11/12/1998, s. 10; 'Begrundelse', side 4.

³⁾ KOM(96)209 (se note 1), side 14. Kommissionen anfører at særligt udtalelser fra den finansielle sektor har understreget behovet for et ensartet regelgrundlag – KOM(98)468 (se note 2) bilag – 'konsekvenser for virksomhed', punkt 6.

⁴⁾ KOM(99)385, Endelig udgave; Ændret forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om fjernsalg af finansielle tjenesteydelser og om ændring af direktiv 97/7/EF og direktiv 98/27/EF. Det oprindelige forslag er KOM(98)468 (se note 2). Direktivforslaget er endnu ikke vedtaget. I Kommissionens meddelelse: "Finansielle tjenesteydelser: Etablering af en ramme for de finansielle markeder: En handlingsplan", KOM(1999)232,

1.1. Principperne i forslaget

Forslaget er udarbejdet over 6 grundlæggende principper, der omfatter områder af betydning for både forbrugere og leverandører.⁵⁾ Principperne med fokus på forbrugerens rettigheder er følgende:

1. Forbrugeren skal have mulighed for at gennemgå aftalen, før han giver sit samtykke hertil;
2. Forbrugeren skal kunne sammenligne tilbud, før han træffer sit valg;
3. Hvis forbrugeren har indgået aftalen uden kendskab til aftalevilkårene eller tilstrækkelig betænkningstid, skal forbrugeren have en fortrydelsesret.

Principperne med fokus på leverandøren, skal sikre at leverandøren skal kunne:

4. Markedsføre sine tjenesteydelser uden hindringer;
5. Anvende det indre markeds åbne grænser fuldt ud;
6. Indgå aftaler med forbrugere vedrørende fjernsalg.

I denne artikel analyseres indholdet af direktivforslaget om fjernsalg af finansielle tjenesteydelser med udgangspunkt i disse principper. Det vurderes om alle principperne sikres ved bestemmelserne i direktivforslaget.

2. Generelt om direktivforslaget om fjernsalg af finansielle tjenesteydelser

I de eksisterende direktiver ved fjernsalg af finansielle tjenesteydelser er der ikke sikring af forbrugerens på følgende områder: Skriftlig bekræftelse af aftale, fortrydelsesret, forbud mod købetvang, regler om uanmodet henvendelse, regler i tilfælde af at tjenesteydelsen ikke er til rådighed og regler om fastsættelse af væsentlige principper for bilæggelse af tvister.⁶⁾

Udgangspunktet for forslaget er at medlemsstaterne ikke kan have andre bestemmelser, end de der fremgår af forslaget jf. FF, præamblet punkt 9. Direktivforslaget er derfor ikke et minimumsdirektiv. Kommissionen anfører,

af 11. maj 1999 opfordres Rådet og Europa-Parlamentet kraftigt til at vedtage forslaget. I denne meddelelse har Kommissionen udarbejdet en handlingsplan for regulering af finansielle tjenesteydelser som følge af indførelsen af euroen den 1. januar 1999.

⁵⁾ KOM(98)468 (se note 2), 'Begrundelser', side 9.

⁶⁾ KOM(98)468 (se note 2), 'Begrundelser', side 6.

at det er vigtigt, at bestemmelserne i direktivforslaget anvendes ens i de enkelte medlemsstater.⁷⁾

2.1. Formålet med direktivforslaget

Det generelle formål med direktivforslaget fremgår af FF artikel 1, som er bredt formuleret. Formålet er at vedtage fælles EU-regler gældende for fjernsalg af finansielle tjenesteydelser.⁸⁾

Formålet er at regulere salgsmetoderne, der anvendes ved fjernsalg af finansielle tjenesteydelser, og således ikke at regulere selve indholdet af ydelserne.⁹⁾

Formålet er at sikre, at forbrugere i EU har lige adgang til flest mulige finansielle tjenesteydelser jf. FF, præamblet punkt 3. For at sikre dette er det vigtigt, at en forbruger kan forhandle og indgå aftaler med en leverandør, der er etableret i en anden medlemsstat jf. FF, præamblet punkt 4. Dette formål fremmer princip nr. 2 om, at forbrugeren skal kunne sammenligne tilbud, før han træffer sit valg. For at dette princip fungerer er det vigtigt, at forbrugeren blandt andet sikres adgang til flest mulige finansielle tjenesteydelser.

Minimumskrav til forbrugerbeskyttelse er dermed en vigtig parameter, hvis den grænseoverskridende handel med finansielle tjenesteydelser skal fungere tilfredsstillende. Dette skal sikre den internationale konkurrence i EU mellem udbyderne finansielle tjenesteydelser jf. FF, præamblet punkt 8. Derved er det overordnede mål med forslaget at fremme det indre marked på området for finansielle tjenesteydelser.

2.2. Definitioner i direktivforslaget

Direktivforslaget angår 'aftaler i forbindelse med fjernsalg' af finansielle tjenesteydelser. Dette indbefatter, at aftalen både er tilbudt, efterspurgt, forhandlet og indgået uden, at parterne har været fysisk til stede på samme sted på samme tid.¹⁰⁾

⁷⁾ KOM(98)468 (se note 2), 'Begrundelser', side 11.

⁸⁾ Dette brede udgangspunkt præciseres i Kommissionens bemærkninger til forslaget samt i præamblet.

⁹⁾ KOM(98)468 (se note 2), 'Begrundelser', side 11.

¹⁰⁾ KOM(98)468 (se note 2), 'Begrundelser', side 4.

Det fremgår af definitionen i FF artikel 2, litra a, at for at der er tale om en 'aftale om fjernsalg af finansielle tjenesteydelser' skal:

aftalen være indgået mellem en forbruger og en leverandør af finansielle tjenesteydelser;

aftalen være indgået som led i et system til fjernsalg af tjenesteydelser organiseret af leverandøren;

leverandøren have anvendt en eller flere fjernkommunikationsteknikker;

fjernkommunikationsteknikkerne være anvendt af parterne frem til og i forbindelse med aftalens indgåelse.

Ved 'fjernkommunikationsteknikker' forstås "ethvert middel, som uden leverandørens og forbrugersens samtidige tilstedeværelse kan anvendes med henblik på indgåelse af en aftale om tjenesteydelse mellem disse parter" jf. artikel 2, litra e.

Disse definitioner omfatter tydeligvis kommunikationsteknologier såsom Internet og andre computernetværk, men også anvendelse af telefon, telefax og brevforsendelser er omfattet af definitionerne.

2.3. Anvendelsesområdet¹¹⁾

Bestemmelserne i forslaget finder kun anvendelse ved den første af flere på hinanden følgende operationer jf. FF artikel 1, stk. 2. Det vil sige, at direktivets bestemmelser kun skal anvendes ved den første aftale en udbyder af finansielle tjenesteydelser indgår med sin kunde. Eksempelvis gælder, at åbning af en bankkonto er en aftale, hvor bestemmelserne i direktivet skal overholdes. De dispositioner, kunden derefter foretager i forhold til kontoen, er ikke omfattet af bestemmelserne. Ønsker kunden at indgå aftale om en af bankens øvrige ydelser – eksempelvis at disponere over et betalingskort – gælder direktivets bestemmelser for indgåelse af denne nye aftale mellem kunden og banken.¹²⁾

¹¹⁾ I det oprindelige forslag var anvendelsesområdet begrænset til kun at omfatte forbrugere, der havde bopæl i EU jf. KOM(98)468 artikel 2, litra d. Dette er ikke tilfældet i ændringsforslaget.

¹²⁾ KOM(98)468 (se note 2), 'Begrundelser', side 11.

3. De omfattede områder

3.1. Forbrugeroplysning inden aftalen indgåelse – artikel 3

Forbrugeren skal i god tid inden aftalens indgåelse have oplysninger om en række forhold, der blandt andet jf. FF artikel 3, stk. 1 omfatter : leverandørens navn og adresse, beskrivelse af den finansielle tjenesteydelses vigtigste egenskaber, den samlede pris for tjenesteydelsen, betalings- og leveringsbetingelser og betingelser for opfyldelse af aftalen, tidsrummet hvori aftalen er gældende, omkostninger ved anvendelse af fjernkommunikationsteknik, eksistensen og varighed af fortrydelsesret samt vilkår og betingelser for at gøre den gældende, beløb eller basis for beregning af prisen når forbrugeren anvender sin fortrydelsesret.

Kravet om forbrugeroplysning inden aftalens indgåelse sikrer princip nr. 1 og 2 om, at forbrugeren skal kunne gennemgå aftalen og sammenligne tilbud før han giver sit samtykke. Dette skyldes, at forbrugeren i FF artikel 3 sikres adgang til de fornødne oplysninger for at kunne træffe sit valg og sammenligne tilbud.

3.2 Meddelelse om kontraktvilkår – artikel 3a

Leverandøren skal på en klar og forståelig måde meddele forbrugeren alle kontraktvilkår, samt oplysningerne omfattet af FF artikel 3, stk. 1 når aftalen er indgået jf. FF artikel 3a, stk. 1. Disse oplysninger skal gives på papir eller andet varigt medium. 'Varigt medium' defineres i FF artikel 2, litra f) som:

FF artikel 2:

”.....

en genstand, hvorpå forbrugeren kan lagre oplysninger, som specifikt er tilsendt denne personligt, og som navnlig befinder sig på edb-disketter, cd-rom'er og harddisken på forbrugers computer, hvor den elektroniske post gemmes....”

Således er det ikke tilstrækkeligt, at forbrugeren læser aftalevilkårene på leverandørens website på Internet. Kravet er imidlertid opfyldt, hvis forbrugeren modtager kontraktvilkårene pr. e-mail fra investeringsselskabet.

Leverandøren skal dog ikke opfylde kravet i FF artikel 3a, stk. 1, hvis han har givet disse oplysninger til forbrugeren inden aftalens indgåelse på papir eller andet varigt medium jf. artikel 3a, stk. 2. Deraf ses at kravet om oplysning forud for aftaleindgåelsen ifølge FF artikel 3 ikke behøver at være sket på papir eller et varigt medium, hvorved dette kan ske mundtligt. Forbrugeren

skal dog efter aftalens indgåelse have modtaget oplysningerne på et varigt medium jf. FF artikel 3a.

Denne bestemmelse sikrer princip nr. 3, hvorefter forbrugeren skal have en fortrydelsesret, hvis han har indgået aftalen uden kendskab til aftalevilkårene. Bestemmelsen i FF artikel 3a sikrer, at forbrugeren får oplysningerne på et varigt medium, selv om forbrugeren har fået alle oplysninger inden aftalens indgåelse jf. FF artikel 3. Derved kan forbrugeren kontrollere, at kontrakten er overensstemmende med det, forbrugeren har aftalt med leverandøren. Forbrugeren kan gøre brug af sin fortrydelsesret jf. FF artikel 4, hvis vilkårene ikke er svarende til forbrugerens ønsker.

3.3. Fortrydelsesret efter aftalens indgåelse – artikel 4

Medlemsstaterne kan bestemme at forbrugeren kan fortryde aftalen uden at angive en grund eller at skulle betale bod inden for en frist på 14-30 dage, afhængig af de berørte finansielle tjenesteydelser jf. FF artikel 4. Medlemsstaternes valgmulighed angår udelukkende, hvor lang fortrydelsesretten skal være. Fristen kan i den enkelte medlemsstat variere alt efter hvilken form for finansiell tjenesteydelse, der er på tale.¹³⁾

Dette betyder, at der ikke gælder den samme fortrydelsesfrist for den samme tjenesteydelse i alle medlemsstater. Leverandøren skal dog kun overholde fortrydelsesfristerne gældende i sit hjemland jf. FF artikel 4, stk. 1. Denne bestemmelse sikrer principperne nr. 4 og 5, idet leverandøren kan markedsføre sine tjenesteydelser (princip nr. 4) uden at skulle være bekendt med de særlige regler om fortrydelsesfrister gældende i disse lande. Derved kan leverandøren bedre anvende det indre markeds åbne grænser fuldt ud (princip nr. 5). Forbrugeren sikres viden om fortrydelsesfristerne gældende i leverandørens hjemland ved bestemmelsen om forbrugeroplysning jf. FF artikel 3, litra h om fortrydelsesfrister.

Hvis leverandøren illoyalt tilskynder forbrugeren til at indgå aftalen kan aftalen annulleres. Det anføres i artikel 4, stk. 2 herom:

Artikel 4, stk. 2:

”2. Uden at fortrydelsesretten indskrænkes, kan aftalen annulleres med alle de hermed forbundne retsvirkninger i henhold til den lovgivning, der finder anvendelse på aftalen, når forbrugeren på illoyal vis af leverandøren er blevet tilskyndet til at indgå den pågældende aftale, med forbehold af forbrugerens ret til at få erstatning for det tab, forbrugeren har lidt i henhold til national ret.”

¹³⁾ Ændringsforslag, begrundelse om artikel 4. I det oprindelige forslag var fristen fastsat til 14 dage.

Det fremgår heraf at det er den lovgivning, der finder anvendelse på kontrakten, der skal anvendes til at bestemme hvilke retsvirkninger en annullering af aftalen skal have. Det er dermed reglerne i International Privatrecht, der er bestemmende for hvilket lands lov, der skal anvendes til bestemmelse heraf.

Forbrugeren har ret til at få erstatning for tabet, han har lidt i henhold til "national ret". Idet der fokuseres på forbrugers forhold, antages at 'national ret' henviser til bestemmelserne vedrørende erstatning i forbrugers hjemland.

Det afgørende krav for at aftalen kan annulleres er, at leverandøren på *illoyal vis* har tilskyndet forbrugeren til at indgå aftalen. Det fremgår ikke af forslaget eller Kommissionens publicerede begrundelser for fremsættelse af direktivforslaget, hvilke slags tilskyndelser til aftaleindgåelse, der skal anses for illoyale opfordringer.

Det vil i første række være op til de nationale domstole, at fortolke hvad 'illoyal vis' omfatter. Dette kan let føre til forskellige opfattelser af begrebet i hver enkelt medlemsstat. Kommissionen fremhæver, at det er vigtigt, at direktivets bestemmelser anvendes på samme måde i alle medlemsstater. For at opnå dette bør begrebet 'illoyal vis' defineres i forslaget.

Dette kan virke hindrende for opnåelse af principperne nr. 4, 5 og 6, der har særligt fokus på bedring af leverandørens vilkår. Dette skyldes, at forskellig forståelse af, hvad der udgør 'illoyal' opfordring i de enkelte medlemsstater, har betydning for *dels* hvorledes leverandørerne kan markedsføre sig (princip nr. 4), *dels* hvilken konsekvens en indgået aftale med en forbruger kan have (princip nr. 6). Dette tilsammen hindrer leverandøren i at anvende det indre markeds åbne grænser fuldt ud (princip nr. 5).

Ifølge FF artikel 4, stk. 3 gør forbrugeren sin fortrydelsesret gældende ved at meddele dette til leverandøren skriftligt eller på et varigt medium, som leverandøren råder over og har adgang til.

Fortrydelsesretten gælder ikke for aftaler om visse slags finansielle tjenesteydelser jf. FF artikel 4, stk. 1a. Dette er til eksempel pengemarkedsinstrumenter, værdipapirer og finansielle futures og optioner.

Bestemmelserne i FF artikel 4 om forbrugers fortrydelsesret indfører princip nr. 3, hvorefter forbrugeren skal have fortrydelsesret, hvis han har indgået aftalen uden kendskab til aftalevilkårene eller uden tilstrækkelig betænkningstid. I det oprindelige direktivforslag¹⁴⁾ skulle fortrydelsesfristen kun gælde hvis forbrugeren havde indgået aftalen uden kendskab til aftalevil-

¹⁴⁾ KOM(98)468 (se note 2).

kårene eller uden tilstrækkelig betænkningstid. I ændringsforslagets¹⁵⁾ artikel 4 er fortrydelsesfristen ikke begrænset til disse områder. Forbrugeren skal altid have kendskab til aftalevilkårene inden indgåelse af aftalen jf. FF artikel 3. Og fortrydelsesretten jf. FF artikel 4 kan altid gøres gældende af forbrugeren indenfor de fastsatte frister. Dermed giver bestemmelsen i FF artikel 4 en større sikring af forbrugeren, end hvad der er udtrykt i princip nr. 3.

Fortrydelsesretten sikrer, at de bestemmelser, der søger at indføre princip nr. 1 og 2, ikke omgås til forbrugers skade. Princip 1 og 2 angår forbrugers mulighed for at gennemgå aftalen og sammenligne tilbud inden afgivelse af samtykke.

3.4 Afregning ved brug af fortrydelsesret – artikel 5

Fortrydelsesfristen jf. FF artikel 4 har betydning for, hvornår leverandøren kan påbegynde aftalens opfyldelse. Således kan leverandøren kun påbegynde aftalens opfyldelse inden udløbet af fortrydelsesfristen, hvis forbrugeren udtrykkeligt er enig heri jf. FF artikel 5, stk. 1. Dermed fungerer fortrydelsesfristen fastsat i FF artikel 4 også som betænkningstid for forbrugeren, hvor det kun er forbrugeren, der kan forkorte denne betænkningstid.

Denne bestemmelse sikrer forbrugeren tilstrækkelig betænkningstid til at kunne sammenligne tilbud inden han træffer sit valg, hvilket er i overensstemmelse med princip nr. 2.

En forbruger, der gør brug af fortrydelsesretten jf. FF artikel 4, er kun forpligtet til at betale for den finansielle tjenesteydelse, som leverandøren *har* ydet inden fortrydelsesretten gøres gældende jf. FF artikel 5, stk. 1. Dette forudsætter, at leverandøren er i stand til at fastsætte prisen for disse ydelser, *inden* aftalen med forbrugeren er indgået.

Hvis leverandøren ikke er i stand til at fastsætte sådanne priser inden aftalens indgåelse, skal forbrugeren kun betale *en del* af den samlede pris for den finansielle tjenesteydelse, der er omfattet af aftalen. Prisen fastsættes da som en forholdsmæssig andel af den samlede pris beregnet som "en forholdsmæssig andel af den samlede pris på grundlag af den tid, der er forløbet mellem tidspunktet for aftalens indgåelse og tidspunktet, hvor forbrugeren gør fortrydelsesretten gældende" jf. FF artikel 5, stk. 1.

Beløbet, der skal betales ved brug af fortrydelsesretten, kan aldrig være så stort, at det kan opfattes som en bod jf. FF artikel 5, stk. 1.

¹⁵⁾ KOM(96)209 (se note 1).

Leverandøren skal oplyse forbrugeren om priserne eller de beløb, der anvendes som basis for udregning af den pris, forbrugeren skal betale, hvis han fortryder aftalen jf. FF artikel 3, litra j. Dette sikrer, at forbrugeren kender de økonomiske følger af at gøre sin fortrydelsesret gældende.

Det er leverandøren, der har bevisbyrden for, at forbrugeren er blevet informeret om og har accepteret grundlaget for udregning af prisen ved fortrydelse. Kan leverandøren ikke løfte denne bevisbyrde, kan han ikke kræve nogen form for betaling fra forbrugeren ved fortrydelse jf. FF artikel 5, stk. 3.

Når forbrugeren gør fortrydelsesretten gældende kan leverandøren modregne sin ydelse udregnet ifølge FF artikel 5 i det beløb, han har modtaget fra forbrugeren ved aftalens indgåelse. Det resterende beløb skal 'snarest muligt og senest i løbet af 30 dage' refunderes forbrugeren jf. FF artikel 5, stk. 3.

Bestemmelserne i FF artikel 5 tjener til at sikre, at fortrydelsesretten garanteret i FF artikel 4 ikke gøres indholdsløs ved at leverandøren kræver for store betalinger for de ydelser, han har ydet inden, forbrugeren gør brug af fortrydelsesretten. Således sikrer bestemmelsen princip nr. 3 om, at forbrugeren skal have en fortrydelsesret. I og med at leverandøren skal oplyse om grundlaget for udregning af prisen ved brug af fortrydelsesretten, kan forbrugeren sammenligne disse udregningsgrundlag med andre tilbud, inden han indgår aftalen, hvilket svarer til principperne nr. 1 og 2.

3.5. Indisponibel tjenesteydelser – artikel 8¹⁶⁾

Hvis ydelsen omfattet af aftalen er helt eller delvist indisponibel skal leverandøren straks underrette forbrugeren herom jf. FF artikel 8, stk. 1. Forbrugeren skal straks have hele sit erlagte beløb tilbage, hvis ydelsen er fuldstændig indisponibel.

Hvis den finansielle ydelse kun er delvis disponibel, kan aftalen kun gennemføres, hvis både forbrugeren og leverandøren er enige heri jf. FF artikel 8, stk. 2. I så fald kan leverandøren tilbageholde et beløb for den del af ydelsen, der er leveret, fra det beløb han skal tilbagelevere til forbrugeren jf. FF artikel 8, stk. 3.

Denne bestemmelse giver retningslinier for de tilfælde, hvor aftalen ikke kan fuldbyrdes pga. at tjenesteydelsen ikke er disponibel. Således forfølger bestemmelsen overordnede målsætninger om aftalers gennemførelse og er ikke et særligt udtryk for ét eller flere af de bagvedliggende principper.

¹⁶⁾ FF artikel 6 og 7 er ophævet ved ændringsforslaget.

3.6. Betaling med kort – artikel 8a

Når en forbrugers betalingskort er anvendt svigagtigt, skal forbrugeren kunne få annulleret disse betalinger jf. FF artikel 8a. Det anføres, at forbrugeren i disse tilfælde skal have ”krediteret eller refunderet de foretagne indbetalinger”. Det anføres ikke direkte, om det er kortudstederen eller leverandøren, der skal sørge for, at forbrugeren i disse tilfælde får sine penge igen. Ordet ’kreditere’ synes at henvise til kortudstederen, der har adgang til at kreditere beløbet på forbrugers konto. Og ordet ’refundere’ synes at henvise til leverandøren, der kan give forbrugeren pengene tilbage. Derfor antages her, at det er op til medlemsstaterne at bestemme om det er kortudsteder, leverandøren, eller begge der er ansvarlige for at forbrugeren får sine penge tilbage.

Denne bestemmelse går videre end principperne nr. 1, 2 og 3 med fokus på forbrugers rettigheder, idet denne bestemmelse ikke angår selv aftalen mellem leverandøren og forbrugeren. Bestemmelsen angår derimod generelt svigagtig anvendelse af betalingskortet ved betaling af tjenesteydelser. Og det uanset hvem der har udført den svigagtige anvendelse.

3.7. Tilbagesendelse af originaler – artikel 8b

Når forbrugeren gør brug af fortrydelsesretten i FF artikel 4 eller når der er tale om en indisponibel tjenesteydelse ifølge FF artikel 8, er forbrugeren forpligtet til at sende leverandøren alle originaler vedrørende aftalen, som er forsynet med leverandørens underskrift, tilbage til leverandøren jf. FF artikel 8b. Formålet med bestemmelsen er at beskytte leverandøren imod svig i de tilfælde hvor aftalen ophører eller ændres væsentligt.¹⁷⁾

3.8. Forbud mod levering uden forudgående bestilling – artikel 9

I FF artikel 9 anføres:

FF artikel 9:

”Med forbehold af medlemsstaternes retsregler vedrørende stiltiende forlængelse af kontrakter, når retsreglerne tillader en sådan stiltiende forlængelse, træffer medlemsstaterne de nødvendige foranstaltninger for, at:

- forbyde levering af finansielle tjenesteydelser til en forbruger, uden forudgående anmodning herom fra forbrugers side, når denne levering indebærer en anmodning om omgående eller senere betaling

¹⁷⁾ KOM(96)209 (se note 1), ’Begrundelser’ om artikel 8b.

- fritage forbrugeren for enhver forpligtelse i tilfælde af uanmodet levering, idet forbrugeren manglende svar ikke er ensbetydende med samtykke.”

Hovedreglen er således, at det er forbudt at levere fjernsalg af finansielle tjenesteydelser, hvis forbrugeren ikke selv har bedt herom. Forbrugeren skal have foretaget en aktiv handling for, at han kan anses for at have fremsendt en anmodning om at modtage levering, idet forbrugeren tavshed ikke kan anses for samtykke til at indgå aftale om levering af fjernsalg af finansielle tjenesteydelser.¹⁸⁾

Denne regel sikrer principperne nr. 1 og 2, hvorefter en forbruger skal have mulighed for at gennemgå aftalen og sammenligne tilbud før indgåelse af aftalen. Dette er ikke muligt, hvis leverandøren kan levere uden forbrugeren forudgående samtykke.

Hovedreglen om samtykke før levering gælder dog ikke ved stiltiende fornyelse af aftaler, der er indgået gyldigt. Det er de nationale regler i medlemsstaterne, der er af betydning ved afgørelse af, hvornår der foreligger en stiltiende forlængelse. Da der kan være forskellige regler herfor i de enkelte medlemsstater, sikrer dette ikke en ensartet anvendelse af reglerne i forslaget.

Der tages ikke i forslaget stilling til, om det skal være reglerne i leverandørens hjemland eller værtsland (forbrugeren bopælsland), der skal være gældende for afgørelse af om der foreligger en stiltiende forlængelse af aftalen. Idet formålet med direktivforslaget er at beskytte forbrugere ved fjernsalg af finansielle tjenesteydelser, er der stor sandsynlighed for, at værtslandet vil kræve at leverandøren skal opfylde reglerne i værtslandet gældende for stiltiende fornyelse af aftaler. Som konsekvens heraf skal leverandøren opfylde reglerne herfor både i sit hjemland og i værtslandet. Dette fører særligt til en begrænsning af princip nr. 5 om, at leverandøren skal kunne anvende det indre markeds åbne grænser fuldt ud

3.9. Uopfordrede henvendelser – artikel 10

FF artikel 10 angår uanmodede henvendelser fra leverandøren til forbrugeren. Det anføres herom:

”1. Anvender leverandøren følgende teknikker, forudsætter det, at forbrugeren forinden har givet tilsagn hertil:

- *automatiske opkaldssystemer* uden menneskelig medvirken (opkaldsautomat)
- fax

¹⁸⁾ KOM(98)468 (se note 2), 'Begrundelser', side 16.

2. Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at anvendelse af andre fjernkommunikationsteknikker end dem, der er omhandlet i stk. 1, og som muliggør individuelle henvendelser:

ikke er tilladt, hvis de berørte forbrugeren ikke har givet tilsagn hertil eller kun kan anvendes, hvis forbrugeren ikke udtrykkeligt har modsat sig det.”¹⁹⁾

Således er anvendelse af ’automatiske opkaldssystemer’ helt forbudt uden forbrugers forudgående samtykke hertil (’opt-in’). Derimod kan medlemsstaterne vælge, at det skal være tilladt at anvende ’andre kommunikationsteknikker’ til uanmodede henvendelser, medmindre forbrugeren ’udtrykkeligt har modsat sig det’ (’opt-out’) jf. stk. 2, litra b.

’Opt-in’ begrænser klart markedsføringsmulighederne betydeligt mere end ’opt-out’. Da ’opt-in’ er gældende ved brug af ’automatiske opkaldssystemer’, og ’opt-out’ kun er en mulighed for ’andre fjernkommunikationsteknikker’, er det vigtigt at sondre mellem disse to kategorier af teknikker.

Sondringen mellem de teknikker, der er omfattet af reglerne i stk. 1 og 2 bygger på begrebet ’automatiske opkaldssystemer’, idet ’andre fjernkommunikationsteknikker’ er residualgruppen af kommunikationsteknikker. Reglerne i stk. 2 er således gældende for alle andre fjernkommunikationsteknikker, end de der er omfattet af stk. 1.

Der gives hverken i forslaget eller i Kommissionens publicerede begrundelser for direktivforslaget nogen vejledning i eller uddybning af, hvad der skal forstås ved ’automatiske opkaldssystemer’. Ifølge ordlyden i FF artikel 5, stk. 1 er ’automatiske opkaldssystemer’ ”opkaldssystemer uden menneskelig medvirken (opkaldsautomat)”. Det primære, ved fastlæggelsen af om en bestemt kommunikationsteknik er omfattet af stk. 1, er således, om der er ’menneskelig medvirken’ eller ej.

Den menneskelige medvirken refererer specifikt til *anvendelsen* af opkaldssystemet. Det synes vanskeligt at forestille sig en kommunikationsteknik, hvor der ikke indgår en eller anden menneskelig medvirken for, at henvendelsen kan sendes til forbrugeren. Således skal opkaldssystemet til eksempel startes og programmeres af mennesker.

Idet telefax specifikt er nævnt som en kommunikationsteknik omfattet af stk. 1 formodes her, at der ved kravet om menneskelig medvirken forstås medvirken til selve leveringen. Dette betyder, at automatiske opkaldssystemer omfatter brug af Internet og andre netværk til kommunikation. Derimod vil anvendelse af eksempelvis telefon og brev som kommunikationsteknik ikke være omfattet af stk. 1, men derimod af bestemmelserne i stk. 2.

¹⁹⁾ Mine fremhævelser

Det vil i første omgang være de nationale domstole, der skal tage stilling til forståelsen af 'automatiske opkaldssystemer'. Den upræcise angivelse af hvilke kommunikationsteknikker, der er omfattet af stk. 1, giver ikke god sikring af, at FF artikel 5 anvendes ens i alle medlemsstater.

I direktivforslaget tages ikke stilling til, om det er reglerne i leverandørens hjemland eller værtsland (forbrugers bopælsland), der skal gælde for, om leverandøren jf. artikel 5, stk. 2 må henvende sig uanmodet, indtil forbrugeren ikke udtrykkeligt har modsat sig dette. Idet formålet med direktivforslaget er at sikre forbrugeren, antages her, at det er reglerne i forbrugers bopælsland (leverandørens værtsland), der er gældende.

Hvis der i nogle medlemsstater er valgt en 'opt-in'-model, skal leverandøren ved henvendelse til forbrugere i disse medlemsstater overholde disse krav – uanset om der i leverandørens hjemland gælder en 'opt-out'-model. 'Opt-in'-modellen er mere begrænsende for leverandørens muligheder for markedsføring end 'opt-out'-modellen. Således begrænses mulighederne for leverandører af fjernsalg af finansielle tjenesteydelsers til at markedsføre sine ydelser uhindret i hele EU. Dette er imod princip nr. 4 om, at leverandører skal kunne markedsføre sine tjenester uden hindring, og imod princip nr. 5 om at leverandøren skal kunne anvende det indre markeds åbne grænser fuldt ud.

Hvis leverandøren anvender telefon som fjernkommunikationsmiddel, skal han ved begyndelsen af enhver samtale med en forbruger angive sin identitet og det kommercielle formål med henvendelsen jf. FF artikel 10, stk. 4.

Medlemsstaterne skal sikre at der fastsættes passende sanktionsmidler ved leverandørens overtrædelse af bestemmelserne i FF artikel 10, stk. 5.

3.10. Bestemmelsernes ufravigelige karakter – artikel 11

Forbrugeren kan ikke give afkald på de rettigheder, som gives ham ifølge direktivforslaget jf. FF artikel 11, stk. 1. Der er således tale om beskyttelsespræceptive regler.

Forbrugers rettigheder ifølge forslaget er også præceptive, hvis kontrakten er omfattet af lovgivningen i et tredjeland, *når* forbrugeren er bosiddende i EU, *og når* kontrakten har en nær tilknytning til EU jf. FF artikel 11, stk. 3.

FF artikel 11 søger ikke at fremme nogle principper frem for andre, men er vigtig for at give bestemmelserne i direktivforslaget effekt.

3.11. Søgsmål og klagemål – artikel 12

I FF artikel 12 søges sikret, at forbrugeren har egnede og effektive søgsmåls- og klagemuligheder ved opståede tvister mellem forbrugeren og leverandører

af fjernsalg af finansielle tjenesteydelser. Dette kan både sikres ved let adgang til etablerede domstole i medlemsstaterne (indenretlig bilæggelse), eller ved at medlemsstaterne åbner mulighed for afgørelse af tvisterne i særlige organer oprettet til dette formål (udenretlig bilæggelse).

Medlemsstaterne skal sikre, at afgørelser truffet ved både indenretlige og udenretlig bilæggelse medfører, at leverandørerne stopper med enhver fremgangsmåde, der er imod direktivforslagets bestemmelser jf. FF artikel 12, stk. 4.

Bestemmelserne i FF artikel 12 sikrer, at forbrugerne har god mulighed for, at der tillægges effekt til deres rettigheder.

3.12. Udenretlig bilæggelse – artikel 12a

Hvis medlemstaterne vælger at oprette særlige organer (offentlige eller private) til udenretlig bilæggelse af tvister, skal disse organer tilskyndes til at samarbejde med tilsvarende organer i andre medlemsstater ved grænseoverskridende tvister jf. FF artikel 12a.

Formålet med bestemmelsen i FF artikel 12a er at lette den udenretlige bilæggelse af grænseoverskridende tvister. Et muligt samarbejdsområde kan være, at en forbruger har mulighed for at anlægge sag ved et udenretligt organ til bilæggelse af tvister i den pågældendes bopælsland. Dette organ skal i så fald rette henvendelse til det tilsvarende organ i leverandørens hjemland. Dermed undgås den situation, at forbrugeren selv skal anlægge sag i en anden medlemsstat.²⁰⁾

Dette må anses som et vigtigt område til at fremme elektronisk handel, da netop forbrugeren vil have svært ved at anlægge sager i udlandet og dermed stå svagt ved tvister med udenlandske leverandører. Hvis forbrugeren ikke søges sikret ved udenlandske tvister, vil forbrugeren dermed være bedre sikret ved tvister overfor indenlandske leverandører, hvilket kan hæmme forbrugers lyst til at acceptere tilbud udbudt af leverandører i andre lande. Disse bestemmelser fremmer derfor princip nr. 4 og 5, om at leverandøren skal kunne markedsføre tjenesteydelser uden hindring, samt anvende det indre markeds åbne grænser fuldt ud.

3.13. Bevisbyrde – artikel 13

Leverandørens bevisbyrde fremgår af FF artikel 13. Ifølge denne bestemmelse har leverandøren bevisbyrden for, at leverandøren har opfyldt sin forpligtelse

²⁰⁾ KOM(98)468 (se note 2), 'Begrundelser', side 18.

til *at* informere forbrugeren, *at* forbrugeren har givet sit samtykke til aftalens indgåelse *og at* forbrugeren har givet sit samtykke til aftalens fuldbyrdelse.

Denne bestemmelse er ligesom FF artikel 11 og 12 til for at sikre, at de øvrige regler fremsat i forslaget udøves på rette vis.

4. Konklusion

Analysen af bestemmelserne i direktivforslaget om fjernsalg af finansielle tjenesteydelser viser, at principperne nr. 1, 2 og 3 med fokus på forbrugers rettigheder er fremmet betydeligt. Dette er særlig sket ved bestemmelserne i FF artikel 3 om forbrugeroplysning, FF artikel 3a om kontraktvilkår på et varigt medium, FF artikel 4 om fortrydelsesret og betænkningstid, FF artikel 5 om afregning ved brug af fortrydelsesret og FF artikel 9 om forbud mod levering uden forudgående anmodning. Ved disse bestemmelser er forbrugeren til fulde sikret på de områder, disse principper vedrører.

Forbrugeren er desuden sikret ud over områderne dækket af principperne nr. 1, 2 og 3 vedrørende svigagtig anvendelse af forbrugers betalingskort.

Hovedformålet med direktivforslaget er at sikre forbrugeren visse rettigheder ved fjernsalg af finansielle tjenesteydelser. Og Kommissionen har fremført forslaget på baggrund af, at Kommissionen mente, at forbrugeren ikke var tilstrækkeligt sikret på de områder, der er anført under principperne nr. 1, 2 og 3. Set i lyset heraf er det ikke overraskende, at direktivforslagets bestemmelser dækker disse tre principper.

Principperne nr. 4, 5 og 6 med fokus på forhold vedrørende leverandører er anført som ligeværdige principper bag reglerne i forslaget. Disse principper er imidlertid ikke sikret fuldt ud i forslaget:

Bestemmelsen om at leverandøren kun skal overholde fortrydelsesfristerne gældende i sit hjemland jf. FF artikel 4, stk. 1.

Bestemmelsen om samarbejdet mellem udenretlige organer i de enkelte medlemsstater jf. FF artikel 12a fremmer princip 4 og 5 om, at leverandøren skal kunne markedsføre tjenesteydelser uden hindring, samt anvende det indre markeds åbne grænser fuldt ud. Dette er en konsekvens af, at forbrugeren sikres ved grænseoverskridende tvister.

Princip nr. 6 om, at leverandøren skal kunne indgå aftaler med forbrugere vedrørende fjernsalg, sikres som konsekvens af, at reglerne for aftaleindgåelse med forbrugere fastsættes i reglerne, der sikrer indførelsen af principperne nr. 1, 2 og 3.

Der er imidlertid bestemmelser i direktivforslaget, som går direkte imod principperne nr. 4, 5 og 6. Dette er:

Bestemmelsen i FF artikel 4 vedrørende 'illoyale' opfordringer, da der ikke gives retningslinier for forståelsen af dette begreb.

Bestemmelsen i FF artikel 5 om stiltiende forlængelse af aftalen, idet leverandøren skal opfylde regler i både hjemland og værtsland.

Bestemmelsen i FF artikel 10 om valg af 'opt-in'- eller 'opt-out'-modeller, idet medlemsstaterne frit kan vælge hvilken model, der skal være gældende. Områderne i forslaget, der går imod principperne med særligt fokus på leverandørers forhold, synes betydeligt mere centrale for leverandørers virksomhed end de bestemmelser, der fremmer principperne. Principperne nr. 4, 5 og 6 synes derfor at være udskudt til eventuel senere behandling.

Der er ingen tvivl om, at hovedfokus for direktivforslaget er forbrugerenes beskyttelse. De tilfælde hvor principperne nr. 4, 5 og 6 er derfor hovedsageligt fremmet på de områder, hvor dette er en konsekvens af, at principperne nr. 1, 2 og 3 gennemføres.

EU standard og mærke i produktinformationen, belyst ved to produktområder

af
Elisabeth Thuesen

1. Indledning

1.1. Behov for produktinformation

Til gennemførelse af fri bevægelighed for produkter i EU er det nødvendigt, at medlemslandene er enige om grundlæggende produktkrav, således at produkterne ikke bliver mødt med nationale krav, der udgør tekniske handelshindringer og diskriminerer andre medlemslande. Dertil kommer, at industrialiserede og højteknologiske produkter ikke umiddelbart kan gennemskues. Produkternes generelle egenskaber og kvalitet skal kunne anskueliggøres over for købere og brugere, der ikke besidder særlig indsigt om produktet. Kravene til information er især rettet dels mod produkternes sikkerhed, dels mod oplysning om produkternes brugbarhed til forebyggelse af vildledning herom. Formidlingen skal være enkel, direkte og pålidelig. Til opfyldelse af disse behov har der udviklet sig vidt forskellige systemer til information, lige fra den enkelte virksomheds eller branches mærkning af egne produkter til styring på europæisk plan ved lovharmonisering og standardisering af krav til kategorier af produkter. Området er blevet stadig mere uoverskueligt i takt med udvikling af nye produkter. Samtidig stilles der stigende krav til art og omfang af informationen.

1.2. Fremstillingens formål

I denne fremstilling illustreres ved hjælp af to udvalgte produktgrupper, henholdsvis maskiner og levnedsmidler, hvorledes behovet for produktinformation om sikkerhed og brugbarhed søges imødekommet. Fremgangsmåderne til information om og kontrol med disse produkter har udviklet sig forskelligt, men tilsammen kan de afspejle de igangværende aktiviteter inden for området for produktkrav i almindelighed. Fremstillingen begrænser sig til fortrinsvis at behandle varer fremfor tjenesteydelser. Det geografiske område vedrører

EU. Til illustration af nationale forhold anvendes reguleringen i Danmark.

Det undersøges, hvorledes der informeres om produkter på et neutralt grundlag med hensyn til sikkerhed og brugbarhed, dels ved at udbyde standardiserede produkter, dels ved at forsyne produkter med mærker, hvis betydning er fastlagt på et uvildigt grundlag efter bestemte regler. På dette grundlag vurderes det, i hvilket omfang denne produktinformation er hensigtsmæssig og fyldestgørende for købere og brugere af produktet.

2. Fastlæggelse af begreber

Produktinformation baseres på udarbejdelse af kriterier for art og omfang af informationen.

Opstilling af sådanne krav foregår inden for fastlagte rammer både på EU plan og nationalt. Der opstilles ikke kvalitetskrav i bred forstand. Det er overladt til producenten selv at fastlægge varekvaliteten inden for de fastlagte rammer.

2.1. EU harmonisering

Ved harmonisering foretages en tilnærmelse af medlemsstaternes nationale regler, således at der indføres et fælles niveau for reglernes indhold og virkninger. Der kan ikke indføres nye, ukendte regler, som ikke findes i national ret i noget medlemsland. Tilpasningen af reglerne til de enkelte medlemslandes ret afhænger af de nationale lovgivningsprocedurer og retstraditioner. Det almindelige grundlag for harmonisering findes i den gældende Traktat om etablering af Det Europæiske Fællesskab art. 94 - 95 (tidligere art. 100 - 100a). Området behandles nedenfor i afsnit 3.1.

2.2. Standard

En standard kan fastlægges på EU plan eller nationalt.

En standard fastlægger kriterier for de krav, der kan stilles til produktet, herunder sikkerhed og brugbarhed.

En varestandard kan fastlægges af en virksomhed eller brancheorganisation, hvorefter der foreligger en privat standard baseret på markedsforholdene, en såkaldt industriel standard, der alene binder dem, som har tilsluttet sig til den. En standard kan også fastsættes af et europæisk eller nationalt anerkendt organ på et offentligt grundlag¹⁾.

¹⁾ Nedergaard s. 19 og s. 22.

I EU direktiv 98/48 om en informationsprocedure²⁾ art. 1 nr. 6 defineres en standard som "en specifikation, som er godkendt af et anerkendt standardiseringsorgan til gentagen eller konstant anvendelse, men hvis overholdelse ikke er obligatorisk"³⁾. En lovgivningsmæssig standard kan være udformet med udgangspunkt i en industriel standard, der af det internationale organ ISO⁴⁾ defineres som fastlæggelse af de egenskaber, der kræves af et produkt som for eksempel niveauet for kvalitet eller egnethed til anvendelse, sikkerhed, størrelsesforhold, herunder forskrifter med hensyn til terminologi, symboler, prøvninger og prøvningsmetoder, emballage, mærkning og etikettering⁵⁾. Disse standarder er rettet mod distributionen til lettelse af samhandelen og fremme af den fri bevægelighed, hvilket er området for denne fremstilling⁶⁾. Standarder kan også vedrøre produktionsleddet ved at fastlægge fremgangsmåder for fremstilling. Også denne type standarder vil kunne berøre distributionsleddet, da fremstillingsforløbet er afgørende for den færdige vares sikkerhed og egenskaber. Der er således ikke noget skarpt skel mellem de forskellige kategorier af standarder. I denne fremstilling behandles den lovgivningsmæssige standardisering, der som led i lovharmoniseringen til fremme af fri bevægelighed foranstaltes af EU med henblik på at fastlægge et ensartet niveau for produkternes sikkerhed og funktionsdygtighed.

²⁾ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 22.6.1998 om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter samt forskrifter for informationssamfundets tjenester (98/34), som ændret ved direktiv 98/48. Direktiv 98/34 findes i EFT 1998 L 204 s. 37, ændringsdirektivet 98/34 findes i EFT 1998 L 217 s. 18. Se det direktivets konsoliderede tekst EU Karnov s. 1058.

³⁾ Nedergaard s. 23.

⁴⁾ ISO er en forkortelse af: International Organization for Standardization.

⁵⁾ Nedergaard s. 24.

⁶⁾ Nedergaard s. 25 sonder mellem konstruktionsstandarder, som tager sigte på, at der fremstilles ensartede produkter under anvendelse af de samme materialer, fremstillingsmåde, sammensætning mv., og funktionsstandarder, som angiver de egenskaber, produktet skal have, uanset hvordan det er fremstillet. Hovedvægten i EU lægges på funktionsstandarder.

2.3. Mærke

I Forbrugerstyrelsens redegørelse "Mærkning"⁷⁾ defineres et mærke som "symbol, tekst eller kombinationer heraf, der indeholder én eller flere informationer om én eller flere egenskaber ved et produkt. Informationerne skal være rettet til den danske forbruger og optræde på produktet. Evt. tekst skal være på dansk, svensk eller norsk. Ved produkt forstås vareindhold og/eller emballage samt tjenesteydelser i form af garanti eller eftersalgsservice ved køb af en vare". Mærket kan således optræde som et rent symbol, der formidler information, eller mærket kan være forsynet med ledsagende tekst eller bestå af bestemte oplysninger om produktet.

Som supplerende kriterier har udvalget fastlagt, at "mærket skal anvendes på mere end et produkt. Der skal være regler for brug eller tildeling af mærket, og det skal være rettet mod forbrugere på det danske marked eller andre omsætningsled, som har brug for klarhed for at kunne opfylde forbrugernes krav mv"⁸⁾.

Udvalget har søgt at adskille mærket fra varemærket, der ikke beregnet til at informere om bestemte egenskaber, men som forbinder varen med dens producent og tilsigter at skabe en positiv holdning vedrørende varen hos køberen og brugeren. Varemærket har således et markedsførings- og reklamemæssigt sigte for virksomheden, som har en retsbeskyttet eneret til at anvende varemærket, når det opfylder bestemte betingelser. Der vil dog ikke være nogen skarp grænse mellem reklame, anprisning og information⁹⁾.

I denne fremstilling behandles alene mærker som defineret af udvalget, dvs. mærker, som ikke er varemærker eller fællesmærker, og som er beregnet til anvendelse på flere produkter og er undergivet bestemte regler. I det omfang symbolmærket er ledsaget af tekst, må der på det danske marked stilles de sproglige krav, som er anført i definitionen ovenfor. Tilsvarende krav må opstilles på andre nationale markeder. Denne fremstilling behandler ikke problemerne om kring sprogkrav i forbindelse med varenes fri bevægelighed mellem forskellige sprogområder. I modsætning til varemærket er mærkerne ikke forbeholdt til anvendelse for bestemte virksomheder eller sammenslutnin-

⁷⁾ "Mærkning". Mærkningsudvalgets redegørelse udgivet af Forbrugerstyrelsen, Erhvervsministeriet, Juli 1999 (forkortet "Mærkning") Redegørelsen findes på Internet under webadresse: <http://www.fs.dk>. På s.16 findes den her anførte definition, som er anvendt i en rapport, der i 1993 er blevet afgivet af en arbejdsgruppe under Justitsministeriet om mærkning rettet til forbrugere.

⁸⁾ Smst.

⁹⁾ Smh. idem s. 17.

ger heraf.

Fremstillingen er ikke udtømmende. Der er foretaget et udvalg af den mærkning, som findes inden for de to produktområder, der behandles.

3. Gennemførelse af harmonisering og standardisering i EU generelt

3.1. Det legale grundlag

Det nugældende traktatgrundlag findes i Traktat om den Europæiske Union (Amsterdam-Traktaten), der blev underskrevet i Amsterdam d. 2. oktober 1997 og trådte i kraft d. 1. maj 1999. Denne traktat indeholder Traktat om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, her forkortet TEF. Da en del af de bestående artikler har fået nye numre ved ændring af den hidtidige unionstraktat, Maastricht-Traktaten, angives her de nugældende artikelnumre og i parentes de tidligere artikelnumre.

TEF art. 3h bestemmer, at Fællesskabets virke skal indebære indbyrdes tilnærmelse af de nationale lovgivninger i det omfang, dette er nødvendigt for det fælles markeds funktion. Rammerne om harmonisering er fastlagt i TEF art. 94 - 95 (tidligere art. 100 - 100A). De almindeligt anvendte regler findes i art. 95, hvorefter der kan træffes foranstaltninger til harmonisering efter reglerne om "fælles beslutningstagen" mellem Rådet og Europa- Parlamentet, jfr. Art. 251, (tidligere art. 189 B)¹⁰⁾. Normalt anvendes direktiver ved harmonisering, men andre former for retsakter kan også vedtages.

Art. 94 omfatter alle produkter. Det samme gælder for art. 95 bortset fra visse områder, der ikke vedrører produkterne i denne fremstilling¹¹⁾. For harmonisering af landbrugsprodukter anvendes desuden art. 37 (tidligere art. 43). Reglerne er ensartede, bortset fra undtagelsesreglerne i art. 95 stk. 4 - 5 om nationale beskyttelsesordninger efter vedtagelse af harmoniseringsforan-

¹⁰⁾ Iflg. art. 94 kan Rådet udstede direktiver om tilnærmelse af nationale bestemmelser, der direkte indvirker på det fælles markeds oprettelse eller funktion, efter høring af Europa-Parlamentet og Det Økonomiske og Sociale Udvalg. Art. 94 adskiller sig således fra art. 95 ved afstemningsreglerne samt ved retsakternes form, da der efter art. 94 kun kan udstedes direktiver, medens art. 95 anvender den bredere betegnelse "foranstaltninger". Desuden anvender art. 94 betegnelsen "fælles marked", hvilket antages at være et bredere begreb end betegnelsen "det indre marked" anvendt i art. 95. I dag anvendes art. 94 mest som en "opsamlingsbestemmelse". Se EU-Karnov, art. 94 note 3-4 og art. 95 note 5.

¹¹⁾ Iflg. art. 95 stk. 2 drejer det sig om fiskale bestemmelser, bestemmelser vedrørende fri bevægelighed for personer og bestemmelser vedrørende ansattes rettigheder og interesser.

staltninger i Fællesskabet. En tilsvarende regel findes ikke i art. 37¹²⁾. Normalt vil levnedsmidler blive harmoniseret på grundlag af art. 95.

Kommissionen fremsætter forslag til harmonisering. Art. 95 stk. 3 bestemmer, at Kommissionens forslag inden for sundhed, sikkerhed, miljøbeskyttelse og forbrugerbeskyttelse skal bygge på et højt beskyttelsesniveau med særlig hensyntagen til ny udvikling baseret på videnskabelige kendsgerninger.

Selv om en harmoniseringsforanstaltning er blevet vedtaget, har en medlemsstat iflg. art. 95 stk. 4 adgang til "at opretholde nationale bestemmelser begrundet i vigtige behov, hvortil der henvises i art. 30 (tidligere art. 36) eller som vedrører miljøbeskyttelse eller beskyttelse af arbejdsmiljøet". Medlemsstaten skal give Kommissionen meddelelse herom og angive grundene til at opretholde de nationale bestemmelser¹³⁾. Kommissionen skal derefter inden for en vis frist, normalt 6 måneder efter meddelelsen, tage stilling til, om den nationale bestemmelse kan opretholdes; har Kommissionen efter udløbet af dette tidsrum ikke truffet nogen afgørelse, betragtes de nationale bestemmelser om godkendt, art. 95 stk. 6.

For at undgå, at medlemslandene indfører nye tekniske handelshindringer, er der ved Direktivet om en informationsprocedure¹⁴⁾ fastlagt en pligt for medlemsstaterne til at underrette Kommissionen om udkast til tekniske forskrifter, hvorefter Kommissionen underretter de øvrige medlemsstater. Harmonisering kan foretages i forskellige former¹⁵⁾. Der kan foreligge total harmonisering, hvorefter både minimums- og maksimumskravene er fastlagt. Det indebærer, at produktet skal opfylde bestemte krav for at kunne markedsføres; samtidig skal produktet opfylde en frihandelsklausul, dvs. have fri adgang til markedet, når disse krav er opfyldt.

Selv om der fastlægges en frihandelsklausul, hvorefter en medlemsstat ikke må forbyde indførsel af produktet på det nationale marked, kan det samtidig være bestemt, at medlemsstaten opretholder strengere nationale krav til

¹²⁾ Se EU-Karnov kapitel 8, Landbrug, pkt. 3.1.

¹³⁾ Endvidere kan en medlemsstat efter vedtagelse af en harmoniseringsforanstaltning iflg. art. 95 stk. 5 "indføre nationale bestemmelser baseret på nyt videnskabeligt belæg vedrørende miljøbeskyttelse eller beskyttelse af arbejdsmiljøet å grund af et problem, der er specifikt for den pågældende medlemsstat". Adgangen til at indføre ny national lovgivning er således snævrere end opretholdelsen af lovgivning og vedrører kun områderne for miljø.

¹⁴⁾ Se note 2.

¹⁵⁾ Eu-Karnov kapitel 22, Harmonisering, pkt. 2.3.1. - 2.3.3.

produktet, som producenterne frivilligt kan vælge at opfylde, en såkaldt optionel harmonisering.

Endeligt kan et produkt alene være undergivet minimumsharmonisering, således at produktet ikke må markedsføres, medmindre det opfylder bestemte krav; men det står en medlemsstat frit for at tillade eller forbyde indførsel af produktet¹⁶⁾.

En detaljeret harmonisering inden for alle retsområder har vist sig umulig at gennemføre. Det blev derfor ved en resolution i 1985¹⁷⁾ besluttet at indføre en ny metode i forbindelse med teknisk harmonisering og vedtagelse af standarder. Herefter skal direktiver inden for disse områder kun fastlægge væsentlige krav af offentlig interesse for sikkerhed, sundhed, forbrugerbeskyttelse og miljøbeskyttelse. De tekniske krav fastlægges derefter under vedtagelse af standarder.

3.2. Standardisering via de europæiske standardiseringsorganer

3.2.1. standardiseringsordningen generelt

På grundlag af den ny metode fastlægges tekniske krav ved et samarbejde mellem de europæiske og nationale standardiseringsorganisationer. Direktivet om en informationsprocedure¹⁸⁾ forpligter medlemsstaterne til at underrette Kommissionen og de europæiske standardiseringsorganisationer i tilfælde af, at en medlemsstat vil indføre eller ændre standarder for industriprodukter, samt underrette Kommissionen om udkast til tekniske forskrifter¹⁹⁾. Direktivet definerer som nævnt ovenfor afsnit 2.2. en standard som en teknisk specifikation, der er godkendt til gentagen eller konstant anvendelse, men hvis overholdelse ikke er obligatorisk, art. 1 nr. 6. En teknisk forskrift er også defineret som en teknisk specifikation samt som et andet krav eller en forskrift vedrørende tjenester. Men det er obligatorisk at overholde forskriften ved markedsføring og levering mv., art. 1, stk. 1, nr. 11.

Udarbejdelsen af standarder foregår på grundlag af en samarbejdsaftale mellem Kommissionen og de europæiske standardiseringsorganisationer, der

¹⁶⁾ Se f. eks. rådsdirektiv 87/357 om produkter, der kan forveksles med andre produkter, EU-Karnov kapitel 22, Harmonisering, pkt. 2.3.3. afsnit 3.

¹⁷⁾ Rådets Resolution af 7.5.1985 om en ny metode i forbindelse med teknisk harmonisering og standarder, EFT 1985 C 136, s. 1, se EU-Karnov kapitel 22, harmonisering, pkt. 2.1.

¹⁸⁾ Se note 2.

¹⁹⁾ Se EU Karnov s. 1058, note 1 til direktivet om en informationsprocedure.

omfatter CEN, CENELEC og visse andre organer²⁰⁾. CEN er en forkortelse af Comité Européenne de Normalisation (Den Europæiske Standardiseringsorganisation). CENELEC (Den Europæiske Komité for Elektronisk Standardisering) er det organ, som fastlægger standarder på området for elektronik. Disse er privatretlige organisationer med hjemsted i Belgien. De er sammensat af de nationale standardiseringsorganer. Den danske organisation Dansk Standard (DS) repræsenterer Danmarks interesser²¹⁾. Også standardiseringsorganer, der repræsenterer europæiske lande uden for EU, er medlemmer af CEN og CENELEC, der således ikke er rene EU-medlemsorganer. De europæiske standardiseringsorganer er medlemmer af det internationale standardiseringsorgan ISO.

Ifølge den ny metode fastlægges kun de væsentlige krav til produkterne i EU ved direktiver. Det drejer sig især om kravene til sikkerhed, sundhed og miljø. Kommissionen udarbejder derefter udkast til standardiseringsarbejdet for det pågældende produkt over overlader arbejdets udførelse til CEN og CENELEC på grundlag af et mandat, der udformes med henblik herpå.

3.2.2. Udarbejdelse og vedtagelse af standarder

Selv arbejdsprocessen udformes af tekniske komitéer under CEN / CENELEC og udføres af arbejdsgrupper, der administreres på nationalt plan af den pågældende stats standardiseringsorgan, i Danmark DS. Arbejdsgrupperne er sammensat af sagkyndige og repræsentanter for offentlige myndigheder samt repræsentanter for erhvervslivet inden for den pågældende produktbranche. De forslag til standarder, der udarbejdes, bliver sendt til høring i medlemslandene, som skal gøre indsigelse inden for visse frister. Den udarbejdede standard skal forelægges for CEN / CENELEC, hvor den vedtages efter afstemning med forskellige stemmевægte. Opnås det fornødne flertal, er den godkendt som europæisk standard²²⁾.

²⁰⁾ EU Karnov s. 1061, note 16 til direktivet om en informationsprocedure. Samarbejdsaftalen mellem CEN, CENELEC og Kommissionen er underskrevet d. 13.11.1984.

²¹⁾ Oplysninger om de europæiske standardiseringsorganer kan hentes på Internettet på adresse: <http://www.cenorm.be/>. Oplysninger om Dansk Standard kan hentes på adressen <http://www.ds.dk>.

²²⁾ Se om det praktiske arbejde og vedtagelse af standarder Nedergaard s. 77 - 90.

3.2.3. Dokumentation for overensstemmelse med standard. CE-mærket.

På de produkter, der er omfattet af en standard, skal der før markedsføring og salg påføres det særlige CE-mærke, hvorved det angives, at produktet formodes at opfylde den pågældende standard. Mærket er et cirkelformet symbolmærke dannet af bogstaverne C og E. Fabrikanten kan vælge, om han vil opfylde kravene ifølge standarden ved at anvende anvisningerne om fremstillingsmåde, komponenter, produktets sammensætning og lignende, eller han på anden måde vil bringe produktet i overensstemmelse med standarden.

4. Standardisering og mærkning af maskiner

4.1. Det legale grundlag

Harmonisering af de nationale regler om maskiner er fastlagt i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 22.6.1998 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om maskiner (98/37)²³⁾, som har ændret det oprindelige direktiv (89/392). I præambelens betragtning nr. 17 udtales, at direktivet fastlægger de væsentlige krav til sikkerhed og sundhed af generel art, suppleret med specifikke krav til visse kategorier af maskiner. De europæiske standardiseringsorganisationer CEN og CENELEC udarbejder harmoniserede europæiske standarder i overensstemmelse med de retningslinier, der er gældende ifølge samarbejdet mellem standardiseringsorganerne og Kommissionen. Direktivets art. 5 stk. 1, sidste afsnit, og stk. 2 indeholder regler om, at i tilfælde, hvor der ikke findes harmoniserede standarder, anvendes nationale standarder, som omfatter væsentlige sikkerhedskrav. Disse standarder lægges til grund, når de er blevet offentliggjort i De Europæiske Fællesskabers Tidende. Der er således tale om gensidig anerkendelse af medlemmernes nationale standarder, indtil harmonisering på europæisk plan er foretaget. Iflg. art. 2 stk. 1 og art. 4 stk. 1 gennemføres der på grundlag af direktivet en totalharmonisering. Det indebærer, at medlemsstaterne ikke kan lægge hindringer i vejen for markedsføring og ibrugtagning af maskiner, som opfylder direktivets bestemmelser, og at der ikke må opstilles nationale strengere eller mildere regler. Dog kan en medlemsstat inden for rammerne af direktivet fastsætte regler for at sikre beskyttelse af personer og især arbejdstagere, art. 2. stk. 2.

²³⁾ EFT 1998 L 207 s. 1. Maskindirektivet er implementeret i dansk ret ved bkg. 1994 nr. 561 om indretning af tekniske hjælpemidler m. ændr. v. bkg. 1995 nr. 669 og bkg. 1998 nr. 831.

4.2. Maskindirektivets område

Maskindirektivet omfatter maskiner, en samling af maskiner, udskifteligt udstyr og sikkerhedskomponenter. En nærmere definition er fastsat i art. 1 stk. 1 - 2. Art. 1 stk. 3 fastlægger en række undtagelser fra anvendelse af direktivet. Det gælder maskiner, hvis eneste energikilde er den menneskelige kraft, bortset fra maskiner til at løfte byrder, samt medicinsk udstyr, skydevåben, køretøjer og påhængsvogne samt elevatorer og forskellige andre kategorier af maskiner.

4.3. Mærkning af maskiner

Maskinens overensstemmelse med direktivets krav, som indeholdes i de vedtagne standarder, dokumenteres ved at forsyne maskinen med CE-mærkning ledsaget af en EF-overensstemmelseserklæring, art. 5 stk 1. Art. 10 bestemmer, at mærket består af bogstaverne C og E og henviser til bilag III vedrørende den model, der skal anvendes.

Direktivets ordning er nærmere fastsat i art. 8. Producenten udformer en fabrikanterklæring, som på anmodning skal kunne fremlægges. Det indebærer, at fabrikanten udarbejder et dossier om maskinen og afgiver en EF-overensstemmelseserklæring ud fra retningslinier, som er fastlagt i bilagene til direktivet for forskellige arter af maskiner. Er der tale om farlige maskiner såsom rundsav og lignende, og har fabrikanten ikke har overholdt standarden, skal der foretages typeafprøvning af maskinen. Ellers er fabrikantens egen erklæring tilstrækkelig. Når der en gang er foretaget typeafprøvning af maskinen, kan der efterfølgende afgives af EF-fabrikanterklæring. På dette grundlag anbringer fabrikanten selv CE-mærket på maskinen, hvorefter den formodes at opfylde direktivets bestemmelser. Det er fabrikanten, som afgør, om der er behov for yderligere undersøgelser og attestering, jfr. præambelns betragtning nr. 20.

Reglerne om mærkning og fabrikanterklæring gælder ikke blot for selve maskinerne, men også for sikkerhedskomponenter. De omfatter endvidere udskifteligt udstyr, der ændrer en maskines funktion, og som markedsføres med henblik på, at den, der bruger maskinen, selv foretager sammenkobling. Undtaget herfra er reservedele og værktøj, art. 1, stk. 2, litra a, andet led.

I tilfælde, hvor fabrikanten eller hans repræsentant ikke har opfyldt forpligtelserne til mærkning og fabrikanterklæring, påhviler forpligtelserne den, der markedsfører maskinen eller sikkerhedskomponenten, hvilket normalt er forhandleren, jfr. art. 8 stk. 7. De samme forpligtelser gælder for dem, som samler maskiner eller dele af maskiner eller sikkerhedskomponenter af

forskellig oprindelse, også hvis de kun samler maskinen til eget brug.

Reglerne gælder derimod ikke for den, der tilkobler udskifteligt udstyr til en maskine eller traktor, når delene passer sammen, og de enkelte dele er forsynet med CE-mærkning og er ledsaget af fabrikantertilklæring, jfr. art. 8 stk. 7. Det indebærer for eksempel, at en landmand, som køber en landbrugsmaskine som samlesæt, ikke behøver at sikre sig, at direktivets krav er opfyldt, når han tager maskinen i brug. Men hvis han sammensætter en maskine af dele fra forskellige maskiner, er han forpligtet, selv om han kun samler den til eget brug i sin landbrugsbedrift.

4.4. Sanktioner ved manglende opfyldelse af krav i relation til mærkning

Hvis en medlemsstat konstaterer, at en maskine med CE-mærkning vil kunne frembyde fare for personers, husdyrs eller goders sikkerhed, trækkes den tilbage, ligesom det forbydes at markedsføre den og tage den i brug, jfr. art. 7, stk. 1. Viser det sig, at en CE-mærket maskine ikke er i overensstemmelse med standarderne, skal den kompetente medlemsstat træffe de fornødne foranstaltninger over for dem, der har foretaget mærkningen eller udarbejdet erklæringen, samt underrette Kommissionen og de øvrige medlemsstater, art. 7 stk. 2. Fabrikanten er forpligtet til at sørge for, at maskinen bringes i overensstemmelse med direktivets bestemmelser, art. 10, stk. 4.

4.5. Anden mærkning

Foruden CE-mærkning, som er obligatorisk, kan der anbringes andre mærker på maskinen, se herom nedenfor punkt 6. Miljømærkning og mærkning med varefakta er frivillig, medens energimærkning er obligatorisk.

5. Mærkning og betegnelse af levnedsmidler

5.1. EU regulering gennemført i dansk ret

Levnedsmidler er underlagt harmonisering, som normalt foretages på grundlag af art. 95. Der foretages ikke standardisering af levnedsmidler efter den ny metode. Iøvrigt kan levnedsmidler harmoniseres på grundlag af art. 37 (tidl. Art. 43).

5.1.1. Generelle mærkningskrav

EU har ved *mærkningsdirektivet* (79/112)²⁴⁾ fastlagt almindelige regler om mærkning af levnedsmidler, herunder krav til mærkning af færdigpakkede levnedsmidler. Direktivet fastslår princippet om, at mærkningen ikke må være af en sådan art, at den vildleder køberen. Levnedsmidlet må ikke tillægges bestemte egenskaber, f. eks. sygdomsforebyggelse. Direktivet m. senere ændringer er gennemført i dansk ret ved bkg. om mærkning af levnedsmidler nr. 598 af 14.8.1998, som omfatter levnedsmidler bestemt til salg inden for EU. Visse levnedsmidler, der er underlagt andre bestemmelser, er undtaget fra dele af bekendtgørelsen. Iflg. § 16 skal levnedsmidler være forsynet med en varebetegnelse, som enten kan være fastsat af EU eller være den nationalt fastsatte eller sædvanligt anvendte betegnelse. Færdigpakkede levnedsmidler skal mærkes med oplysninger om identifikation, fabrikantnavn og oprindelsessted, varebetegnelse, sammensætning, nettoindhold og holdbarhed. Det er tilladt for producenten frivilligt at anføre flere oplysninger²⁵⁾. Der er således foretaget en optionel harmonisering af nationale regler.

Mærkning om *næringsdeklaration af færdigpakkede levnedsmidler* er fastlagt ved direktiv 90/496, gennemført i dansk ret v. bkg. nr. 198 af 20.3.1992 om næringsdeklaration mv. af færdigpakkede levnedsmidler, m. senere ændringer. Det er frivilligt at mærke med næringsdeklaration. Dog gælder, at såfremt der foretages en ernæringsmæssig anprisning, er næringsdeklaration obligatorisk. Der skal oplyses om indholdet af energi, protein, kulhydrat, fedt, sukkerarter, fedtsyrer, kostfibre og natrium²⁶⁾.

Forordning 258/97 om nye levnedsmidler²⁷⁾, "Novel Foods Forordningen", fastlægger regler for *levnedsmidler, hvor råvarerne er genetisk modificeret*. Forordningen er gennemført i dansk ret ved lov nr. 471, 1998, som i § 12 bemyndiger fødevareministeren til at fastsætte regler om godkendelse. Det er forordningens formål at sikre fri bevægelighed efter godkendelse på grundlag

²⁴⁾ Rådets direktiv 79/112 af 18.12.1978 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om mærkning af og præsentationsmåder for levnedsmidler samt om reklame for sådanne levnedsmidler, EFT L 33, 1979, s. 1. Direktivet er senest ændret v. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/4 af 27.1.1997, EFT L 43, 1997, s. 21.

²⁵⁾ Mærkning s. 39 - 41.

²⁶⁾ Mærkning s. 41.

²⁷⁾ Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 27.1.1997 om nye levnedsmidler og nye levnedsmiddelingredienser (258/97), se EU-Karnov s. 1094 samt note 1 til forordningen.

af en enkelt sikkerhedsvurdering i EU, udført ved en fællesskabsprocedure. De pågældende levnedsmidler må ikke udgøre fare for forbrugerne, være vildledende eller være ernæringsmæssigt uheldige ved normal indtagelse i stedet for de traditionelle levnedsmidler. Art. 8 bestemmer, at disse levnedsmidler udover de iøvrigt gældende krav til mærkning som supplerende krav skal påføres informationer om f. eks. sammensætning, næringsværdi og påtænkt anvendelse samt andre karakteristika, der kan have betydning i relation til forbrugernes sundhed.

5.1.2. Beskyttede betegnelser

Et produkts betegnelse for oprindelse eller geografisk tilknytning har fra gammel tid været anvendt på nationalt plan som udtryk for kvalitet og angivelse af bestemte positive egenskaber. Samtidig med, at harmonisering gør en række varearter ensartede ved krav til fremstilling, sammensætning og ingredienser, har EU imødekommet nationale ønsker om en diversificering af produkterne. Der er indført regler om beskyttelse dels af geografiske betegnelser og oprindelsesbetegnelser, dels af traditionelle specialiteter inden for levnedsmiddelområdet.

*Rådets forordning (2081/92) om beskyttelse af geografiske betegnelser og oprindelsesbetegnelser for landbrugsvarer og levnedsmidler*²⁸⁾ fastlægger regler om registrering af betegnelser. Forordningen gælder for landbrugsprodukter og levnedsmidler, for hvilke der er en sammenhæng mellem produktets eller levnedsmidlets kendetegn og dets geografiske oprindelse. Forordningen omfatter ikke vin og spiritus²⁹⁾.

Ved geografisk betegnelse og oprindelsesbetegnelse forstås iflg. art. 2 et område, et bestemt sted eller evt. et land, der betegner et landbrugsprodukt eller et levnedsmiddel, som har oprindelse i det pågældende område, sted eller land, og hvis egenskaber hovedsageligt eller fuldstændigt kan tilskrives det geografiske miljø med dets naturbetingede og menneskelige faktorer, og som er fremstillet, forarbejdet og tilvirket i området. Som oprindelsesbetegnelser

²⁸⁾ Rådets forordning af 14.7.1992 om beskyttelse af geografiske betegnelser og oprindelsesbetegnelser for landbrugsprodukter og levnedsmidler (2081/92), EFT L 1992, 208 s. 1. Forordningen er ændret ved rådsforordning 535/97, EFT L 1997, 83 s.3.

²⁹⁾ Se forordningen art. 1.stk. 2.

Iøvrigt bestemmes det i forordningen art. 1. stk. 3 nr. 3, at Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/48 af 22.6.1998 (tidligere direktiv 83/189 af 28.3.1983) om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og forskrifter ikke gælder for oprindelsesbetegnelser eller geografiske betegnelser, der er omfattet af denne forordning.

anses desuden visse traditionelle, evt. geografiske, betegnelser, som bæres af et landbrugsprodukt eller et levnedsmiddel med oprindelse i et område eller et sted, og som iøvrigt opfylder de ovennævnte betingelser for oprindelsesbetegnelse. Artsbetegnelser kan ikke registreres. En betegnelse kan ikke registreres, hvis den kolliderer med navnet på en planteart eller en dyrerace.

For at opnå beskyttelse skal der iflg. art. 4 foreligge en varespecifikation, der især vedrører de anvendte råvarer, beskrivelse af produktets fremstillingsmåde og egenskaber samt bevis for dets geografiske tilknytning til eller oprindelse i det angivne område. Godkendes produktet, må dets betegnelse samt angivelsen BOB (beskyttet oprindelsesbetegnelse) og BGB (beskyttet geografisk betegnelse), jfr. art. 8, anføres på produktet³⁰⁾, der er beskyttet mod direkte og indirekte kommerciel brug i relation til sammenlignelige produkter, jfr. art. 13. Registrering foretages af Kommissionen efter proceduren, der er fastlagt i art. 15.

I Danmark er f. eks. registreret Danablu og Esrom som ostebetegnelser samt betegnelsen Lammefjordsgulerod. Grækenland har forgæves forsøgt at opretholde den af Kommissionen foretagne registrering af betegnelsen Feta som oprindelsesbetegnelse for en ostetype. Registreringen blev tilsidesat af EF-Domstolen³¹⁾, da betegnelsen længe havde været anvendt i en række andre EU medlemslande.

*Rådets forordning (2082/92) om specificitetsattestering af landbrugsprodukter og levnedsmidler*³²⁾ omfatter iflg. art. 1 landbrugsprodukter til konsum³³⁾ samt levnedsmidler, der er opført i forordningens bilag. Der er blandt andet opført øl, chokolade, brød og kager, tilberedte retter, drikkevarer på basis af planteekstrakter og is. Der kan for disse produkter efter ansøgning opnås en anerkendelse af deres specificitet ved optagelse i et register og udstedelse af en specificitetsattestering.

Ved specificitet forstås kendetegn, hvorved landbrugsproduktet eller levnedsmidlet klart adskiller sig fra andre lignende produkter eller levnedsmidler i samme kategori.

³⁰⁾ Det er frivilligt at anføre disse angivelser på produktet.

³¹⁾ Sagerne C-289/96, C-293/96 og C-299/96, Danmark, Tyskland og Frankrig mod Kommissionen, dom af 16. Marts 1999.

³²⁾ Rådets forordning nr. 2082/92 af 14.7.1992 om specificitetsattestering af landbrugsprodukter og levnedsmidler, EFT L 24.7.1992, 208 s. 9. Forordningen er gennemført i dansk ret ved bkg. nr. 951 af 10.12.1993 om landbrugsvarer og levnedsmidler med særlige karakteristika. Se Mærkning s. 42.

³³⁾ Forordningen vedrører de landbrugsprodukter, der er opført i bilag 2 til TEF.

Kun sammenslutninger af producenter eller forarbejdere kan indgive ansøgning om attestering, jfr. art. 7. For at kunne optages i registret skal produktet enten være fremstillet af traditionelle råvarer eller have en traditionel sammensætning eller en produktions- og/ eller forarbejdningsmåde, som er knyttet til den traditionelle produktions- og/ eller forarbejdningsform. Produktets geografiske oprindelse har ikke betydning, jfr. art. 4. Produktets navn skal være specifikt eller udtrykke specificitet. Det må ikke være anprisende eller vildledende, jfr. art. 5. Desuden skal produktet opfylde en varespecifikation, der indeholder produktets navn, beskrivelse af produktionsmetode, særlige kendetegn ved råvarer og/eller ingredienser samt angivelse af produktets egenskaber vedrørende specificiteten, jfr. art. 6. Når registrering er opnået, kan producenterne anvende en angivelse fastsat af Kommissionen efter en fremgangsmåde fastlagt i art. 19 samt det registrerede navn. Desuden kan Kommissionen fastlægge et EF-symbol, som producenten vil være berettiget til at anvende, art. 15 jfr. art. 12. Producenterne er beskyttet mod anvendelse af varebetegnelser, som kan forveksles med registrerede navne, samt mod misbrug og vildledende anvendelse af angivelser, symboler og navne.

5.1.3. EU Krav til enkeltvarer

Kravene til en række levnedsmidler er blevet harmoniseret med hjemmel i TEF art. 37 (tidligere art. 43) og art. 94 eller 95 (tidligere art. 100 - 100a). Der er ved rådsdirektiver for de enkelte produkter fastlagt krav, der skal være opfyldt som betingelse for at anvende en bestemt varebetegnelse som for eksempel honning³⁴⁾ og marmelade³⁵⁾. Tilsvarende gælder for produkter såsom frugt og grønt, chokolade og sukker³⁶⁾.

Løvrigt har der dannet sig handelsnormer for betegnelse af æg og fjerkræ, for eksempel "skrabeæg" og "fritgående". Sådanne betegnelser er blevet

³⁴⁾ Rådets direktiv ((74/409) om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning vedrørende honning, EFT 1974 L 221 s. 10, som ændr. v. Tiltrædelsesakten 1985, EFT 1985 L 302 s. 214.

³⁵⁾ Rådets direktiv (79/693) om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om marmelade og frugtgelé samt kastanje creme, EFT 1979 L 205 s. 5, som ændr. v. Rådets direktiv 77/593, EFT 1988 L 318 s. 44.

³⁶⁾ Se Mærkning s. 42 afsnit 2.4.3.1.3., og EU Karnov s. 161 - 162 afsnit 3.1. Indledning, note 44, og s. 162 afsnit 3.8., Varestandarder.

reguleret ved EU forordninger³⁷⁾.

5.1.4. Nationale mærker i overensstemmelse med EU -krav

Økologiske levnedsmidler og landbrugsprodukter inden for den vegetabiliske sektor er blevet undergivet harmoniserede regler ved Rådets forordning 2092/91 om økologisk produktionsmetode for landbrugsprodukter og om angivelse heraf på landbrugsprodukter og levnedsmidler³⁸⁾. Forordningen fastlægger kravene for, at produkterne kan markedsføres og mærkes med et nationalt mærke som økologiske. Kravene vedrører både fremstilling og tilberedning. Forordningen er gennemført i dansk ret ved bestemmelser om økologisk jordbrugsproduktion og om betingelser for markedsføring af økologiske levnedsmidler, både vegetabiliske og animalske³⁹⁾. I Danmark kan de produkter, der opfylder kravene, mærkes med det nationale Ø-mærke, der er et symbolmærke bestående af rød, gennembrudt ring, der danner bogstavet Ø med en krone inden i ringen og ledsagende tekst "statskontrolleret økologisk". Produkterne er underlagt kontrol af danske myndigheder, herunder Plantedirektoratet. Der findes således ikke et EU mærke på området, men de fælles krav vedrørende økologi skal være opfyldt på nationalt plan, for at produkterne kan markedsføres under et offentligt nationalt mærke, der angiver økologi⁴⁰⁾.

Der findes en særlig *mærkningsordning for oksekød* baseret på forordning 820/97 om indførelse af en ordning for identifikation og registrering af kvæg og om mærkning af oksekød og oksekødsprodukter⁴¹⁾.

³⁷⁾ Mærkning s. 42 - 43: Kommissionens forordning (1274/91) om anvendelse af betegnelser for æg og Kommissionens forordning (1538/91 om anvendelse af udtryk vedrørende fjerkræ.

³⁸⁾ Forordning af 24.6.1991, EFT 1991 L 198 s. 1, som senest ændret ved Kommissionens forordning af 12.2. 1999 (330/1999).

³⁹⁾ Bkg. nr. 210 af 6.4.1998 om økologisk jordbrugsproduktion m. ændr. samt bkg. nr. 753 af 2.9.1992 om betingelserne for markedsføring af økologiske levnedsmidler m. ændr.

⁴⁰⁾ Mærkning s. 34 og s. 44.

⁴¹⁾ Mærkning s. 43. Forordningen er gennemført ved bkg. 682 af 27.8.1997 om supplerende mærkning af oksekød og oksekødsprodukter.

5.2. Mærkning på nationalt og internationalt plan

I Danmark er der på grundlag af lov om fødevarer af kvalitet nr. 402 af 10.6.1997 indført en frivillig mærkningsordning til fremme af produktion og afsætning af landbrugs- og fiskeriprodukter af særlig høj kvalitet, jfr. § 1. Ordningen er gennemført ved bkg. nr. 23 af 15.1.1998 om *kvalitetsmærkeordning for fødevarer, der foreløbig omfatter svine- kalve- og oksekød*. For at få produkterne godkendt skal en række betingelser være opfyldt vedrørende hensyn til dyrevelfærd under produktion og transport og krav til kødets mikrobiologiske kvalitet og spisekvalitet. Ordningen er underlagt offentlig kontrol af danske myndigheder. Mærket, der må påføres produktet, når kravene er opfyldt, er et symbolmærke tegnet som en blå lup med påskriften: Kvalitet med omtanke⁴²⁾. Iøvrigt kan *dansk oksekød* påføres et kvalitetsmærke, når kødet opfylder en række kriterier vedrørende spisekvalitet. Mærket er privat. Det ejes og administreres af Køddbranchens Fællesråd⁴³⁾.

Dansk Varefakta Nævn kontrollerer et symbolmærke bestående af en nedadvendt trekant, hvori der er indlagt en cirkel. Over trekantens øverste linie er skrevet "Varefakta". Mærket er ledsaget af en varedeklaration, der oplyser om indhold og/eller produkttegenskaber. Mærket er privat og frivilligt og anvendes både inden for området for fødevarer og for andre brancher⁴⁴⁾.

I Danmark anvendes *det internationale Max Havelaar-mærke*, der er et symbol for bæredygtig produktion inden for produktion og handel med henblik på at sikre, at små landbrugere i den tredje verden får en rimelig pris for deres produkter og arbejder under rimelige vilkår. Det anvendes på kaffe, the, bananer, kakao og rørsukker. Det administreres i Danmark af Max Havelaar-fonden⁴⁵⁾.

6. Mærkning i relation til andre områder

Der findes en række mærker, som relaterer sig til bredere områder, der grænser op til de i denne fremstilling udvalgte produktområder, eller som kan bruges sammen de mere specifikke mærker.

⁴²⁾ Mærkning s. 34 - 35 og s. 45.

⁴³⁾ Idem s. 34 - 35.

⁴⁴⁾ Idem s. 32 - 33.

⁴⁵⁾ Idem s. 35.

Der kan informeres om *miljømæssige forhold* ved at anvende frivillig mærkning. Der findes to tværgående ordninger for miljømærkning, udtrykt ved symbolmærkerne Blomsten og Svanen. Ingen af mærkerne omfatter levnedsmidler. Begge mærker er baseret på livscyclusanalyser. *Blomsten* er EU's symbolmærke, som dokumenterer, at et produkt opfylder bestemte krav vedr. miljøbelastning, kvalitet og funktion. *Svanen* er et nordisk mærke, som tilkendegiver dokumentation på lignende måde som Svanen⁴⁶⁾.

Økologi-mærket, der er beskrevet under punkt 5.1.4., omfatter både levnedsmidler og andre landbrugsprodukter. Inden for skov- og træprodukter arbejdes der med indføring af et økologimærke for juletræer og et miljømærke for dansk skovbrug⁴⁷⁾.

Som nævnt ovenfor under punkt 5.2. er *varefakta-mærket* et tværgående frivilligt mærke, der omfatter både levnedsmidler og andre produkter.

Der er i EU indført en tværgående obligatorisk *energimærkning* for elektriske apparater vedrørende energiforbrug, ydeevne, støj mv.⁴⁸⁾

7. I hvilket omfang yder standardisering og mærkning en hensigtsmæssig produktinformation?

Blot ved en kortfattet sammenstilling af to forskellige produktområder kan det konstateres, at betydelige ressourcer er sat ind på at udarbejde standardiserede krav til de produkter, der anvendes både i erhvervslivet og den private sektor, og at informere om produktkravene. De enkelte produkttyper kan forventes at opfylde bestemte krav. Der oplyses om disse krav ved at anvende bestemte former for mærkning. Men tiltagene hviler på en vidt forskellig baggrund. Resultatet er blevet, at formidlingen af en stor mængde information lider under mangel på systematik og koordination. Det er ikke muligt umiddelbart at få overblik over, hvilke informationer der er de væsentligste, og hvilke kriterier der mest hensigtsmæssigt lægges til grund for en sådan udvælgelse. Den uoverskuelige formidling kan enten svække tilliden til mærkningens pålidelighed, eller den kan bevirke en urealistisk tiltro til produktets sikkerhed og funktionsdygtighed. Selv om et mærke er blevet velkendt, fordi det er blevet indarbejdet over lang tid, kan det være vanskeligt at identificere mærket med bestemte forhold og have et klart billede af, hvad mærket ikke står for. Situationen forbedres ikke ved at indføre specifikke

⁴⁶⁾ Mærkning s. 33 og s. 45.

⁴⁷⁾ Idem s. 47.

⁴⁸⁾ Mærkning s. 33 og s. 48.

mærker, som informerer om afgrænsede, præcise forhold, da der hurtigt vil blive behov for en uoverskuelig mængde af mærker. Generelle mærker kan indeholde data om en stor mængde informationer; men jo større områder mærket dækker, jo vanskeligere bliver det at skaffe sig et systematisk overblik over de enkelte informationer.

Uoverskueligheden vedrører både mærkningens tilblivelse, indholdet og kontrollen med mærket.

Ved *udarbejdelse og anvendelse* af standarder og mærker fastlægges kravene til produktet i vidt omfang på europæisk plan. Men mærkningen foretages i nogle tilfælde alene på nationalt plan af den private virksomhed, hvilket gælder for CE-mærket. I andre tilfælde anvendes forskellige nationale mærker, som i de enkelte lande skal opfylde de krav, der er fastsat på europæisk plan. Det gælder for eksempel økologi-mærket. Atter andre mærker er rent nationale, da de er udarbejdet på nationalt plan og anvendes nationalt, som for eksempel mærket "Kvalitet med omtanke". Kravene bag mærkerne kan også være fastlagt internationalt til anvendelse i de enkelte lande, for eksempel Max Havelaar-mærket.

Forskellige organisationer står bag mærkerne. Produktkravene kan være fastlagt og administreret af offentlige myndigheder, eller de kan være udarbejdet af private brancheorganisationer til brug for virksomhederne inden for branchen.

Endvidere kan det være frivilligt eller obligatorisk for virksomhederne at anvende mærkerne.

Vedrørende *indholdet* af informationen kan oplysningerne være generelle eller specifikt vedrøre bestemte forhold. Det er vanskeligt at gennemskue, om oplysningerne er udtømmende, eller om de er udvalgt ud fra bestemte kriterier, og på hvilket grundlag.

Nogle mærker synes at overlappe hinanden og informere om de samme forhold. Man kan ikke umiddelbart gøre sig bekendt med, hvad der adskiller dem.

Der er forskellige ordninger med hensyn til, hvem udfører *kontrol* med standarder og mærker, og hvorvidt kontrollen er forudgående eller efterfølgende. Der er ligeledes forskelle i relation til, om kontrollen udføres af samme organ som det, der har udarbejdet eller anvender mærket, eller om kontrollen foretages af et uafhængigt organ, typisk en offentlig myndighed. Således kontrolleres CE-mærket alene af producenten selv, medmindre det viser sig, at produktet ikke lever op til standarden, eller myndighederne får mistanke til produktet. Derimod kontrolleres økologi-mærket, som er udarbejdet af EU, af nationale offentlige myndigheder.

Nogle produkter kan være underlagt dobbelt kontrol for eksempel af både brancheorganer og offentlige myndigheder vedrørende bestemte krav, medens andre produktkrav kun er undergivet ringe kontrol. Det kan ikke umiddelbart gennemskues, hvor intensiv kontrollen er med de enkelte produktkrav.

Det er kompliceret at indføre større overskuelighed og åbenhed omkring produktkrav og mærkning. Men der er behov for at afklare dokumentationen for produktkravene. Der bør være let adgang, f.eks. via centrale databaser, til ud fra en enkel og overskuelig systematik at få oplysning om, hvilke områder de enkelte mærker dækker, samt hvorledes og med hvilken intensitet produktkravene kontrolleres. Overlapning af mærkning og kontrol bør så vidt muligt undgås.

Der bør fortsat være adgang til at benytte både offentlige og private mærker og at indføre nye mærker. Men der er nødvendigt, at koordinationen mellem mærkerne forbedres og adgangen til information om mærkerne bliver lettere tilgængelig for alle, der søger oplysning herom.

Forkortelser:

EU-Karnov: Karnovs EU-Samling red. af Jørgen Molde, Bo Vesterdorf, Nina Holst-Christensen og Karsten Hagel-Sørensen, 6. udg. 1999, Forlaget Thomson.

Mærkning: Mærkningsudvalgets redegørelse udgivet af Forbrugerstyrelsen, Erhvervsministeriet, Juli 1999 (forkortet "Mærkning").

Nedergaard: Peter Nedergaard: Internationale standarder - og deres betydning for virksomheden og samfundet, København 1994.

The Soft Law and the *lex mercatoria* ¹⁾

af
Ole Lando

1. Introduction

By the end of the second millennium law in Europe is undergoing big changes. The European Union has brought about an economic, cultural and legal integration. So far, this integration is only a halfway house, but it has proved to be a self-increasing process. The trade in Europe and the international trade is expanding, and soon, if not already now, more services are traded than goods. The peoples of Europe are wealthier than ever before in history. They travel more and communicate more. The computer and the internet have introduced new contractual techniques, which have opened up new markets. The increasing trade and communication have generated a need for a unification of the civil law, notably the law of obligations and moveable property.

The background of this paper is the author's work in the Commission on European Contract Law which is preparing the *Principles of European Contract Law* ²⁾ and in the Study Group on a European Civil Code. It brings some thoughts about a future unified or harmonised contract law in Europe. It is submitted that such a unification is both needed and feasible, and that a European contract law may be brought about by legislation and may become part of the *lex mercatoria*. Emphasis is laid on this latter aspect.

¹⁾ Parts of the information and opinions in this article has been brought in other articles, which have been published abroad.

²⁾ See Lando & Beale (eds), *Principles of European Contract Law*, Part 1: Performance, Non-performance and Remedies, Deventer 1995. On the Commission on European Contract Law.

2. Why unify the European contract law?

Why should contract law be unified and why should it be europeanized? To europeanise is to unify or harmonise European law. The term Europe covers those countries which are or will become members of the European Union.

Many of the reasons for and against a unification of contract law are valid both for Europe and for the world. However, the europeanisation is in some respects to be treated separately because the Union has brought its members close together and now has the institutions and the tools for a further harmonisation of their laws .

The Union of today is an economic community. Its purpose is the free flow of goods, persons, services and capital. The idea is that the more freely and abundantly these can move across the frontiers the wealthier and happier we will get. It should therefore be made easier to conclude contracts and to calculate contract risks.

Anyone doing business abroad knows that some of his contracts with foreign partners will be governed by a foreign law. The unknown laws of the foreign countries is one of his risks. They are often difficult for him and his local lawyer to get to know and to understand. They make him feel insecure, and may keep him away from foreign markets. This is an impediment to world trade. In Europe the existing variety of contract laws is a non-tariff barrier to the inter-union trade. It is the aim of the Union to do away with restrictions of trade within the Communities, and therefore the differences of law which restrict this trade should be abolished.

2.1. Can we not contend ourselves with the existing europeanisation?

In the last decades there have been important developments of what may be called the EU contract law. Most important is perhaps the Directive on Unfair Terms in Consumer³⁾. In addition the EEC has issued several other directives providing protection of the consumer as a contracting party⁴⁾. Some of the directives on labour relations provide rules for the protection of the employee. Furthermore, the EEC has established a law of competition which provides restrictions of the parties' contractual freedom by laying down which contract

³⁾ 93/13 of 5 April 1993, OJEC No L 95/29

⁴⁾ See directives on Doorstep Sales (20 Dec. 1985, no 85/577), Consumer Credit (22 Dec. 1986, no 87/102), Package Tours (13 June 1990, no 90/314), Time Share Agreements (26 Oct. 1994, no 94/47) , Distant Sales (20 May 1997 no 97/7).and On certain aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees (25 May 1999).

terms are permissible and which are not. The Directive of 18 Dec 1986 on the Self-employed Agent contains mandatory rules most of which protect the agent⁵⁾

The Union legislation mentioned above has provided some europeanisation of the contract law. However, it is only a fragmentary harmonisation. It is not well co-ordinated, and, since the national laws of contract are different, it causes problems when it is to be adjusted to the various national laws⁶⁾. There is no uniform European law of contract to support these specific measures.

2.2. The Rome Convention

The rapidly increasing commerce in the European Union have made the countries of the European Communities provide uniform choice of laws rules respecting contracts. The Rome Convention of 19 June 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations is now in force in all the Member countries. However, for many lawyers choice of law rules are terra incognita, and will entail the application of foreign law. To ascertain and apply foreign law is often a cumbersome operation . For these reasons many lawyers shy away from the conflict of laws. The law of the forum country is then applied to the detriment of the foreign party. It is therefore preferable to unify the substantive law rules and thereby to avoid that conflicts of law cases arise

3. Is the europeanisation of the contract law feasible? Can the 15 or more States agree on a unified contract law?

3.1. Differences and similarities

European lawyers are divided by different legal methods and rules and by different legal languages. The greatest divergence is between the legal method and language of the civil law countries of the European Continent and the common law countries of the British Isles. But there are also considerable differences between the legal systems of the Continent.

In spite of differences in the social, political and intellectual history of the various countries, and in spite of the fact that the law makers, be they

⁵⁾ (86/653 EC)

⁶⁾ See R. Zimmermann: Civil Code and Civil Law, 1 *Columbia Journal of European Law* (1994/95) 63, 73 and H. Kötz, *Rechtsvereinheitlichung, Nutzen, Kosten, Methoden.*, 50 *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (1986) 3.

legislators or courts, have pursued their policies through very different legal techniques, we see that the legal values are basically the same. This, it is submitted, has several causes.

One is the common roots of the laws of Europe. Everywhere there has been the impact of the Christian ethics, the great European moralists, and in modern times the democratic institutions and the unified and harmonised laws of the European Union. To day there is a European Law and it is growing. It has and will establish a considerable uniformity of legal thinking.

Another factor is the similarity of economic and social conditions in the countries of the Union, the market economy of the industrial states. In these societies the legal problems that arise are similar and so are the answers which economic consideration give to the problems. The agents of the market need safety and foreseeability, they wish rules which make the conclusion of contracts swift and inexpensive, and at the same time they need a certain flexibility.

The ideas of how the rules should be have always travelled. From early times the legislators have borrowed from foreign sources, and to day they do so to an increasing extent. Modern media makes it easy for political ideas to gain ground. When, for instance, mass production and mass consumption make some leading nations legislate in order to protect the consumer this idea spreads all over the world. This has also added and will add to the common core.

3.2. The European homo judicans

A third factor is the environment of the judges which has produced a common ideology and behaviour. This environment creates a peculiar species of mankind, the case deciding man (*homo judicans*). In the *Julebog* of 1997⁷⁾ I have enlarged on this point.

3.3. The resistance to change

However, one must realise that today many, if not most, lawyers in Europe do not wish a europeanisation of contract law. Some still adhere to the ideas of the great German writer *Friedrich Karl von Savigny* who considered the national law as part of the nation's cultural heritage. It reflects the spirit of the people. The law of a nation is based on its entire past. It must develop, but the

⁷⁾ *Homo Judicans* , Juridisk Instituts Julebog 1997 p 141 ff.

historical roots are innate in the people and should not be cut off.⁸⁾ What is true for the lawyers of one state may be false for the lawyers of another state. The truth about contract law, they argue, is not the same for a Swede as for an Italian, for an Englishman and for a German.

To introduce a new contract law in Europe will admittedly cost sweat, tears, and money. And many lawyers will hate to see all that which they themselves have learned and practised disappear and to have to learn a new contract law.

No doubt the emotional wish to preserve the peculiar character of each of our national laws will prove to be a serious political obstacle, but it is one which must be overcome if the European Union is to function satisfactorily. Contract law and commercial law are not folklore. And who to day in Paris mourns for "*Les coutumes de Paris*" which governed in Paris before the Great Revolution, and in Prussia for "*Das allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten*" which was the code for Prussia until the year 1900?

4. The European efforts at harmonisation

4.1. The Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code

It was these considerations which led to the efforts at unifying the law. In 1982 the Commission on European Contract Law began to establish Principles of European Contract Law.(hereinafter called *PECL*). It has drafted articles which, like the American Restatements, are supplied with comments that explain the operation of the articles. In these comments there are illustrations, ultra short cases which show how the rules are to operate in practice, and notes which tell of the sources of the rules.

With a few exceptions the members of the Commission of European Contract Law have been academics, but many of the academics are also practising lawyers. The Members have not been representatives of specific political or governmental interests, and they have all pursued the same objective, to draft the most appropriate contract rules for Europe.

As other parts of the world Europe is undergoing a rapid change of technique and legal values. The Commission has therefore endeavoured to draft broad principles which leave a certain latitude for the court's discretion.

⁸⁾ See von Savigny, *Von Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, reprinted in Hattenhauer, Thibaut und Savigny, *Ihre programmatischen Schriften*, München 1973 95 ff

The Principles should be interpreted and developed in accordance with their purposes; a strict and narrow interpretation should be avoided.

Part 1 of the Principles dealing with performance, non-performance and remedies was published in 1995⁹⁾ In 1992 the Second Commission on European Contract Law began to work on the formation, validity, interpretation and contents of contracts and on the authority of an agent to bind his principal. The Second Commission held its last meeting in May 1996, and Part 2 of the Principles which will include a revised version of the Principles of Part 1 is scheduled to be published late in 1999¹⁰⁾. In 1997 the Third Commission began to prepare rules which are common to contracts, torts and unjust enrichment, such as plurality of creditors and debtors, assignment of debts and claims, set-off, and prescription.

In 1989 and again in 1994 the European Parliament passed Resolutions requesting a start to be made on the necessary preparatory work on drawing up a European Code of Private Law¹¹⁾. In the preamble to the 1989 Resolution it is mentioned that "unification can be carried out in branches of private law which are highly important for the development of a Single Market, such as contract law...."

The proposal to draft a code has been supported by some governments and other organisations in the Union. Thanks to a grant from the German and Dutch governments and a Greek foundation a Study Group on a European Civil Code is now in operation Hamburg and Osnabrück in Germany and in Amsterdam, Tilburg and Utrecht in the Netherlands to establish Principles of European Law governing certain specific contracts, such as sales and barter, services, insurance, personal securities, extra contractual obligations,(torts, unjust enrichment and *negotiorum gestio*) and non possessory security interests in moveable goods..

⁹⁾ *Lando & Beale* (eds) *Principles of European Contract Law, Part 1. Performance, Non-performance and Remedies*, Dordrecht 1995.

¹⁰⁾ A preliminary version of the articles of the PECL, which, however, only need a final editing, has been made available on the internet by International Trade Monitor (http://itl.irv.uit.no/trade_law/)

¹¹⁾ See Resolutions of 1989 OJEC no. 158/401 and of 1994 OJEC no. C.205/ 518.

5. The *lex mercatoria*

5.1. The genesis of the *lex mercatoria*. Its sources.

The main purpose of the Commission and the Study Group is to provide rules which will serve as a first draft of a part of a European Civil Code. However, it may take time before they are enacted in the entire Union. Until then and even after and in transactions between parties in the Union and outside of the Union and between parties outside of the Union the Principles are “soft law” which may be applied as part of the *lex mercatoria*. PECL art 1:101(3)(a) provides: “These Principles may be applied when the parties have agreed that their contract is to be governed by “general principles of law”, the “*lex mercatoria*” or the like “⁽¹²⁾,

In modern times the *lex mercatoria* emerged from cases where the arbitration clauses had empowered the arbitrators not to follow the strict rules of law and to decide their case *ex aequo et bono*, or as they say in French to decide as “*amiables compositeurs*”. Arbitrators who were entrusted with this task often felt that, although they were not bound to apply the strict rules of a legal system, their award should nevertheless be based on grounds of principle.

From about the mid fifties the theory on the *lex mercatoria* was developed by English⁽¹³⁾ and French⁽¹⁴⁾ authors who could show that the concept was already accepted in international business circles and applied by arbitral tribunals. One of its main fields of operation was contracts that were governed by international usages and practices. The international reinsurance treaty was an example of such contracts.

Insurance companies from all over the world cover their great risks by way of re-insurance. In Europe the dominant market is the English, but the German and the Swiss markets are also important. The international character of the re-insurance trade has influenced the rules of law governing the reinsurance treaties. They are dominated by the usages and practices of the big European

⁽¹²⁾ A court or arbitral tribunal applying the *lex mercatoria* which chooses the PECL to govern issues covered by the Principles, may let the *lex mercatoria* replace national law in issues not covered by the PECL.

⁽¹³⁾ See on Schmitthoff's theory on the new law merchant, *Filip de Ly*, International Business Law and Lex Mercatoria, 1992 p 209f.

⁽¹⁴⁾ See on the theories of *Goldmann and Kahn*, *Filip de Ly* op. cit. previous note p 210 ff

centres¹⁵⁾. For this reason the governments of most European countries have abstained from legislating on re-insurance. Thus, when in the twenties the Nordic countries enacted a Uniform Insurance Contract Act they decided to exclude re-insurance from the scope of the Act. In the *Travaux préparatoires* to the Act this was explained by the fact that these “issues are of a typically international character, and as the modern foreign laws on insurance contracts have not embarked upon them the time does not seem ripe to do it with us either”¹⁶⁾.

Before 1985 the *lex mercatoria* was an upstart¹⁷⁾. Its many adversaries rejected it invoking grounds of principle. The main arguments against the application of the *lex mercatoria* were first, that no state authority has given binding force to its rules, and, second, that it is a diffuse and fragmented body of law without much substance; it gives the parties no certainty as to what will be the outcome of a dispute between them. It is arbitrary and therefore unsupportable. The trade, and especially the international trade, needs certainty and foreseeability. The *lex mercatoria* consists of undefined and indefinable

¹⁵⁾ See Thomas Wilhelmsson; *Om reassurandörs ersättningskyldighet vid skadesförsäkring*, Stockholm 1976 pp 23, and 32-33.

¹⁶⁾ See Swedish Proposition 1927 no. 11:1 pp 350-352, and *SOU* 1925: 21 p 66 An example of an award based on considerations of principle is an award of 23 December 1922 in a case between a Finnish and a Danish insurance company. Relying on what seems to have been an “equity clause” in the reinsurance contract the three Danish arbitrators chose to treat a negligent misrepresentation by the Finnish reinsured party regarding the risks involved, in the same way as it was to be treated under § 9 of the Nordic Draft Insurance Contract Bill which for such cases provided for a reduction of the indemnity to be paid by the re-insurer. The arbitrators found the reduction principle of the Bill, although not in conformity with what was then “the strict rules of law”, to be “in accordance with justice and equity” (see arbitral award of 23 December 1922 reported in *Samling af Domme. Kendelser og Responsa vedrørende Forsikringsforhold* (Court decisions, awards and opinions regarding insurance) published by “Assurandør-Societetet i København” (the Society of Insurers in Copenhagen) 1925 78.

¹⁷⁾ See *Lando*, The *lex mercatoria* in international commercial arbitration, 34 *International and Comparative Law Quarterly* (1985) 747, and *Carbonneau* (ed) *The lex mercatoria and arbitration*, New York 1990. Among the contributors to this work who are adversaries of the *lex mercatoria* are *F.A. Mann*, *Georges Delaume*, and *Keith Highet*, and among the supporters *Berthold Goldman*, who was one of the “inventors” of the modern *lex mercatoria*, and furthermore *Andreas F. Loevenfeld* and *Friedrich Juenger*.

standards described as a *lex* of unknown origin. The outcome of cases decided by application of the *lex mercatoria* is mere lottery¹⁸⁾.

As for the first argument we must refer to the fact that the arbitrators' application of the *lex mercatoria* has been endorsed by several legislators and courts, even though it is a "state-less" law. In 1985 the *lex mercatoria* was made respectable by the UNCITRAL, see section 10 below.

As for the second argument, the diffuse and fragmented character of the *lex mercatoria*, it must be pointed out that it is not undefined and indefinable. The *lex mercatoria* consists of the international customs and usages of the international trade, the rules which have been drafted for this purpose, and the rules which are common to most of the States engaged in international trade or to the States connected with the dispute. The arbitrator may, but he must not apply these rules. When he cannot find such common rules or when he does not find them suitable to the case he will "apply" the rules which appear to him to be the most appropriate and equitable. This judicial process is partly an application of rules and partly a selective and creative process.

In the last decades new elements have been added to the substance of the *lex mercatoria*.¹⁹⁾ Among them is the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) which entered into force on January 1, 1989, and which in 1999 had been adopted by more than 50 countries. Its rules may now be regarded as part of the common core of the legal systems²⁰⁾. Other important new elements to the *lex mercatoria* are the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (hereinafter the UNIDROIT Principles) and the Principles of European Contract Law. (PECL).

Another source is the *International Encyclopaedia of Comparative Law* which is published by the *Max Planck Institute of Foreign and Private International Law* in Hamburg, and which brings a comparative survey of the laws of the world on subjects within civil law, commercial law and the law of civil procedure. Several volumes of this work are dealing with contracts²¹⁾. It

¹⁸⁾ See F.A. Mann in *Carbonneau* idem previous note at pp XIX ff.

¹⁹⁾ See Lando, The *lex mercatoria* in international commercial arbitration, 34 *International and Comparative Law Quarterly* (1985) 747, 752-755.

²⁰⁾ See Bernard Audit, The Vienna Sales Convention and the *lex mercatoria*, in *Carbonneau*, (ed.) *Lex mercatoria and arbitration*, New York 1990 .139.

²¹⁾ *International Encyclopaedia of Comparative Law*, Tübingen, Dordrecht, Boston, Lancaster, is published in instalments and is not yet completed. Several chapters on contract matters have been published in Volume VII on *Contracts in General*, VIII on *Specific Contracts*, IX on *Commercial Transactions and Institutions*, XII on *Law of*

brings the existing common core if any, the typical solutions of the legal systems, and often also the authors' views on what in their opinion is the "better law".

There has also been important developments of the EU contract law. The Community legislation mentioned in section 3 has provided a certain europeanisation of the contract law in the Member States. It is somewhat fragmented and uncoordinated, but it is there. Furthermore, the EEC and the European Union have promoted the establishment of an international *régime* of academic lawyers whose platform is no longer their own country but Europe and the world and whose writings and debates will influence the future law. In addition to the already existing international and European law reviews several new ones have emerged in the 1990s.²²⁾ Noteworthy in this respect is also the planned work in two volumes by *Flessner & Kötz* "European Contract Law" of which the first volume has appeared²³⁾. It treats the contract law in general in Europe. Its aim is to establish the common core of the European laws, to suggest common solutions where the laws are different and thereby to satisfy the needs of a European contract law.

It must be admitted that the *lex mercatoria* will never reach the level of the copious and well-organised national legal systems. But even they are not so perfect as many lawyers claim them to be. As will be shown in section 11 below the national laws are not complete and not always well equipped to regulate international contracts in a changing world.

5.2. Lex mercatoria before arbitral tribunals

Art 28 (1) of the *United Nations (UNCITRAL) Model Law on International Commercial Arbitration 1985*²⁴⁾ provides:

"The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with *the rules of law* as are chosen by the parties" (emphasis added).

Transport and XV on Labour Law.

²²⁾ E.g. *European Review of Private Law* (Kluwer, Belgium 1993), *Uniform Law Review* (Unidroit, Rome 1996), *Maastricht Journal of European Comparative Law* (Bruylant, Belgium 1994-) and *European Journal of Law Reform* (Kluwer, Netherlands 1998-)

²³⁾ *Kötz European Contract Law*, Vol. I, Oxford 1997.

²⁴⁾ Adopted by the United Nations Commission on International Trade Law on June 21 1985, reprinted in *Mustill & Boyd, Commercial Arbitration*, Second Edition, 1989 p 730.

The term *rules of law* implies that the parties may choose the *lex mercatoria* to govern their contract. The model law has been adopted by Australia, Canada, Egypt, Germany, Hong Kong, Hungary, India, Mexico, New Zealand, Russian Federation, Ukraine, Scotland and 15 other countries, and by 8 of the United States²⁵⁾. The Italian, French, and Dutch codes of civil procedure have similar provisions. They even allow the arbitrators to apply the *lex mercatoria* when the parties have not chosen it.²⁶⁾ Section 46(1) (b) of the English *Arbitration Act 1996* provides that "if the parties so agree the arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such other considerations (than the law) as are agreed between them or determined by the tribunal". In the explanatory notes to the Bill of July 1995 which were made by a Departmental Advisory Committee on Arbitration²⁷⁾, it was said that the section corresponds to art 28 of the Model Law.²⁸⁾

Furthermore, the Austrian Supreme Court has upheld an arbitral award made in Vienna where the arbitrators had applied the *lex mercatoria* to the case even though the parties had not agreed upon its application. The Court held that by applying the *lex mercatoria* the arbitrators had not exceeded their mandate.²⁹⁾ Without much discussion the Norwegian Supreme Court has given "full legal effect" to an ICC arbitral award which had been decided under the *lex mercatoria*³⁰⁾.

It is now widely held that arbitrators deciding international commercial disputes may apply the *lex mercatoria*.. The fact that laws, conventions and

²⁵⁾ See Pieter Sanders, Unity and Diversity in Adoption of the Model Law, 11 *Arbitration International* (1995) p 1. and UNCITRAL. Status of the Conventions and Model Laws, updated 9 October 1998. The other countries were Bahrain, Bermuda, Bulgaria, Cyprus, Guatemala, Iran, Kenya, Lithuania, Malta, Nigeria, Oman, Peru, Singapore, Sri Lanka and Tunisia. The 8 American States were California, Connecticut, Florida, Georgia, North Carolina, Ohio, Oregon and Texas.

²⁶⁾ See art 1496 of the French Code of Civil Procedure, art 1054 of the Dutch Code of Civil Procedure, and art 834 of the Italian Code of Civil Procedure.

²⁷⁾ Department of Trade and Industry, Consultative paper on an Arbitration Bill, July 1995. Section 1, and Section 2: Draft Clauses of an Arbitration Bill, July 1995.

²⁸⁾ Consultative paper (previous note) p 38.

²⁹⁾ Austrian Supreme Court 18.Nov.1982, RIW 1983 868.

³⁰⁾ See Justice, later Chief Justice, Carsten Smith's majority opinion in Judgment of 5 December 1987, NRT 1987 p 1449 at p.1456.

court decisions recognise the application of non-national rules of law has persuaded most lawyers that the *lex mercatoria* has come to stay.

It is, however, a question to which extent the *lex mercatoria* should replace national law. Some will in principle let it operate as a legal body of its own, some will apply it when the applicable national law gives no answer or no reasonable answer.

Those authors who will only call on the *lex mercatoria* when the applicable national law gives no answer or no reasonable answer will apply it as a supplement and a corrigendum. In their opinion the arbitrator should not act as a social engineer when he cannot find any answer in the *lex mercatoria*. He then has to apply the rules of the law applicable to the contract. The arbitrator may only replace the rules of the law applicable to the contract by the rules that may reasonably be claimed to exist as part of the *lex mercatoria*.

Under the theory which will let the *lex mercatoria* replace national law no national legal system governs the contract. When the arbitrator cannot find existing rules in the *lex mercatoria*, and when he does not find them suitable for the dispute in question he will "apply" the rules which appear to him to be the most appropriate and equitable. This does not mean that national rules of law are completely out of the picture. The arbitrator must give effect to rules of the forum or another law closely connected with the issue which are directly applicable or which are rules of public policy.

It is submitted that this solution is the most appropriate. You can provide greater consistency and harmony in adjudication if you let an open system of rules such as the *lex mercatoria* govern the contract than if you try and shake a cocktail of the rigid rules of national law and the open rules of the *lex mercatoria*. Unless the parties have agreed otherwise, the *lex mercatoria* should therefore replace national law.

In international cases it has one great advantage. When the *lex mercatoria* is applied, and those who are involved in the proceedings - parties, counsels and arbitrators - are from different countries, all plead and argue on an equal footing: nobody has the advantage of having the case pleaded and decided by his own law, and nobody has the handicap of seeing it governed by a foreign law.

It is much in dispute whether arbitrators should be permitted to apply the *lex mercatoria* when the parties have not chosen it. The French, Italian and Dutch laws of civil procedure allow the arbitrators to do so. English law and most of the laws which have incorporated the UNCITRAL Model Law seem to permit the arbitrators to apply non-national rules of law only when the parties have chosen them as applicable to the substance of the dispute.

5.3. May courts apply the *lex mercatoria*?

It is the general opinion that under the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations the courts must apply national law even though the parties should have chosen the *lex mercatoria*.³¹⁾

However, even if the courts consider the *lex mercatoria* to be too diffuse and reject it on that ground, they will probably have to give effect to the parties' choice of the UNIDROIT Principles or the PECL as an *incorporation*. The contract will then be governed by a national legal system. The Principles will apply to the extent that their rules do not violate mandatory rules of that system.. In addition the courts will have to give effect to those rule of the forum or another law closely connected with the issue which are directly applicable to the issue or which are rules of public policy.

The Dutch professor *Katharina Boele-Woelki* has proposed that in a future amendment to art 3 (I) of the Rome Convention it should be provided that the parties be permitted to choose the *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* or the *Principles of European Contract Law* not merely as an incorporation but as the rules of law governing the contract³²⁾.

Professor *Boele-Woelki* seems to be of the opinion that the parties should be permitted to combine their choice of the Principles with the choice of other elements of the *lex mercatoria* to govern those issues in contract which are not covered by the Principles.³³⁾

This would mean that parties to an international commercial contract would have their contract governed by the Principles, be it the UNIDROIT Principles or the PECL, by the usages and practices of international trade, by the common core of the legal systems or of those systems to which the contract is connected and by other sources which make out the *lex mercatoria*. It would replace the national law as the law governing the contract. However, as was mentioned above, courts and arbitrators must observe the public policy of the forum country and in some cases also the directly applicable rules of another country closely connected with the contract.

³¹⁾ *Lagarde* says in *Revue critique de droit international privé*, 1991 p 300: "La Convention de Rome s' est placé dans la perspective d'un choix par les parties d'une loi étatique.

³²⁾ See *K. Boele-Woelki, Principles en IPR* , Utrecht 1995 (ISBN 90-5458-287-1) and *Principles and Private International Law*, in *Uniform Law Review* 1996 p 652ff .

³³⁾ *Idem Uniform Law Review*, p 664 f.

Many of the arguments in favour of applying the *lex mercatoria* to international arbitration may also apply to the court's adjudication of international disputes.

Parties who go to court and have their dispute governed by a national law will often have the benefit of more foreseeability but must expect more rigidity. Parties who choose the *lex mercatoria* must be prepared to have a more open and flexible system govern their dispute. The judge who applies the *lex mercatoria* will act as a social engineer more than the judge who applies national law.

However, national law also has white spots. No legal system provides a predictable answer to any legal issue, and every system provides rules which the courts do not find appropriate for the situation at hand. In such situations judges sometimes substitute the rules of law by their concept of what they believe to be expedient, fair and just. This is sometimes necessary, especially since many legal systems carry with them ancient relics of a dead past.

Under the present rapid change of technique and legal values contracts and other relationships can only be governed by rules which leave a certain latitude for the court's discretion. Also national rules must be developed taking into account the changed situations. Many judges make themselves guilty of "double-speak" when they deny that they now and then strain the rules of their codes and precedence. If by the law of a country one understands what the courts do in fact, the national legal system is more pluralistic than many lawyers would like to admit. Applying the *lex mercatoria* is not something to which most judges will be unaccustomed.

Furthermore, state courts have accepted that arbitrators apply a non-national legal system. Why should the courts not be permitted to do so themselves? The experienced judges of those courts which frequently deal with international commercial cases are at least as suitable to apply the *lex mercatoria* as are the arbitrators. It seems therefore that if the parties so decide state courts dealing with international cases should be authorised to apply the *lex mercatoria* to replace national law. The common legal tradition, and the common social and economic background will often guide the European judge in the same direction as his brethren in other countries, and this is a safeguard against the application of "undefined and indefinable standards" which the antagonists of the *lex mercatoria* fear.

Nekrolog over Hovedsædeteorien?

af
Søren Friis Hansen

1. Baggrunden for undersøgelsen

1.1. Milepæl for europæisk selskabsret

Den 9. marts 1999 klokken 12:00 blev EU-domstolens afgørelse i sag C-212/97, Centros limited mod Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, offentliggjort på EU-domstolens hjemmeside. Denne dato kan vise sig at blive en milepæl i udviklingen af europæisk selskabsret. Centros-dommen er uden tvivl den væsentligste afgørelse fra EU-domstolen på selskabsrettens område, og det må forventes, at dommen vil give anledning til megen diskussion i de kommende år.¹⁾ Med dommen er der åbnet op for et "marked for selskabsret" inden for EU, således at de erhvervsdrivende i Europa frit kan vælge det lands selskabsret, der passer bedst til deres behov, uanset i hvilken EU-medlemsstat erhvervsvirksomheden drives.

1.2. Selskabsret er national ret

På trods af at en stor del af selskabsretten i dag er harmoniseret i EU, er selskabsret fortsat national ret. Dette betyder, at det er nødvendigt at fastlægge et selskabs nationalitet, for derigennem at bestemme, hvilke selskabsretlige regler, det er underlagt.²⁾ I EU har der for så vidt angår fastlæggelse af selskabers nationalitet, stået en uforsonlig strid mellem på den ene side hovedsædeteorien og på den anden side registreringsteorien, jvf. nærmere nedenfor afsnit 4. Hovedsædeteorien har i mange år været udsat for kritik. Kritikken har navnlig gået på, at teorien angiveligt er i strid med den

¹⁾ Se hertil Kieninger, ZGR 1999, s. 724, der betegner afgørelsen som hørende til "causes célèbres des Europäischen Gerichtshofs", og som bemærker, at dommen allerede har medført en vis sindsbevægelse i Tyskland.

²⁾ Hertil bl.a. Peter Arnt Nielsen, International privat-og procesret (1997), s. 629f samt Klinke, ZGR 1993, s. 3.

etableringsfrihed, der gælder for selskaber i kraft af artikel 43 og artikel 48 EF (tidligere art. 52 og 58). Den mest dramatiske konsekvens af Centros-dommen kan vise sig at blive, at hovedsædeteorien ikke længere kan håndhæves ved de nationale domstole. Formålet med denne undersøgelse er at klarlægge, om det efter afgørelsen i Centros-dommen nu endelig er på tide at skrive nekrolog over hovedsædeteorien.

Det antages sædvanligvis, at selskabers nationalitet i henhold til gældende dansk ret fastlægges under anvendelse af registreringsteorien (jvf. nedenfor afsnit 4.1). Spørgsmålet om hovedsædteoriens forenelighed med gældende fællesskabsret er således ikke af umiddelbar interesse i Danmark. Når det alligevel fra et dansk synspunkt er relevant at undersøge Centros-dommens betydning for hovedsædeteorien, skyldes dette, at Danmark, såfremt hovedsædeteorien forsat kunne håndhæves ved de nationale domstole, kunne vælge at indføre denne ved lov. Herved ville man forsat kunne nægte at registrere en filial af Centros limited i Danmark.

En konstruktion, som den der blev anvendt i Centros-sagen, hvor personer, der er hjemmehørende i en medlemsstat, stifter et selskab i en anden medlemsstat, alene med henblik på at lade dette selskab udøve al sin aktivitet gennem en filial registreret i stifternes hjemland, kan betegnes som en *etableringskæde*.³⁾

2. Centros-sagen

På trods af at Centros-dommen allerede har været genstand for behandling andre steder i såvel Danmark⁴⁾ som Tyskland,⁵⁾ vil undersøgelsen blive indledt med et kort referat af sagen. Centros-sagen har baggrund i den forhøjelse af

³⁾ Jvf. Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel, Lærebog i selskabsret I (1999), s.104.

⁴⁾ Se hertil for så vidt angår danske kommentarer Karsten Engsig Sørensen, Nordisk Tidsskrift for Selskabsret 1999:2, s. 92 ff, og samme i Lars Bo Langsted (red), Selskabers kapital (1999), s. 147 ff, Werlauff, UfR 1999B, s. 163 ff, og (fra før EU-domstolens afgørelse) Koncernretten (1996), s. 83f, samt Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel, Lærebog i selskabsret I (1999), s. 104 ff.

⁵⁾ Jvf. hertil bl.a. Geyrhalter, EWS 1999, s 201 ff, Höfling, Der Betrieb 1999, s. 1206 ff, Sandrock, Betriebs Berater 1999, s. 1337 ff, Hofstötter, European Law Reporter 1999, s. 153 ff, Sedemund/Hausmann, Betriebs Berater 1999, s. 810f, Kieninger, ZGR 1999, s. 724 ff, samt Kindler, NJW 1999, s. 1993 ff, Bungert, Der Betrieb, 1999, s. 1841 ff, samt Sonnenberger/Großerichter, RIW 1999, s. 721 ff.

mindstekravet til anpartskapitalen, der blev gennemført i Danmark i 1991.⁶⁾ Med henblik på at omgå dette kapitalkrav stiftede ægtefællerne Bryde et engelsk private limited company, der svarer til et anpartsselskab i dansk ret. I England stilles ikke særlige krav vedrørende størrelse eller indbetaling af anpartskapitalen. Ægtefællerne Bryde stiftede derfor selskabet Centros limited i henhold til engelsk selskabsret med en kapital på 100 GBP, der ikke var indbetalt til selskabet. Selskabet blev registreret i England den 18. maj 1992. Ægtefællerne Bryde var danske statsborgere og havde bopæl i Danmark. Centros limited havde adresse i England hos en bekendt af Bryde, men havde i øvrigt ingen aktiviteter i England.

I henhold til ASL § 152 skal en filial af et udenlandsk selskab anmeldes til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.⁷⁾ Erhvervs- og Selskabsstyrelsen nægtede at registrere en filial af Centros limited i Danmark under henvisning til, at der var tale om en omgåelse af de danske regler vedrørende mindstekrav til anpartskapitalen.⁸⁾ Sagen blev indbragt for Østre Landsret, der gav Erhvervs- og Selskabsstyrelsen medhold ved dom af 8. september 1995, jvf. Skat Udland 1995.324Ø. Herefter blev sagen indbragt for Højesteret, der ved beslutning af 3. juni 1997 valgte at forelægge sagen for EU-domstolen som et præjudicielt spørgsmål i henhold til Artikel 234 EF (tidligere artikel 177).

Generaladvokat La Pergola fremlagde forslag til afgørelse i sagen den 16.7.1998. Generaladvokaten afviste de af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen fremførte argumenter. EU-Domstolen afsagde dom i fuldt plenum den 9. marts 1999. Domstolen slog udtrykkeligt fast (præmis 18), at traktatens regler om etableringsfrihed finder anvendelse i situationer, hvor to danske statsborgere af danske myndigheder får afslag på at få registreret en filial af et engelsk

⁶⁾ Forhøjelsen blev vedtaget med lov nr. 886 af 21. december 1991. Mindstekravet blev forhøjet fra 80.000 DKK til 200.000 DKK. Mindstekravet er siden i forbindelse med vedtagelsen af den ny anpartsselskabslov fra 1996 (lov nr. 378 af 22. maj 1996) blevet nedsat til de nugældende 125.000 DKK, jvf. ApSL § 1, stk.3. Se om udviklingen i mindstekapitalkravet til anpartsselskaber hos Søren Friis Hansen, Anpartsselskaber efter loven af 1996 (1998), s. 18f med henvisninger.

⁷⁾ I henhold til det elvte selskabsretlige direktiv skal filialer af selskaber fra andre EU-stater offentliggøre en række oplysninger vedrørende selskabet og filialen gennem værtsstatens selskabsretlige registreringsmyndigheder. I dansk ret er 11. direktivs regler om filialer implementeret i ASL kapitel 17 (§§ 147 - 152) (ApSL § 68).

⁸⁾ Erhvervsankenævnets praksis på området fremgår af ankenævnets afgørelser af hhv. 24. november 1995 (Årsberetningen, s. 200 ff) og 12. januar 1996 (Årsberetningen s. 136 ff).

selskab, der alene udøver virksomhed i Danmark. Domstolen konkluderede herefter (præmis 39, mine fremhævelser, SFH):

"Det forelagte spørgsmål skal herefter besvares med, at traktatens artikel 52 [nu 43] og 58 [nu 48] er til hinder for, at en medlemsstat nægter registrering af en filial af et selskab, som er stiftet i henhold til lovgivningen i en anden medlemsstat, hvor det har sit hjemsted, men ikke driver erhvervsmæssig virksomhed, når filialen ønskes oprettet, for at selskabet kan drive hele sin virksomhed i den stat, hvor filialen oprettes, således at det undgås at stifte et selskab i den sidstnævnte stat og derigennem, at de i denne stat gældende regler om stiftelse af selskaber, som er strengere med hensyn til indbetaling af en mindste selskabskapital, finder anvendelse. Denne fortolkning udelukker dog ikke, at den pågældende medlemsstats myndigheder kan træffe enhver foranstaltning, som er egnet til at hindre svigagtige forhold eller som består i, at der kan pålægges sanktioner i anledning af sådanne forhold, enten over for selskabet selv, i givet fald i samarbejde med den medlemsstat, hvori selskabet er stiftet, eller over for selskabsdeltagerne i tilfælde, hvor det godtgøres, at de gennem stiftelse af et selskab reelt søger at unddrage sig deres forpligtelser over for private eller offentlige kreditorer på den pågældende stats område."

Domstolen bemærkede dog (præmis 25), at nationale domstole under visse omstændigheder: *"på grundlag af objektive elementer [kan] tage misbrug eller svigagtig adfærd i betragtning som grundlag for i konkrete tilfælde at afvise, at vedkommende kan drage fordel af de påberåbte fællesskabsretlige forskrifter"*. Det forhold, at et selskab ikke driver virksomhed i det land, hvor det er registreret, kan dog aldrig i sig selv begrunde, at der er tale om misbrug eller svigagtigt forhold, jvf. præmis 29, der udtrykkeligt henviser til Segerssagen.⁹⁾

Domstolen afviste endvidere, at en registreringsnægtelse kan være berettiget ud fra hensynet til at beskytte offentlige kreditorer og beskyttelsen mod konkursrytteri (præmis 32 - 34). Domstolen bemærkede i præmis 37, at der: *"i modsætning til hvad de danske myndigheder har anført, vil kunne træffes mindre restriktive foranstaltninger eller foranstaltninger, der i mindre omfang griber ind i de grundlæggende friheder, f.eks. derved, at offentlige kreditorer i henhold til lovgivningen får mulighed for at kræve, at de nødvendige garantier stilles"*. Det blev i denne relation fremhævet, at Centros limited ikke

⁹⁾ Jvf. Sag 79/85, præmis 16.

havde forsøgt at skjule over for kreditorer og medkontrahenter i Danmark, at der var tale om en filial af et engelsk anpartsselskab.

3. Selskabers etableringsfrihed i EU

3.1. Primær etablering

En af de afgørende friheder i EU er retten til ved udøvelse af erhvervsvirksomhed at etablere sig i andre medlemsstater, jvf. artikel 43 EF (tidligere art. 52). Denne ret gælder også for selskaber, der er hjemmehørende i en medlemsstat, jvf. artikel 48 EF (tidligere art. 58). Ved udøvelse af etableringsretten sondres mellem hhv. primær og sekundær etablering. For så vidt angår selskabers primære etablering må sondres mellem to typer af etablering.¹⁰⁾ Ved en *oprindelig primær etablering* forstås den oprindelige stiftelse af et selskab. Der er ingen tvivl om, at personer fra en EU-medlemsstat har ubetinget ret til at oprette en erhvervsvirksomhed i en anden medlemsstat, og at dette kan ske inden for rammerne af et selskab i den pågældende medlemsstat.

Når et selskab er stiftet opstår spørgsmålet, om selskabet kan gennemføre en *efterfølgende primær etablering*, hvorved forstås et selskabs mulighed for at gennemføre et nationalitetsskifte under bevarelse af sin retssubjektivitet. EU-domstolen har i sin berømte Daily Mail-afgørelse fra 1988 haft lejlighed til at tage stilling til forholdet mellem efterfølgende primær etablering og reglerne om etableringsfriheden.¹¹⁾

Et engelsk selskab havde ønsket at flytte sit hovedsæde til Holland med henblik på at opnå en skattebegunstigelse. EU-domstolen bemærkede (præmis 19), at: "*selskaber i modsætning til fysiske personer er enheder oprettet i henhold til en national retsorden, og på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin en national retsorden. De eksisterer kun i kraft af de forskellige nationale lovgivninger, som er bestemmende for deres stiftelse og funktion*". Da forskellene i de nationale lovgivninger vedrørende aktieselskabers nationale tilknytning og muligheden for at skifte vedtægtsmæssigt eller reelt hjemsted ikke kunne anses for værende

¹⁰⁾ Se om oprindelig og efterfølgende primær etablering hos Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel, *Lærebog i selskabsret I* (1999), s. 99f.

¹¹⁾ Se Domstolens afgørelse af 27. september 1988 (Sag 81/87). Dommen har afstedkommet et stort antal kommentarer, se for Danmarks vedkommende eksempelvis Mette Neville, *Juristen*, 1997, s. 167, Karsten Engsig Sørensen i Lars Bo Langsted (red), *Selskabers kapital* 1999, s. 158f, samt Werlauff, *EU-ret & Menneskeret*, 1998, s. 90f.

omfattet af Traktatens regler om etableringsretten, konkluderede EU-domstolen (præmis 25), at: *"Traktatens artikler 52 og 58 [nu 43 og 48] skal fortolkes således, at de ikke på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin giver et selskab, som er stiftet i henhold til lovgivningen i en medlemsstat, hvor selskabet ifølge sine vedtægter har hjemsted, nogen ret til at flytte sit hovedsæde til en anden medlemsstat."*

Det må således konkluderes, at en efterfølgende primær etablering "på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin" **ikke** er beskyttet af EF-Traktatens regler om etableringsfrihed.¹²⁾ Det skal nedenfor diskuteres, hvilken betydning EU-domstolens afgørelse i Centros-sagen kan antages at have sammenholdt med Daily-Mail-dommen. Med henblik på at skabe hjemmel til, at selskaber kan gennemføre en efterfølgende primær etablering under bevarelse af selskabets retssubjektivitet, fremlagde Kommissionen i efteråret 1997 et foreløbigt udkast til et 14. selskabsretligt direktiv.¹³⁾

3.2. Sekundær etablering

For så vidt angår selskabers sekundære etablering sondres mellem på den ene side *indirekte sekundær etablering*, hvilket sker gennem oprettelse af et datterselskab i etableringsstaten, og på den anden side *direkte sekundær etablering*, hvilket sker gennem oprettelse af en filial eller agentur i etableringsstaten.¹⁴⁾

Der kan være grund til at overveje, om der i Centros-sagen overhovedet var tale om en sekundær etablering, eftersom Centros Ltd ikke havde nogen aktiviteter i England, men alene havde et "registered office" der. Selskabets aktivitet blev derimod udøvet i Danmark.¹⁵⁾ I Segers-sagen blev en tilsvarende

¹²⁾ Jvf. hertil bl.a. Ruth Nielsen, EU-ret (2.udg.1999), s. 304f.

¹³⁾ Direktivet er kommenteret hos Mette Neville og Karsten Engsig Sørensen, Nordisk Tidsskrift for Selskabsret, 1999:1, s. 37 ff.

¹⁴⁾ Jvf. Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel, Lærebog i Selskabsret I (1999), s. 102.

¹⁵⁾ Se hertil Kieninger, ZGR 1999, s. 729f og s.735, der antager, at Centros-dommen er baseret på en udvidelse af filialbegrebet. Problemet berøres tillige hos generaladvokat la Pergola, jvf. dennes forslag til afgørelse, fodnote 27.

konstruktion betragtet som en sekundær etablering.¹⁶⁾ I Centros-sagen har både Domstolen og generaladvokaten konsekvent betragtet Centros ltd som den primære etablering, og forsøget på at registrere en filial i Danmark som et udtryk for dette selskabs udøvelse af sekundær etablering. Med baggrund i Segers-dommen og Centros-dommen må det således konkluderes, at for så vidt angår retten til at påberåbe sig fællesskabsretten, betragtes stiftelse af et selskab som en (oprindelig) primær etablering, uanset det stiftede selskab ikke har nogen erhvervsmæssig aktivitet i stiftelseslandet. Såfremt det således stiftede selskab opretter filialer i andre medlemsstater, betragtes dette som en (direkte) sekundær etablering i henhold til artikel 43 EF (tidligere artikel 52).

4. Registreringsteorien og hovedsædeteorien

4.1. Registreringsteorien

Som anført har der inden for EU hidtil været anvendt to konkurrerende teorier til fastlæggelse af selskabers nationalitet. De fleste selskaber skal i forbindelse med stiftelsen registreres hos en national myndighed. I henhold til registreringsteorien er det afgørende kriterium ved fastlæggelsen af et selskabs nationalitet, i hvilket land selskabet er stiftet og registreret. Registreringsteorien blev udviklet i England i løbet af attenhundredetallet.¹⁷⁾ Teorien anvendes i dag

¹⁶⁾ Jvf. udtrykkeligt Sag 79/85, præmis 16. Se kritisk (fra før afsigelsen af Centros-dommen), Vanessa Edwards, *EC Company Law* (1999), s. 347f, der anfører, at Segers i realiteten var udtryk for en primær etablering, og som beklager, at Generaladvokat La Pergola i sit forslag til afgørelse i Centros-sagen ligeledes lagde op til anvendelse af reglerne om sekundær etablering. Se tillige Kindler, *MünchKommBGB* (3.Aufl.1999) IntGesR, Rd.Nr. 362, der bemærker, at Segers-sagen ligger i grænselandet mellem primær og sekundær etablering.

¹⁷⁾ Se om registreringsteoriens oprindelse hos Ebenroth/Sura, *RabelsZ* 1979, s. 326f, der anfører, at registreringsteorien blev udviklet for at engelske handelsinteresser kunne sikres i de engelske kolonier.

bortset fra England¹⁸⁾ desuden af Irland, Sverige,¹⁹⁾ og Holland.²⁰⁾ I Danmark blev det tidligere antaget, at hovedsædet var afgørende for, om der var tale om et dansk selskab.²¹⁾ Siden Allan Philip i sin disputats i 1961 lagde vægt på registreringsteorien, har der været bred enighed i teorien om, at et selskabs nationalitet efter gældende dansk ret fastlægges gennem anvendelse af registreringsteorien.²²⁾ Denne antagelse bekræftes indirekte af, at hovedsædeteorien ikke blev gjort gældende af Danmark som hjemmel for at afvise registrering af en filial af Centros limited.²³⁾ I dansk skatteret anvendes registreringsteorien som udgangspunkt, når det skal fastlægges, om et selskab er fuldt skattepligtigt i Danmark. Ved siden af registreringsteorien anvendes hovedsædeteorien, idet et selskab, der har sit faktiske hovedsæde i Danmark uden at være registreret her, tillige er fuldt skattepligtigt her i landet.²⁴⁾

Den store fordel ved registreringsteorien ligger i, at det er meget let at afgøre, hvilken nationalitet et selskab har. Desuden gør teorien det muligt for et selskab at forlægge sit hovedsæde fra stiftelseslandet til et andet land,

¹⁸⁾ Se for gældende engelsk ret eksempelvis Dicey & Morris, *The Conflict of Laws* (12th ed. 1993), s. 1103 ff, Kuenigl v Donnersmarck, 1 QB 515, [1955] 1 All ER 46, samt L.S. Scaly, *Cases and Materials in Company Law* (6th ed.1996), s. 105.

¹⁹⁾ Jvf. Michael Bogdan, *Svensk internationell privat- och processrätt* (5. uppl.1999), s. 150f.

²⁰⁾ I italiensk ret trådte en ny lov om international privatret i kraft 1.1.1995. Loven medfører, at der for så vidt angår fastlæggelse af selskabers nationalitet tages udgangspunkt i registreringsteorien. For så vidt angår selskaber med hovedsæde i Italien anvendes dog italiensk ret. Se nærmere Kindler, *RabelsZ* 1997, s. 223 ff (s. 282f).

²¹⁾ Se hertil Torp, *Den Danske Selskabsret* (1919), s. 288, og H.B.Krenchel, *Håndbog i dansk aktieret* (2.udg.1954), s. 43f.

²²⁾ Jvf. Allan Philip, *Studier i den internationale selskabsrets teori*, (1961), s. 162 ff, og samme, *Dansk international privat- og procesret* (3.udg.1976) s. 357 ff. Se i øvrigt eksempelvis Gomard, *Aktieselskaber & anpartsselskaber* (3.udg.1996), s. 27, Paul Krüger Andersen, *Aktie- og anpartsselskabsret* (5.udg.1997), s. 88, samt Mette Neville, *Juristen* 1997, s. 150 med henvisninger.

²³⁾ Det er i øvrigt bemærkelsesværdigt, at Danmark enkelte steder anføres som et hovedsædeland, jvf. eksempelvis Sedemund/Hausmann, *Betriebs Berater* 1999, s. 810 og Di Marco i *ZGR* 1999, s. 4f samt senest Kindler, *MünchKommBGB* (3.Aufl.1999) *IntGesR* Rd.Nr. 382 (s. 130).

²⁴⁾ Jvf. *Selskabsskattelovens* § 1, stk. 1 og § 1, stk.6. Se om hovedsædeteoriens anvendelse i skatteretten, Henrik Dam i *Festschrift til Taksøe-Jensen* (1999), s. 278 ff.

såfremt der skulle opstå behov herfor, uden at dette har konsekvenser for anerkendelsen af selskabet som et selvstændigt retssubjekt.

4.2. Hovedsædeteorien

Hovedsædeteorien blev udviklet i Tyskland og Frankrig i midten af atten-hundredetallet med henblik på at udelukke omgåelse af de nationale selskabsretlige regler. Hovedsædeteorien giver anledning til en række problemer, idet det bl.a. skal fastlægges, hvad der forstås ved et selskabs hovedsæde.²⁵⁾ Da formålet med denne undersøgelse er at afklare, om hovedsædeteorien fortsat kan håndhæves i national ret, vil der blive fokuseret på, hvilke konsekvenser hovedsædeteorien har i praksis for udenlandske selskaber, der ønsker at etablere sig med en filial i Tyskland.

I Tyskland slog hovedsædeteorien igennem i retspraksis i begyndelsen af 1900-tallet,²⁶⁾ medens teorien først synes have slået endeligt igennem i litteraturen henimod slutningen af tresserne.²⁷⁾ Indtil Centros-sagen var der i tysk litteratur enighed om, at selskabsstatuttet i henhold til gældende tysk ret fastlægges gennem anvendelse af hovedsædeteorien.²⁸⁾ Fordelen ved hovedsædeteorien er navnlig, at den giver den enkelte stat mulighed for at forebygge

²⁵⁾ Hertil bl.a. Mette Neville, *Juristen* 1997, s. 147f.

²⁶⁾ Ældre tysk retspraksis er behandlet hos Luchterhandt, *Deutsches Konzernrecht bei grenzüberschreitenden Konzernverbindungen* (1971), s. 12 ff og Koppensteiner, *Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht* (1970), s. 105f.

²⁷⁾ Se hertil BGH, dom af 30.1.1970, gengivet i NJW 1970, s. 998f, samt en overraskende kritisk kommentar fra Langen gengivet samme sted, som anfører, at dommen overser en række synspunkter i litteraturen til støtte for registreringsteorien. Se eksempelvis Koppensteiner, *Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht* (1970), s. 105 ff, der foretager en kritisk analyse af hovedsædeteorien.

²⁸⁾ Jvf. eksempelvis Ebenroth, *JZ* 1988, s. 22, Wiedemann, *Gesellschaftsrecht I* (1980), s. 785f Lutter/Hommelhoff, *GmbHG* (14.Aufl.1995), s. 8, samt senest Kindler, *MünchKommBGB*, (3.Aufl.1999), IntGesR, Rd.Nr. 264 (s. 88f).

omgåelse af nationale selskabsretlige regler, hvilket ofte fremhæves i tysk litteratur²⁹⁾ og retspraksis.³⁰⁾

Det er på denne baggrund bemærkelsesværdigt, at Tyskland har indgået en aftale med USA om gensidig anerkendelse af hinandens selskaber. Denne aftale betyder, at Tyskland i forhold til selskaber, som er hjemmehørende i USA, anvender registreringsteorien.³¹⁾ Endnu mere bemærkelsesværdigt er det, at det i tysk ret antages, at et amerikansk registreret selskab, der har sit faktiske hovedsæde i Tyskland, skal anerkendes som et gyldigt selskab i Tyskland. Kun hvor det amerikanske selskab ikke har nogen reel tilknytning til USA, vil anvendelse af genuine link-kriteriet føre til, at selskabet ikke anerkendes i Tyskland.³²⁾

Inden for EU har der i mange år været uenighed om harmonisering af visse dele af selskabsretten mellem navnlig Tyskland og England. Uenigheden har navnlig gået på spørgsmålet om medarbejdernes adgang til medarbejderrepræsentation i selskabets ledelse samt reglerne om organisation af selskabets ledelse. Denne uenighed har bl.a. medført, at tyskerne holder fast på hovedsædeteorien som værn imod, at tyske selskaber skal flygte til England.³³⁾

4.3. Hovedsædeteoriens anvendelse i tysk ret

I medfør af det elvte direktiv, skal filialer af aktie- og anpartsselskaber fra andre EU-medlemsstater registreres i det land, hvor filialen etableres. Disse regler er implementeret i den tyske Handelsgesetzbuch, jvf. § 13e HGB. Ved anmeldelse af en filial af et udenlandsk selskab i Tyskland, skal anmelderen

²⁹⁾ Således Ebenroth/Sura, RabelsZ 1979, s. 338f, og tillige Wiedemann, Gesellschaftsrecht, (1980), s. 785: *"Die Sitztheorie ist Schutztheorie. Der Gründerwille wird durch requalification korrigiert, um die Vorschriften zu berufen, die als Heimatrecht für die von der Gesellschaft und ihrem Unternehmen betroffenen Personengruppen gelten"*.

³⁰⁾ Se senest BayObLG, dom af 26.8 1998, hvor domstolen om hovedsædeteorien bemærker, at denne: *"bietet den besten schutz der Gläubigerinteressen, hat den Vorzug der Sachnähe und ermöglicht eine wirksame staatliche Kontrolle"*, jvf. RIW 1998, s. 967.

³¹⁾ Se hertil Ebenroth/Bippus, NJW 1988, s. 2142 og s. 2146 samt Werlauff, Konzernretten (1996), s. 79f og 85.

³²⁾ Jvf. hertil Kindler, MünchKommBGB (3.Aufl.1999) IntGesR, Rd.Nr. 245, 250 og 251 (s.82f).

³³⁾ Se hertil Großfeld/Jasper, RabelsZ 1989, s. 56, der anfører, at den manglende harmonisering for så vidt angår reglerne om medarbejderrepræsentation er *"das stärkste Argument für die Sitztheorie"*.

over for handelsregisteret dokumentere, at selskabet ikke har sit faktiske hovedsæde i Tyskland. Tilsvarende gælder ved enhver ændring af et registreringspligtigt forhold, herunder eksempelvis udskiftning af filialbestyreren eller en vedtægtsændring i selskabet. Handelsregisteret vil ved enhver anmeldelse foretage en prøvelse af, om betingelserne for registrering er opfyldt, herunder at selskabet ikke har sit faktiske hovedsæde i Tyskland.³⁴⁾ Den tyske praksis er senest kommet til udtryk i en afgørelse af 26.8.1998 fra OLG Bayern, gengivet i RIW 1998, s. 966 ff:

Selskabet A.Innenausbau limited var registreret i England. Den 17.9.1996 anmeldte selskabet en filial i Tyskland til registrering i det lokale Handelsregister. Dette blev afvist, hvorefter selskabet indbragte sagen for de tyske domstole. OLG Bayern konkluderede:

"Soll eine Zweigniederlassung einer - gegebenenfalls auch ausländischen Kapitalgesellschaft (vgl. § 13e HGB) - in das Handelsregister eingetragen werden, so setzt dies voraus, daß die betreffende Gesellschaft rechtlich besteht, also rechtsfähig ist. Diese Voraussetzung hat das Landgericht mit zutreffender Begründung verneint. Die in England gegründete Beschwerdeführerin, eine der deutschen GmbH vergleichbare Gesellschaft, kann in Deutschland nicht als rechtsfähig anerkannt werden."

Herefter bemærkede domstolen, at et selskabs nationalitet bestemmes i henhold til enten hovedsæde- eller registreringsteorien. Domstolen konstaterede, at hovedsædeteorien i henhold til tysk domspraksis finder anvendelse i tysk ret. Domstolen fandt ikke anledning til at fravige denne praksis, og konkluderede herefter (mine fremhævelser, SFH):

"Hat eine Gesellschaft im Ausland keinen Verwaltungssitz, sondern nur einen statuarischen Sitz, so kann sie nach dem Recht des Gründungsstaates zwar rechtsfähig sein. Aus der Sitztheorie folgt aber, daß sie im Inland nicht als rechtsfähig anerkannt werden kann".

Herefter henviste domstolen til EU-domstolens afgørelse i Daily Mail-sagen, der havde nægtet et selskab tilladelse til flytning af sit hovedsæde, hvilket måtte antages at bekræfte, at hovedsædeteorien ikke er i strid med Traktatens regler om etableringsfrihed. Det hed videre, at: *"Diese gilt daher auch wenn es - wie hier - um die Frage geht, ob die Zweignieder-*

³⁴⁾ Jvf. hertil Kindler, MünchKommBGB (3.Aufl.1999) IntGesR, Rd.Nr. 340 (s. 112).

lassung einer ausländischen Gesellschaft im Handelsregister eingetragen werden kann."

BayOLG konkluderede herefter, at da retstilstanden ikke havde ændret sig siden Daily Mail afgørelsen, var der ikke pligt til at forelægge spørgsmålet for EU-domstolen i medfør af artikel 234 EF (tidligere art 177).

Hvis der er sket registrering af en filial af et udenlandsk selskab i det tyske handelsregister, kan det senere vise sig, at det udenlandske selskab har flyttet sit faktiske hovedsæde til Tyskland, er konsekvensen, at det udenlandske selskab ikke længere anerkendes i Tyskland som et selvstændigt retssubjekt.³⁵⁾ Denne konsekvens udløses *automatisk* uden nærmere prøvelse af den enkelte sag.³⁶⁾ Se som eksempel på tysk praksis en afgørelse fra OLG Oldenburg vedrørende en tysk filial af selskabet "C.B.E. limited":³⁷⁾

C.B.E. limited blev registreret i England den 2.3.1989. Samme dag anmeldte selskabet en filial i Tyskland. Selskabet havde ingen aktiviteter i England. Det hed i afgørelsen at: *"Eine solche Non Resident Limited Company nach britischem Recht wird gelegentlich dazu benutzt, die Vorschriften des deutschen GmbH-Recht und andere Vorschriften zu umgehen"*. Herefter skulle selskabets retssubjektivitet bedømmes efter tysk ret. Dette betød, at selskabet blev betragtet som et ikke gyldigt stiftet tyske selskab, hvorfor filialbestyreren kom til at hæfte for betaling vedrørende nogle leverancer til filialen.

Det forhold, at en person, der har handlet på vegne af det ikke-ankendte selskab, kommer til at hæfte for de forpligtelser, som er indgået på selskabets vegne, begrundes de tyske domstole med en analog anvendelse af bestemmelsen i GmbHG § 11, stk.2.³⁸⁾ I øvrigt kommer tillige

³⁵⁾ Se hertil eksempelvis Behrens, RabelsZ 1988, s. 501f, Lutter/Hommelhoff, GmbHG (14.Aufl.1995), s. 7f, Kropholler, Internationales Privatrecht (1990), s. 459f samt Karsten Schmidt, ZGR 1999, s. 22.

³⁶⁾ Hertil Kindler MünchKommBGB (3.Aufl.1999) IntGesR Rd.Nr. 315 (s. 103).

³⁷⁾ Afgørelsen er afsagt den 4.4.1989 og gengivet i NJW 1990, s. 1422f.

³⁸⁾ Bestemmelsen vedrører hæftelsen for retshandler, som indgås på vegne af et selskab, der endnu ikke er registreret. Se tilsvarende OLG Hamburg, 20.2.1986, gengivet NJW 1986, s. 2199. Se for dansk ret ASL § 12, stk.1 (ApSL § 12, stk.1).

selskabsdeltagerne til at hæfte for de forpligtelser, der er påført selskabet i Tyskland.³⁹⁾

Nægtelse af at anerkende det engelske selskab som et retssubjekt i Tyskland har imidlertid andre vidtgående konsekvenser. Et ikke-registreret selskab har ikke procesevne. Dette betyder, at selskabet er afskåret fra at få rettigheder over fast ejendom indført i tingbogen i Tyskland.⁴⁰⁾ Den manglende anerkendelse af selskabet betyder endvidere, at selskabet er afskåret fra at håndhæve sine rettigheder ved de tyske domstole. Se hertil en afgørelse fra BayVerGH, jvf. NJW 1985, s. 2894.⁴¹⁾

En kreditor, der havde et krav mod "Firma D", havde foretaget udlæg i en maskine. Sagsøger, der var et engelsk private limited company, ønskede ved de tyske domstole at anfægte dette udlæg. Selskabets påstand var, at den pågældende maskine tilhørte selskabet og ikke debitor. Retten afviste søgsmålet med den begrundelse, at sagsøger i henhold til tysk international privatret ikke havde procesevne. Det hed: *"Der tatsächliche Verwaltungssitz der [Beschwerdeführerin] sei in [München]. Die Gründung der Gesellschaft, die eine GmbH nach englischem recht darstelle, sei nicht nach deutschem Recht erfolgt und damit unwirksam. In das deutsche Handelsregister (§§ 7, 11 GmbHG) sei sie nicht eingetragen"*.

Selskabet kærede straks afgørelsen under anbringende af, at der var tale om et i henhold til engelsk ret gyldigt stiftet selskab, og at dette derfor i henhold til artikel 52 EF (nu art 43) var beskyttet af Traktatens regler om etableringsfrihed. Dette måtte bl.a. indebære, at selskabet blev anerkendt som et retssubjekt i henhold tysk ret. Selskabet anmodede om en præjudiciel forelæggelse af spørgsmålet i medfør af artikel 177 EF (nu art. 234). BayVerfGH afviste, at der var grundlag for at forelægge spørgsmålet for EU-domstolen. Domstolen bemærkede, at: *"Das LG hat sich bei der Auslegung des Art. 58 EWGV auch der herrschenden Meinung angeschlossen,"* ifølge hvilken: *"Art 58 EWGV nur einen Programmsatz*

³⁹⁾ Se hertil Karsten Schmidt, ZGR 1999, s. 24f.

⁴⁰⁾ Ved anmeldelse til tinglysning skal selskabet over for tinglysningsmyndigheden bevise, at det i henhold til tysk ret er et retssubjekt, og at det således ikke har sit faktiske hovedsæde i Tyskland, jvf. Kindler, MünchKommBGB (3.Auf.1999) IntGesR Rd.Nr.342 (s.112f).

⁴¹⁾ Se allerede en afgørelse fra BGH af 17.10.1968, gengivet i NJW 1969, s. 188f. Se i øvrigt Kneubbe-Keuk, ZHR 1990, s. 327f.

enthalte, und daß dies die überwiegende Meinung sei, daß also die Sitztheorie nach dem EWG-Vertrag deshalb zumindest vorläufig noch gültig sei, daß sonach die Gesellschaft nach deutschem internationales Privatrecht wirksam gegründet worden sein müsse ". (min fremhævelse, SFH)

5. Centros-dommens betydning for Daily-Mail doktrinen

5.1. Manglende henvisning til Daily Mail?

Spørgsmålet om anvendelse af hhv. hovedsæde- eller registrerings-teorien nævnes på intet tidspunkt i Centros-sagen. EU-domstolens afgørelse i Daily Mail-sagen nævnes heller ikke på noget tidspunkt i Centros-dommen. På denne baggrund argumenterer flere forfattere for, at Daily Mail-afgørelsen fortsat står ved magt i sin helhed. Med Daily Mail afgørelsen blev det slået fast, at fastlæggelse af selskabers nationalitet "*på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin*" (d.v.s. i 1988), var et rent nationalt anliggende. Daily Mail afgørelsen er tillige fra navnlig tysk side blevet fortolket som Domstolens godkendelse af, at medlemsstaternes internationale privatret har forrang i forhold til reglerne om etableringsfrihed i Traktaten.⁴²⁾ Da EU-domstolen sædvanligvis udtrykkeligt gør opmærksom på, når der sker en ændring i Domstolens praksis,⁴³⁾ har den manglende henvisning til Daily-Mail afgørelsen i Centros-dommen været taget som udtryk for, at de enkelte medlemsstater i national ret fortsat er frit stillet med hensyn til håndhævelse af hovedsædeteorien.⁴⁴⁾ Det har ligefrem været anført, at inddragelse af den internationale privatret under

⁴²⁾ Se eksempelvis Klinke, ZGR 1993, s.7, der anfører, at: "*Das internationale Gesellschaftsrecht der Mitgliedstaaten und in folge auch die Sitztheorie sind niederlassungsfreiheitsresistent. Internationales Gesellschaftsrecht geht vor Niederlassungsfreiheit*". Se tillige Kindler, NJW 1999, s. 1997 og samme i MünchKommBGB (3.Aufl.1999) IntGesR Rd.Nr. 371 (s. 124f) samt Bungert, Der Betrieb 1999, s. 1842. Se fra før Daily Mail, Ebenroth/Sura, RabelsZ 1979, s. 341f. Se dog Knobbe-Keuk, ZHR 1990, s. 333, som anfører, at der på trods af Daily Mail afgørelsen fortsat må tages stilling til, om hovedsædeteorien er i overensstemmelse med etableringsretten.

⁴³⁾ Jvf. eksempelvis domstolens afgørelse i Keck, (C-267 + 268/91), præmis 16.

⁴⁴⁾ Jvf. således Karsten Engsig Sørensen, Nordisk Tidsskrift for Selskabsret, 1999:2, s. 103, der i mangel af holdepunkter for det modsatte antager, at Daily Mail fortsat er gældende ret, hvorfor medlemsstaterne fortsat kan håndhæve hovedsædeteorien. Se tillige Kindler, NJW 1999, s. 1996f, Bungert, Der Betrieb, 1999, s. 1843 samt Sonnenberger/Großerichter, RIW 1999, s.726.

EUs kompetenceområde ville være i strid med EU-traktaten,⁴⁵⁾ og at det vil stride mod subsidiaritetsprincippet, jvf. artikel 5, stk.2 EF.

Der kan anføres flere betragtninger imod dette argument. Indledningsvis bemærkes, at domstolen afgjorde sagen i fuldt plenum (15 dommere),⁴⁶⁾ og at det tog domstolen godt ni måneder at nå frem til en afgørelse. Domstolen har således uden enhver tvivl været sig sagens principielle karakter bevisst. Afgørelsen i Daily Mail vedrørte spørgsmålet om en *efterfølgende primær etablering*. Selskabsretten er til en vis grad harmoniseret inden for EU, men der er fortsat tale om national ret. Det må nødvendigvis være op til national ret at bestemme, hvilke selskaber man ønsker at anerkende som nationale selskaber. For så vidt angår dette aspekt, må Daily Mail dommen fortsat antages at være et udtryk for gældende ret.⁴⁷⁾

Det er ovenfor slået fast, at Centros-sagen vedrørte spørgsmålet om en *direkte sekundær etablering* for et selskab. De to lande, der var involveret i sagen, anvender begge registreringsteorien ved fastlæggelse af selskabers nationalitet. Der er derfor ingen umiddelbar modstrid mellem Centros-dommen og Daily Mail-dommen, som skulle gøre det nødvendigt for EU-domstolen at tage stilling til en ændring af sin hidtidige praksis.⁴⁸⁾ I øvrigt bør det understreges, at selvom man måtte antage, at der var tale om et brud med Domstolens hidtidige praksis, så er der ingen pligt for Domstolen til at redegøre herfor i sine afgørelser.⁴⁹⁾

Det afgørende argument mod det fremførte synspunkt, hvorefter medlemsstaternes internationale privatret under henvisning til Daily Mail-doktrinen fortsat skulle have forrang for traktatens bestemmelser om etableringsfrihed er imidlertid, at EU-domstolen *rent faktisk tilsidesatte den praksis, der havde udviklet sig i dansk international selskabsret for så vidt*

⁴⁵⁾ Jvf. Kindler NJW 1999, s. 1999, der anfører, at "*Internationales Gesellschaftsrecht geht vor Niederlassungsfreiheit*", hvorfor Centros-afgørelsen betegnes som et "*Kompetenzübergriff*" fra EU-domstolens side. Se i øvrigt Sandrock, Betriebs-Berater 1999, s. 1345, som anfører, at der med Amsterdamtraktaten (artikel 61, litra C, jvf. artikel 65 (tidligere art. 73i og 73m) er sket den ændring, at Rådet har fået kompetence til at udstede forskrifter inden for den internationale privatrets område.

⁴⁶⁾ Se om betydningen af domstolens sammensætning hos Ole Due i Festskrift til Ole Lando, (1997), s. 135.

⁴⁷⁾ Jvf. Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel, Lærebog i Selskabsret I (1999), s. 100f.

⁴⁸⁾ I samme retning Ebke, JZ 1999, s. 658 og navnlig Kieninger, ZGR 1999, s. 738.

⁴⁹⁾ v. Ole Due i Festskrift til Ole Lando (1997), s. 143f

angår etableringskæder. I henhold til dansk ret anvendes registreringsteorien ved fastlæggelse af selskabers nationalitet. For så vidt angik etableringskæder havde man i domstolspraksis, administrativ praksis og litteraturen udviklet en praksis til håndhævelse af denne teori, hvorefter der krævedes et "genuine link" mellem det selskab, der ønskede at få registreret en filial i Danmark, og dette selskabs hjemland.⁵⁰⁾ Denne praksis tilsidesatte EU-domstolen uden større tøven. Det hedder således bl.a i Centros-dommen (præmis 27): "*Retten til at stifte et selskab i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning og at oprette filialer i andre medlemsstater er således inden for et enhedsmarked et led i udøvelsen af den etableringsfrihed, der er garanteret ved traktaten*".⁵¹⁾ Det er på denne baggrund vanskeligt at se, at håndhævelse af hovedsædeteorien, skulle kunne tillægges forrang for reglerne i traktaten om etableringsfrihed, medens håndhævelse af registreringsteorien skulle være omfattet af fællesskabsretten og dermed underlagt Domstolens fortolkning.

Kindler anfører som forsvar for hovedsædeteorien, at et selskab, som i henhold til hovedsædeteorien ikke kan anerkendes, ikke opfylder betingelserne i henhold til artikel 48 EF (tidligere art. 58) for at kunne påberåbe sig retten til etablering på lige fod med fysiske personer. Herefter konkluderer Kindler:⁵²⁾

"Deshalb ist etwa die im Centros-Urteil des EuGH vom 9. 3. 1999 ausgesprochene Verpflichtung zur Eintragung der Zweigniederlassung

⁵⁰⁾ Se hertil bl.a. Peter Arnt Nielsen, International privat- og procesret (1997) s. 635, Werlauff, Koncernretten (1996), s. 82f, samt senest Werlauffs kommenterede aktieselskabslov (1999), s. 681f. Se tillige vedrørende oprindelsen af "genuine link-kriteriet", Karsten Engsig Sørensen, i Lars Bo Langsted (red), Selskabers kapital (1999), s. 167 ff. En tilsvarende praksis har været fulgt i Sverige. Denne praksis må nu ændres som en konsekvens af Centros-dommen, jvf. Olle Abrahamson, SvJT 1999, s. 778.

⁵¹⁾ Se Olle Abrahamsson, SvJT 1999, s. 778, der bemærker, at: "*Domen er påfallende kategorisk i sitt försvar av den fria etableringsrätten inom EU.*". I den tyske version af dommen kommer dette endnu stærkere til udtryk, idet det hedder, at retten til at stifte selskaber og lade disse oprette filialer i andre medlemsstater, "*folgt nämlich im Binnenmarkt unmittelbar aus der vom EG-Vertrag gewährleisteten Niederlassungsfreiheit*" (min fremhævelse, SFH).

⁵²⁾ v. MünchKommBGB (3.Aufl.1999) IntGesR Rd.Nr.368 (s.123). Se i samme retning Sonnenberger/Großerichter, RIW 1999, s. 726f, der fortsat vil tillade håndhævelsen af hovedsædeteorien ved de tyske domstole. Det anføres dog (s. 727), om Daily Mail dommen, at: "*Betroffen war damit die primäre Niederlassungsfreiheit; eine Auslegung des damaligen Art. 48 (nun 58) EGV dahingehend, daß Gesellschaften generell nur unter der Voraussetzung ihrer Anerkennung nach den dort nebeneinander aufgeführten IPR-Anknüpfungen Niederlassungsfreiheiten in Anspruch nehmen könnten, findet sich im Daily-Mail-Urteil nicht*" (minfremhævelse, SFH).

einer ausländischen Briefkastengesellschaft aus der Sicht eines Sitztheorie-Staates ohne Bedeutung (str.)."

Kindler anerkender selv, at dette ræsonnement er omtvistet ("streitig"). Domstolen slår i Centros-dommens præmis 17 fast, at en situation, hvor: *"et selskab, som er stiftet efter lovgivningen i en medlemsstat, hvor det har sit vedtægtsmæssige hjemsted, ønsker at oprette en filial i en anden medlemsstat hører under fællesskabsretten."* Herefter konkluderer Domstolen (præmis 18), at selv det forhold, at selskabet alene er stiftet med henblik på at undgå at opfylde de danske krav til selskabers mindstekapital, **ikke** udelukker, at selskabets oprettelse af en filial i Danmark er omfattet af etableringsfriheden i traktatens artikler 52 og 58 (nu artikel 43 og 48). For at et selskab kan sidestilles med en fysisk person ved udøvelse af etableringsfriheden kræves i henhold til artikel 48 alene, at selskabet er stiftet i henhold til en medlemsstats ret og at det har sit vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed inden for Fællesskabet. Det er således uden betydning for anvendelse af artikel 48 EF, om et selskab er anerkendt i en hovedsædestat eller ej.⁵³⁾

Det af Kindler anførte synspunkt forekommer ikke overbevisende, og det må konkluderes, at ræsonnementet ikke er overensstemmelse med gældende fællesskabsret.

5.2. Er hovedsædeteorien forenelig med etableringsfriheden?

Den danske Højesteret forelagde Centros-sagen som et præjudicielt spørgsmål for EU-domstolen. Det overordnede formål med bestemmelsen om præjudicielle spørgsmål i artikel 234 EF (tidligere art. 177) er at sikre ensartet anvendelse af fællesskabsrettens regler i alle EUs medlemsstater.⁵⁴⁾ Dette må

⁵³⁾ Se eksempelvis Craig & De Búrca, EU Law (2nd ed.1998), s. 756, der anfører, at: *"It is clear, that so long as a company is formed in accordance with the law of a Member State and has its registered office there and its principal business somewhere in the Community, it will be established in the first Member State within the meaning of the Treaty"* (forfatterens egen fremhævelse). Se tillige Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen, EU markedsret (1996), s. 410, samt Peter Troberg i Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag (5.Aufl.1997), s. 1/1426, Rd.Nr. 7.

⁵⁴⁾ Se hertil eksempelvis Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen, EU Markedsret (1996), der s. 83 om artikel 234 (tidligere art 177) anfører, at: *"såfremt det udelukkende var op til de nationale domstole at anvende EU-retten, ville et af de væsentligste formål med EU-retten, nemlig fællesskabsrettens ensartede anvendelse, gå tabt"*. Se tillige s.

nødvendigvis medføre, at nationale domstole i to forskellige medlemsstater er forpligtede til at nå til samme resultat, såfremt der er tale om to sager, der vedrører anvendelse af fællesskabsretten, og som *i enhver henseende er ens*. Det må således have formodningen mod sig, at reglerne om selskabers etableringsfrihed anvendes forskelligt i forskellige medlemsstater. EU-domstolen slår med Centros-dommen fast, at en etableringskæde er omfattet af fællesskabsrettens regler om etableringsfrihed i Artikel 43 og 48 EF (tidligere art. 52 og 48), jvf. således udtrykkeligt præmis 17.

Bungert anfører, at Centros-sagen vedrørte to medlemsstater, der begge anvender registreringsteorien ved fastlæggelse af selskabers nationalitet. På denne baggrund konkluderer Bungert, at en streng anvendelse af det fra amerikansk ret udviklede princip om "stare decedens" må føre til, at Centros-dommens afgørelse alene har betydning for disse stater, og dermed ikke har betydning for medlemsstater, der anvender hovedsædeteorien.⁵⁵⁾ Argumentet forekommer ikke overbevisende. For det første svækkes argumentets bærekraft af, at en del af de tyske kommentatorer, der fortsat forsvare retten til håndhævelse af hovedsædeteorien, fejlagtigt antager, at hovedsædeteorien finder anvendelse i dansk ret (jvf. ovenfor fodnote 23). Hertil kommer, at EU-domstolen vel tager udgangspunkt i sin egen tidligere praksis, men en streng anvendelse af princippet om stare decedens, som det navnlig kendes i engelsk ret, finder ikke anvendelse for EU-domstolen. Domstolen er således frit stillet med hensyn til at fravige egen tidligere praksis.⁵⁶⁾ Endelig ville en accept af det af Bungert fremførte synspunkt reelt medføre, at princippet om ensartet retsanvendelse af fællesskabsretten i de forskellige medlemsstater blev sat ud af kraft.

Hvis man antog, at medlemsstaterne fortsat var frit stillede med hensyn til håndhævelse af hovedsædeteorien (men ikke med hensyn til håndhævelse af registreringsteorien), ville dette medføre, at den tyske registreringsmyndighed lovligt ville kunne nægte registrering af en filial af et engelsk private limited company, som har sit faktiske hovedsæde i Tyskland, medens Erhvervs- og

139 vedr. EU-rettens forrang. Se i øvrigt Barnard & Sharpston, CML-Review 1997, s. 1116f, og Hans Krück, i Groeben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag (5.Aufl.1997), s. 4/611, hvor det hedder, at: *"...die einheitliche Auslegung des Gemeinschaftsrechts in allen Mitgliedstaaten zu den Grundprinzipien der Gemeinschaftsrechtsordnung gehört und durch keine wie immer gearteten Vorschriften des nationalen Rechts in Frage gestellt werden darf."*

⁵⁵⁾ Jvf. Der Betrieb 1999, s. 1843.

⁵⁶⁾ Hertil eksempelvis Neville Brown & Kennedy, The Court of Justice of the European Communities (4th ed.1994), s. 345 og 347.

Selskabsstyrelsen ville være afskåret fra at nægte registrering af en filial af et engelsk selskab, som havde sit faktiske hovedsæde i Danmark. Det ville i øvrigt have den groteske konsekvens, at de lande, der i dag anvender registreringsteorien, herunder eksempelvis Danmark, ved lov kunne gå over til hovedsædeteorien, hvorefter de nationale myndigheder lovligt ville kunne nægte at registrere en filial af det samme selskab.⁵⁷⁾ Domstolen tager stilling til spørgsmålet i præmis 21 og 22:

"En praksis som følges i en medlemsstat og som går ud på, at man under visse omstændigheder nægter at registrere en filial af et selskab, som har sit hjemsted i en anden medlemsstat,⁵⁸⁾ fører imidlertid til, at selskaber, der er stiftet i overensstemmelse med denne anden medlemsstats lovgivning, forhindres i at udøve den etableringsret, der er indrømmet dem ved traktatens artikel 52 og 58".

Heraf følger, at en sådan praksis udgør en hindring for udøvelsen af de friheder, der er garanteret ved de nævnte bestemmelser".

Det må konkluderes, at Domstolen således **ikke** sonderer mellem medlemsstater, der anvender hovedsæde- eller registreringsteorien.

Endelig forekommer det fremførte argument, hvorefter medlemsstaternes internationale privatret skulle være immun over for EU-rettens regler om etableringsfrihed for selskaber, ikke overbevisende. EU-rettens regler om varenes frie bevægelighed (artikel 28 EF) og den fri ret til at udbyde tjenesteydelser (artikel 49 EF) sætter således allerede i henhold til gældende fællesskabsret grænser for håndhævelsen af medlemsstaternes internationale privatret. På disse områder, skal medlemsstaternes kollisionsregler, som

⁵⁷⁾ Se hertil Karsten Engsig Sørensen, Nordisk Tidsskrift for Selskabsret 1999:2, s. 103. Se tillige Sonnenberger/Großerichter, RIW 1999, s. 727, der antager, at hovedsædestater fortsat kan nægte at registrere filialer, som er et led i en etableringskæde, medens registrerings-stater er afskåret herfra. Forfatterne synes dog selv at være kommet i tvivl om rimeligheden af det fremførte ræsonnement, idet de videre bemærker, at : *"Man kann es so ausdrücken: Der liberale Gesetzgeber wird bestraft, der reglementierende dagegen belohnt. Diese Konsequenz nimmt sich im Hinblick auf einen einheitlichen Markt reichlich merkwürdig aus; ob die daraus resultierenden unterschiedlichen Beschränkungsstandards aufgrund der Eigenart bestimmter nationaler Rechtsordnungen dauerhaft von Bestand sein werden, erscheint doch sehr fraglich."* (min fremhævelse, SFH).

⁵⁸⁾ Domstolen sigter her til etableringskæder, som de er defineret ovenfor, idet der med "hjemsted" menes "vedtægtsmæssige hjemsted", (i modsætning til det faktiske hovedsæde), jvf. den engelske tekst til dommen, der taler om "registered office".

hindrer den frie samhandel, retfærdiggøres under anvendelse af de af EU-domstolen udviklede kriterier.⁵⁹⁾

På etableringsrettens område har Domstolen med Centros-dommen udvidet selskabers ret til sekundær etablering til at omfatte etableringskæder. I denne relation må medlemsstaternes internationale selskabsret derfor ubetinget vige for EU-retten.

Det må således konkluderes, at en tysk domstol i henhold til gældende fællesskabsret har pligt til at registrere en filial af et udenlandsk selskab, **uanset** dette selskab er stiftet som et led i en etableringskæde, og derfor har sit faktiske hovedsæde i Tyskland. Den hidtidige tyske registreringspraksis, som bl.a. kom til udtryk i afgørelsen "Innenausbau ltd" refereret ovenfor, er således ikke længere forenelig med fællesskabsretten.⁶⁰⁾

5.3. Er hovedsædeteorien udtryk for skjult diskrimination?

Spørgsmålet er herefter, om det er i overensstemmelse med fællesskabsrettens etableringsregler, såfremt man i en medlemsstat nægter at anerkende et selskab som et selvstændigt retssubjekt, såfremt der er tale om et gyldigt stiftet udenlandsk selskab, der har sit faktiske hovedsæde i den pågældende medlemsstat. Det ses anført, at en sådan praksis ikke er udtryk for diskrimination på baggrund af nationalitet, jvf. artikel 12 EF (tidligere art.6).⁶¹⁾ Således anvender eksempelvis de tyske myndigheder reglerne om hæftelse i et Vorgesellschaft (§ 11 GmbHG) på såvel ikke-registrerede tyske anpartsselskaber som - analogt - på udenlandske anpartsselskaber, hvis faktiske hovedsæde befinder sig i Tyskland, men som ikke er blevet registreret i henhold til den tyske GmbHG.

⁵⁹⁾ Se hertil Roth, RabelsZ 1991, s. 623 ff. Se s. 651f vedrørende vares fri bevægelighed og s. 658f vedrørende fri bevægelighed for tjenesteydelser. Roth konkluderer (s. 671): *"Die notwendigerweise hier nur skizzenhaft ausgearbeitete Überblick über die Rolle des IPR bei der Verwirklichung des Binnenmarktes zeigt, daß Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit mitgliedstaatliches Recht, das Marktsplaltungen bewirkt, einem Rechtfertigungszwang anhand der "Allgemeininteressen"-Analyse ausgesetzt und zunehmend zu einer "Berücksichtigung" (und damit auch Anwendung) des Rechts des Herkunftslandes zwingt. Sachrecht und IPR geraten damit gleichermaßen unter Legitimationsdruck..."* (mine fremhævelser, SFH).

⁶⁰⁾ Jvf. således også Geyrhalter, EWS 1999, s. 201f og Kieninger, ZGR 1999, s. 739, samt Sedemund/Hausmann, Betriebs-Berater 1999, s. 810. Se dog Kindler, NJW 1999, s. 1998, og Bungert, Der Betrieb, 1999, s. 1843, der antager, at den hidtidige tyske registreringspraksis kan opretholdes.

⁶¹⁾ Hertil Ebke, ZHR 1987, s. 253f og senest Bungert, Der Betrieb, 1999, 1842.

Da imidlertid såvel direkte som skjult diskrimination er forbudt i henhold til bestemmelsen i artikel 43 EF (tidligere art 52),⁶²⁾ må der foretages en undersøgelse af, om den tyske praksis udgør en skjult diskrimination. For så vidt angår spørgsmålet om indirekte diskrimination kan fremhæves sag C-1/93, Halliburton Services:

Sagen vedrørte betaling af en afgift på salg af fast ejendom i Holland. Der kunne undtages fra denne afgift, såfremt der var tale om en overdragelser mellem aktie- og anpartsselskaber, der udgør en del af en koncern, hvis moderselskab ligeledes er et aktie- eller anpartsselskab, idet der dog skulle være tale om selskaber stiftet efter hollandsk ret.

Halliburton-koncernen, hvis moderselskab var hjemmehørende i USA, havde et datter anpartsselskab i Holland, Halliburton BV. Et tysk datter-GmbH af Halliburton koncernen solgte en fast ejendom i Holland til Halliburton BV. Da det tyske selskab ikke var et anpartsselskab stiftet efter hollandsk ret, nægtede de hollandske myndigheder afgiftsfritagelse.

Domstolen bemærkede (præmis 15), at: *"ligebehandlingsprincippet ikke blot udelukker åbenbar forskelsbehandling på grundlag af nationalitet eller hjemsted for så vidt angår selskaber, men også alle former for skjult forskelsbehandling som, ved anvendelsen af andre kriterier, i realiteten fører til samme resultat."* Herefter konkluderede Domstolen (præmis 19-20):

"Det bemærkes, at en afgift ved salg af en fast ejendom udgør en byrde, som belaster salgsbetingelserne for ejendommen og derfor påvirker sælgerens situation. I et tilfælde som det her foreliggende, hvor det drejer sig om et fast anlæg, står sælgeren ringere, end hvis selskabet havde valgt formen aktieselskab eller anpartsselskab for sine aktiviteter i Nederlandene.

Selv om forskelsbehandlingen kun indirekte påvirker de selskaber, der er stiftet i henhold til andre medlemsstaters ret, udgør den dog en forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, som er forbudt efter traktatens artikel 52 [nu 43]."

⁶²⁾ Se hertil Kneubbe-Keuk, ZHR 1990, s. 354.

På baggrund af den ovenfor gennemførte undersøgelse af hovedsædteoriens konsekvenser i tysk ret, må det konkluderes, at en medlemsstats håndhævelse af hovedsædteorien er et udtryk for indirekte diskrimination af udenlandske selskaber, der grundet den manglende anerkendelse af selskabets retssubjektivitet reelt forhindres i at udøve den i henhold til traktaten sikrede ret til fri etablering.⁶³⁾

5.4. Er Hovedsædteorien udtryk for en ikke-diskriminerende hindring?

Det har været omdiskuteret, om artikel 43 foruden et forbud mod direkte og skjult diskrimination kan siges at indeholde et forbud mod ikke-diskriminerende foranstaltninger (det såkaldte restriktionsforbud).⁶⁴⁾ Navnlig EU-domstolens afgørelser i hhv. Gebhard-sagen og Klopp-sagen er blevet taget om et udtryk for, at anvendelsesområdet for artikel 43 måtte udvides til at omfatte ikke-diskriminerende handlinger.⁶⁵⁾ Med EU-domstolens afgørelse i Centros-sagen ligger det fast, at også artikel 43 indeholder et restriktionsforbud, jvf. således udtrykkeligt præmis 34 (min fremhævelse, SFH).⁶⁶⁾

".. det fremgår af Domstolens praksis, at nationale foranstaltninger, der kan genere udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre attraktiv, skal opfylde fire betingelser:..."

⁶³⁾ Hertil eksempelvis Sandrock, RIW 1989, s. 509.

⁶⁴⁾ Se hertil Karsten Engsig Sørensen, Samarbejde mellem selskaber i EF (1993), s. 57 ff og Jesper Lau Hansen, TfR 1997, s. 614, der antager, at der ikke kan indfortolkes et forbud mod ikke-diskriminerende foranstaltninger i artikel 43. Se tillige Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen, EU Markedsret (1996), s. 452, der antager, at artikel 43 kun indeholder et restriktionsforbud på enkelte områder.

⁶⁵⁾ Jvf. sag 55/94 og tillige Sag 107/83, Klopp.

⁶⁶⁾ Således også Ruth Nielsen, EU-ret (2.udg.1999), s. 312. Se tillige (fra før Centros) Craig & de Búrca, EU Law, (2nd ed.1998), s. 748 og s. 758, Hjalte Rasmussen, EU-Ret i kontekst (3.udg.1998), s. 184f, samt Peter Troberg i Groeben/Thiesen/Ehlermann, Kommentar zum EU/EG-Vertrag (5.Aufl.1997), s. 1/1338, hvor det anføres, at: *"ein Gastland den vom Niederlassungsrecht Begünstigten auch solche Regelungen nicht entgegenhalten kann, die zwar für Inländer und Ausländer in gleicher Weise gelten, die aber eine Niederlassung erschweren, ohne dies durch ein objektives Allgemeininteresse geboten wäre"*.

Centros-dommen kan på denne baggrund ses som et udtryk for, at det princip om gensidig anerkendelse, der kendes fra reglerne om varenes fri bevægelighed, nu er gældende ret inden for EU-selskabsretten.⁶⁷⁾

Et selskabs udøvelse af etableringsfriheden forudsætter, at selskabet anerkendes som et selvstændigt retssubjekt i det land, hvor det ønsker at etablere sig.⁶⁸⁾ Retten til at oprette en filial i en anden medlemsstat, som er sikret i henhold til reglerne om etableringsfrihed, jvf. Centros-dommens præmis 27, må i øvrigt forudsætte, at det selskab, der ønsker at etablere filialen, anerkendes som et selvstændigt retssubjekt,⁶⁹⁾ eftersom eksistensen af en filial begrebsmæssigt forudsætter, at der eksisterer et bagvedliggende selskab. Det forhold, at man nægter at anerkende et gyldigt stiftet udenlandsk selskab som et selvstændigt retssubjekt må således konkluderes at udgøre en hindring for selskabets etablering. Den manglende anerkendelse af det udenlandske selskab medfører, at selskabsdeltagerne og en eventuel filialbestyrer kommer til at hæfte personligt for selskabets gæld.⁷⁰⁾ Hæftelsesbegrænsningen for kapitalselskaber er et væsentligt element i reguleringen af denne selskabstype. EU's elvte selskabsretlige direktiv indeholder bestemmelser, som netop skal sikre, at der i alle medlemsstater er mulighed for, at en enkelt fysisk person kan drive erhvervsvirksomhed med begrænset hæftelse.

Det er endvidere en alvorlig hindring for et udenlandsk selskabs udøvelse af etableringsretten, såfremt selskabet nægtes ret til at håndhæve sine rettigheder ved de nationale domstole i etableringslandet og afskæres fra at få registreret rettigheder over fast ejendom hos etableringslandets registreringsmyndigheder.

Såfremt man måtte finde, at håndhævelse af hovedsædeteorien ved nationale domstole ikke er et udtryk for skjult diskrimination, må det undersøges, om der er tale om en ikke-diskriminerende foranstaltning, som generer udøvelsen af etableringsfriheden eller gør dette mindre attraktivt. Ud fra en samlet betragtning må håndhævelsen af hovedsædeteorien, således som denne finder

⁶⁷⁾ Jvf. hertil bl.a. Höfling, *Der Betrieb*, 1999, s. 1207, Hofstötter, *European Law Reporter*, 1999, s. 156, og Werlauff, *UfR* 1999B, s. 170, der alle sammenligner Centros-dommens betydning for selskabsretten med Cassis de Dijon-dommens betydning for varenes fri bevægelighed.

⁶⁸⁾ Jvf. således Behrens, *RabelsZ* 1988, s. 499 og Sandrock/Austmann, *RIW* 1989, s. 252.

⁶⁹⁾ Se hertil Sandrock, *Betriebs-Berater* 1999, s. 1340f.

⁷⁰⁾ Se hertil v. Falkenhausen, *RIW* 1987, s. 818 - 822, der taler om "Durchgriffshaftung mit Hilfe der Sitztheorie", men som dog ikke diskuterer den tyske praksis overensstemmelse med EU-rettens regler om etableringsfrihed.

sted ved de tyske domstole i forhold til selskaber, som har sit faktiske hovedsæde i Tyskland, men som er gyldigt stiftet i henhold til udenlandsk ret, konkluderes, i hvert fald at være udtryk for en ikke-diskriminerende foranstaltning, der reelt hindrer udenlandske selskabers etablering i Tyskland.⁷¹⁾ Det må herefter undersøges, om den tyske praksis kan retfærdiggøres under anvendelse af de kriterier, som EU-domstolen har opstillet. Det må konkluderes, at nægtelse af at anerkende et fremmed selskab som et retssubjekt er udtryk for en national foranstaltning, som går videre end nødvendigt for at opnå sit formål.⁷²⁾ Det følger allerede heraf, at *den tyske praksis* vedrørende udenlandske selskaber, som har deres faktiske hovedsæde i Tyskland, *ikke er forenelig med etableringsfriheden*, således som denne fremgår af traktatens artikler 43 og 48 (tidligere 52 og 48) og EU-domstolens praksis.

5.5. En teori på lånt tid?

EU-domstolens udvidelse af etableringsfriheden til at omfatte etableringskæder, og de deraf følgende virkninger for håndhævelse af hovedsædeteorien ved nationale domstole kan på ingen måde betragtes som værende et lyn fra en klar himmel. Problemet omkring hovedsædetoriens overensstemmelse med etableringsfriheden har været diskuteret i mange år. Inden afsigelsen af Daily Mail dommen var der i tysk litteratur⁷³⁾ og

⁷¹⁾ Se hertil Kneubbe-Keuk, ZHR 1990, s. 344, der anfører, at det ikke har betydning, hvorledes hovedsædeteorien er formuleret. *"Entscheidend ist allein die Wirkung der Sitztheorie..."*. Det hedder videre, at: *"Die Abschirmung des Inlandsmarktes vor einer ausländischen Gesellschaft durch ihre Einstufung als 'nicht existente rechtsperson' ist in wirklichkeit eine massive fremdenrechtliche Maßnahme. Als solche hat sie vor den Grundfreiheiten nach Artt.52, 58 des EWG-Vertrages keinen Bestand"*.

⁷²⁾ Se således udtrykkeligt allerede Allan Philip, Dansk international privat- og procesret (3.udg.1976), s. 356 samt Koppensteiner, Internationale unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht (1970), s. 131f, der anfører. *"Deshalb ist die mit der Anwendung der Verwaltungssitztheorie stets verbundene Nichtigkeitsfolge typischerweise überflüssig und darüber hinaus den Interessen entgegen gerichtet, denen sie dienen soll"* (min fremhævelse, SFH).

⁷³⁾ Jvf. bl.a. Niessen, NJW 1986, s. 1408, der om den tyske praksis vedrørende nægtelse af at registrere en filial af et engelsk selskab anfører: *"Diese Entscheidungen stehen in klaren Widerspruch zum EWG-Vertrag"*. Se tillige Behrens, RabelsZ 1988, s. 498 ff (s. 522), der antager at hovedsædeteorien er udtryk for en skjult diskrimination, samt Timmermanns, RabelsZ 1984, s. 39

retspraksis⁷⁴⁾ således blevet rejst tvivl om hovedsædeteorien forenelighed med etableringsretten, og det blev fra flere forfatters side påpeget, at hovedsædeteorien måtte betragtes som et overgangsfænomen.⁷⁵⁾ Enkelte forfattere fremsatte fortsat denne kritik efter Daily Mail afgørelsen.⁷⁶⁾ De første tyske reaktioner efter afsigelsen af Centros-domme peger i retning af, at man også i Tyskland nu er nået til den erkendelse, at hovedsædeteorien dage nu er talte.⁷⁷⁾ Dog fremfører visse forfattere fortsat det synspunkt, at håndhævelse af hovedsædeteorien kan fortsætte uanfægtet efter Centros-dommen,⁷⁸⁾ omend der blandt enkelte af disse forfattere synes at kunne spores en vis usikkerhed.⁷⁹⁾

Navnlig fra tysk side er det blevet fremført, at Centros-dommen ikke har konsekvenser for lande, der anvender hovedsædeteorien. De argumenter, der fremføres til støtte for dette resultat kan imidlertid ikke holde overfor en nærmere prøvelse. Sammenfattende må det derfor konkluderes, at håndhævelse af hovedsædeteorien ved nationale domstole efter Centros-dommen, i forhold til selskaber fra andre EU-medlemsstater, der ønsker at udøve retten til sekundær etablering, **ikke** er i overensstemmelse med gældende fællesskabsret.

⁷⁴⁾ Se hertil den såkaldte "Landshuter Druckhaus III" afgørelse fra BayOLG, (18.9.1986, gengivet i RIW 1987, s. 52 ff), der vedrørte registreringen i Tyskland af en filial af et engelsk private limited company. Hertil bemærkede BayOLG, idet man henviste til, at artikel 48 EF (tidligere 58) måtte antages at have umiddelbar virkning: "*Sollte sich kein Verwaltungssitz in Großbritannien ergeben, so wird das Registergericht zu prüfen haben, ob etwa nach Art 52, 58 EWGV das Bestehen eines statuarischen Sitzes genügt*". Domstolen afviste dog at forelægge dette tvivlsspørgsmål for EU-domstolen.

⁷⁵⁾ Hertil Großfeld/König, RIW 1992, s. 435, der anfører, at: "*die Sitztheorie eine Theorie auf Zeit ist*".

⁷⁶⁾ Jvf. eksempelvis navnlig Sandrock/Austmann, RIW 1989, s. 252f og Knobbe-Keuk, ZHR 1990, s. 325 ff.

⁷⁷⁾ Klarest Sandrock, Betriebs-Berater 1999, s. 1341: "*Hinsichtlich Gesellschaften, die im Sinne des Art. 48 (ex-Art 58) Abs.1 EG-Vertrag als EG-angehörige Gesellschaften anzusehen sind, ist die Sitztheorie Rechtsgeschichte*". Se tillige Kieninger, ZGR 1999, s. 745, Höfling, Der Betrieb 1999, s. 1206, Geyrhalter, EWS 1999, s. 202f, samt fra dansk side Werlauff, UIR 1999B, s. 169, der bemærker, at "*der er vanskeligt at se, at hovedsædekriteriet kan opretholdes*".

⁷⁸⁾ Se således Kindler, NJW 1999, s. 1996 og Bungert, Der Betrieb, 1999, s. 1843f.

⁷⁹⁾ Hertil navnlig Sonnenberger/Großerichter, RIW 1999, s. 731f. Se iøvrigt det ovenfor (fodnote 52) anførte citat.

Herefter synes alene registreringsteorien at kunne danne grundlag for fastlæggelse af selskabers nationalitet inden for EU.⁸⁰⁾

De lande, der hidtil har anvendt hovedsædeteorien, må i den kommende tid overveje, om man fortsat ønsker at anvende denne teori i forhold til selskaber, som er hjemmehørende i stater, som ikke er med i EU. Dette spørgsmål må hver enkelt medlemsstat naturligvis selv afgøre, men det forekommer umiddelbart problematisk at anvende to forskellige kriterier til fastlæggelse af selskabers nationalitet i det daglige.⁸¹⁾ Hertil kommer, at et udenlandsk selskab, som måtte ønske at få adgang til det europæiske "marked for selskabsret", let kan få dette gennem stiftelse af et datterselskab i eksempelvis England.

6. Anvendelse af nationale regler på udenlandske selskaber

6.1. Überlagerungsteorien

Det spørgsmål, der melder sig i kølvandet på Centros-dommen, er, hvilke nationale retsregler, der kan håndhæves over for et selskab, der driver sin virksomhed gennem en etableringskæde. Det første spørgsmål, der skal undersøges er, om der kan tænkes en slags modificeret anvendelse af registreringsteorien.

Sandrock har som et forsøg på et kompromis mellem hovedsæde- og registreringsteorien fremlagt den såkaldte "Überlagerungstheorie".⁸²⁾ I henhold til denne teori tages udgangspunkt i registreringslandets selskabsret, men hvor et selskab flytter sit faktiske hovedsæde til et andet land, vil dette lands præceptive regler til beskyttelse af kreditorer, minoritetsdeltagere og medarbejdere kunne finde anvendelse. Denne teori ses ikke at være gældende ret i nogen medlemsstat.⁸³⁾ I Holland har man imidlertid i 1998 vedtaget en særlig lov, der lader visse grundprincipper fra hollandsk selskabsret finde

⁸⁰⁾ Jvf. således Sandrock, Betriebs-Berater 1999, s. 1342.

⁸¹⁾ Jvf. således Geyrhalter, EWS 1999, s. 202 og Sandrock, Betriebs-Berater 1999, s. 1341f.

⁸²⁾ Jvf. hertil Mette Neville, Juristen 1997, s. og Ebenroth, JZ 1988, s. 21f. Se i øvrigt Sandrock, RabelsZ 1978, s. 227 ff, Sandrock/Austen, RIW 1989, s. 249 ff, særligt s. 252f, samt Sandrock, Betriebs-Berater 1999, s. 1337 ff, der betegner Centros-dommen som: "*ein Etappensieg für die Überlagerungstheorie*".

⁸³⁾ Se kritisk over for Überlagerungsteorien, Ebenroth/Sura, RabelsZ 1979, s. 333f, og i øvrigt hertil Sandrock/Austmann, RIW 1989, s. 251, der konstaterer, at teorien ikke har slået igennem i praksis.

anvendelse på de såkaldte "pseudo foreign Corporations",⁸⁴⁾ hvortil Centros limited uden tvivl må regnes. Det må imidlertid konkluderes, at håndhævelse af denne lov i forhold til selskaber, der er hjemmehørende i EU, ikke er mulig efter Centros-dommen.⁸⁵⁾

Det centrale spørgsmål er herefter, i hvilket omfang en medlemsstat kan anvende nationale regler på udenlandske selskaber, der opererer på deres område gennem en etableringskæde. I skatteretlig henseende er det utvivlsomt, at hovedsædeteorien fortsat kan finde anvendelse, således at et selskab, der har sit faktiske hovedsæde i Danmark er fuldt skattepligtigt her i landet, jvf. hertil Selskabsskattelovens § 1. Det er ligeledes utvivlsomt, at den almindelige erhvervsregulering, der gælder i en medlemsstat, naturligvis kan finde anvendelse på selskaber, der udøver aktivitet i medlemsstaten, uanset dette sker gennem en etableringskæde. Såfremt en filial af Centros limited bliver registreret i Danmark, vil selskabets således naturligvis være underlagt dansk ret for så vidt angår offentligretlig regulering, herunder eksempelvis miljøregler, arbejdsret, markedsføring, forbruger beskyttelse og lignende, jvf. udtrykkeligt ASL § 150.

Centros-dommen vedrører alene *selskabsretten*. Sagen vedrørte eksplicit reglerne om selskabers kapital, men må tillige konkluderes at gælde for så vidt angår alle de regler, der hører til selskabsretten.⁸⁶⁾

6.2. Tilfælde, hvor fællesskabsretten ikke kan påberåbes

EU-domstolen har med Centros-dommen slået fast, at et selskab, der er hjemmehørende i en EU-stat ikke kan påberåbe sig fællesskabsrettens regler om etableringsfrihed, såfremt der i det konkrete tilfælde foreligger "*misbrug*

⁸⁴⁾ Se om den hollandske lov hos Timmermann, ZGR 1999, s. 148f samt Karsten Engsig Sørensen i Selskabers kapital (1999), s. 164f. Se Ebenroth/Sura, RabelsZ 1979, s. 329, der definerer sådanne selskaber som "*.Gesellschaften, die nominell in die sogenannten Oasenstaaten, z.B. Liechtenstein, Andorra, die Bahamas, Curacao oder Liberia, ausgewichen sind, ihre gesamte geschäftliche Tätigkeiten jedoch in Staaten entfalten, die über ein hochentwickeltes Wirtschafts- und Rechtssystem verfügen*".

⁸⁵⁾ Jvf. således også Karsten Engsig Sørensen, Nordisk Tidsskrift for Selskabsret 1999;2, s 101 samt Kieninger, ZGR 1999, s. 746.

⁸⁶⁾ Jvf. hertil allerede Koppensteiner, Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht (1970), s. 109 ff, der afviser en af Grasmann opstillet "Differenzierungslehre", hvorefter selskabsstatutet skulle kunne opdeles i dels det interne forhold selskabsdeltagerne imellem og dels det eksterne forhold til f.eks. kreditorerne. Se tillige Geyrhalter, EWS 1999, s. 203, der påpeger, at registreringsteorien finder anvendelse for så vidt angår "*das gesamte Gesellschaftsrecht*".

eller svigagtig adfærd i betragtning for i konkrete tilfælde at afvise, at vedkommende kan drage fordel af det påberåbte".⁸⁷⁾ Det må antages at denne formulering skal fortolkes snævert,⁸⁸⁾ og der må under alle omstændigheder foreligge en konkret mistanke om at anvendelse af en etableringskæde er begrundet i svigagtig adfærd. Det forhold, at der er tale om en etableringskæde er under ingen omstændigheder i sig selv tilstrækkeligt til at nægte et selskab adgang til at påberåbe sig etableringsfriheden, jvf. udtrykkeligt Centrosdommens præmis 24, ligesom udnyttelse af en anden medlemsstats selskabsretlige lovgivning ikke i sig selv udgør svig, jvf. præmis 27.⁸⁹⁾

6.3. Direkte diskrimination

En national bestemmelse, som diskriminerer udenlandske selskaber på baggrund af nationalitet, kan alene retfærdiggøres under henvisning til de hensyn, der er opregnet i artikel 46 EF (tidligere art. 56). Det forekommer usandsynligt, at regler, der vedrører selskabsretten skulle kunne falde ind under de i bestemmelsen nævnte hensyn, og generaladvokaten afviste da også, at diskriminerende bestemmelser, som er begrundet i økonomiske hensyn, kan retfærdiggøres under henvisning til artikel 46.

6.4. Retfærdiggørelse af restriktioner

For så vidt der er tale om en skjult diskrimination eller om en ikke-diskriminerende foranstaltning, som kan genere udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre attraktiv, kan en sådan i henhold til EU-domstolens praksis alene opretholdes, såfremt den

⁸⁷⁾ Den tyske tekst taler om, at: *Zwar können die nationalen Gerichte unter solchen Umständen im Einzelfall das missbräuchliche oder betrügerische Verhalten der Betroffenen auf der Grundlage objektiver Kriterien in Rechnung stellen..*".

⁸⁸⁾ Hertil indgående Sandrock, Betriebs-Berater 1999, s. 1343.

⁸⁹⁾ Se hertil Generaladvokat la Pergolas forslag til afgørelse i Centros-sagen, (s. I-21), hvor det udtrykkeligt hedder, at: *"I mangel af en fællesskabsretlig harmonisering må konkurrencen mellem medlemsstaternes retssystemer ("Competition among rules") derfor have frit spil, også på selskabsrettens område"*. Se nærmere om konkurrencen mellem forskellige landes retssystemer på selskabsrettens område hos Merkt, Rabels Zeitschrift, 1995, s. 545 - 567 og Karsten Engsig Sørensen, i Lars Bo Langsted (red.), Selskabers kapital (1999), s. 150f med henvisninger. Der er tale om et markant brud med en tidligere forestilling om, at harmoniseringen af selskabsretten netop havde til formål at hindre konkurrence mellem medlemsstaternes retssystemer, jvf. bl.a. Timmermanns Rabels Zeitschrift (1984), s. 14.

ationale bestemmelse: 1) anvendes uden forskelsbehandling, 2) er begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn, 3) er egnet til at sikre virkeliggørelsen af de forfulgte mål, samt 4) ikke går ud over hvad der er nødvendigt, jvf. således udtrykkeligt Centros-dommens præmis 34.

Inden for selskabsretten kan der tænkes tre interessegrupper, som kunne tænkes at have en beskyttelsesværdig interesse, som ville kunne kategoriseres under tvingende samfundsmæssige hensyn.

For så vidt angår minoritets-selskabsdeltagere er der som udgangspunkt intet hensyn at tage til disse. En anpartshaver vælger selv at investere i et selskab, og kan undlade at gøre dette, hvis der er tale om et selskab stiftet i henhold til udenlandsk ret. Hvis der som forudset i udkastet til det fjortende direktiv bliver mulighed for, at et eksisterende selskab under bevarelse af sin retssubjektivitet skifter nationalitet, bliver det nødvendigt at indføre særlige regler til beskyttelse af en minoritet. Den eneste situation, hvor en minoritet kunne have behov for særlig beskyttelse er i en situation, hvor en etableringskæde anvendes som et moderselskab eller datterselskab i forhold til det selskab, i hvilket en minoritet har interesser.

For så vidt angår selskabets kreditorer ligger det på baggrund af Centros-sagen klart, at henvisning til de tysk-inspirerede kapitalregler til beskyttelse af et kapital-selskabs kreditorer ikke er tilstrækkelig grund til at afvise registrering af en filial af et engelsk selskab. Dette må gælde for så vidt angår samtlige de i selskabslovene anvendte kreditorbeskyttelsesregler, herunder eksempelvis reglerne om egne aktier, samt det - relativt strenge - danske forbud mod aktionærlån.

Tvangskreditorer indtager i visse situationer en særstilling, og dette gælder navnlig statens krav på betaling af skatter og afgifter. Som anført ovenfor vil et selskab, der opererer i Danmark gennem en etableringskæde, i medfør af Selskabsskattelovens § 1, stk.6 være at betragte som fuldt skattepligtig i Danmark. Den generelle risiko for, at et udenlandsk selskab anvendes til at spekulere i forskelle mellem medlemsstaternes skatteretlige regulering er ikke tilstrækkelig til at retfærdiggøre en restriktion mod det udenlandske selskab, jvf. således EU-Domstolens afgørelse i den franske skattesag.⁹⁰⁾ For så vidt der foreligger begrundet mistanke om, at en etableringskæde er valgt med henblik på at besvige det danske skattevæsen gennem unddragelse af at afregne skatter og afgifter, vil der være tale om et misbrug, hvorfor selskabet er afskåret fra at påberåbe sig etableringsfriheden, jvf. ovenfor afsnit 6.2.

Den tredje gruppe af interessenter, hvis interesser varetages af selskabsretten er medarbejderne. I alle medlemsstater hører reglerne om

⁹⁰⁾ Sag 270/83, (Saml. 1986, s. 285 ff), præmis 25.

medarbejderrepræsentation hjemme under selskabsretten. Dette må betyde, at en national registreringsmyndighed ikke vil kunne afvise at registrere en filial af et udenlandsk selskab under henvisning til, at det er et tvingende alment hensyn, at medarbejderne har adgang til medarbejderrepræsentation.⁹¹⁾ Fra tysk side fremføres det dog, at et en virksomheds anvendelse af en etableringskæde med henblik på at undgå de tyske regler om medarbejderrepræsentation, ville kunne udgøre et misbrug, hvorfor nægtelse af at registrere en filial i Tyskland ville kunne være berettiget i denne situation.⁹²⁾ For Danmarks vedkommende måtte en sådan argumentation under alle omstændigheder forudsætte, at der var tale om en virksomhed, hvor betingelserne for medarbejderrepræsentation (jvf. ApSL § 22, hhv. ASL § 49, stk.2) var opfyldt. Et andet forhold, der udelukker, at man fra dansk side fremfører medarbejdernes interesse i at få repræsentation i selskabets ledelse som argument for at nægte registrering af en etableringskæde er, at der i Danmark - i modsætning til hvad der gælder i eksempelvis Norge og Sverige - ikke er retskrav på medarbejderrepræsentation i interessentskaber og kommanditselskaber.

Det er i et vist omfang op til national ret at bestemme, hvad der hører til selskabsretten. Der er således væsentligt at være opmærksom på, at man i England, der jo er hjemstedet for registreringsteorien, antager, at reglerne om fraudulent hhv. wrongful trading, der findes i Insolvency Act 1986, finder anvendelse på udenlandske selskaber, der har aktiviteter i England, medens reglerne om minoritetsbeskyttelse i Companies Act 1985, S. 459 vedrørende minoritetsbeskyttelse ikke kan finde anvendelse på et udenlandsk selskab. En minoritetsanpartshaver eller en kreditor, ønsker at gøre et krav gældende mod et udenlandsk selskab, der har aktiviteter i England, kan således begære selskabet opløst i henhold til Insolvency Act 1986.⁹³⁾

⁹¹⁾ Jvf. hertil generaladvokatens forslag til afgørelse, fodnote 23, der som tvingende alment hensyn bl.a. nævner: beskyttelsen af modtagere af tjenesteydelser ved hjælp af erhvervsfaglige regler, beskyttelsen af den intellektuelle ejendomsret, forbrugerbeskyttelse, og beskyttelsen af arbejdstagere. Retten til medarbejderrepræsentation nævnes ikke i denne sammenhæng.

⁹²⁾ Jvf. hertil Sandrock, Betriebs-Berater 1999, s. 1343 samt Kieninger, ZGR 1999, s. 744, der antager, at det er usandsynligt, at EU-domstolen i fremtiden vil tillade, at selskaber, som er underlagt de tyske Mitbestimmungs-regler, gennem anvendelse af en etableringskæde får mulighed for at flygte til andre landes retssystemer.

⁹³⁾ Se hertil bl.a. Höfling, Der Betrieb 1999, s. 1208.

7. Sammenfatning, konklusion og perspektiver

På baggrund af det foranstående kan det konkluderes, at hovedsædeteorien, som redskab til fastlæggelse af selskabers nationalitet, med virkning fra den 9. marts 1999 ikke længere kan håndhæves over for selskaber, der er hjemmehørende i en anden EU-medlemsstat og som ønsker at udnytte deres traktatsikrede ret til sekundær etablering. De enkelte medlemsstater står fortsat frit med hensyn til udformningen af deres internationale privatret. I teorien kan medlemsstaterne således fortsat holde fast ved hovedsædeteorien som kriterium for fastlæggelse af selskabers nationalitet. Da denne teori imidlertid efter Centros-dommen ikke kan *håndhæves* ved nationale domstole over for selskaber, der er hjemmehørende i andre EU-medlemsstater, giver dette ikke megen mening. Herefter finder således for så vidt angår EU-selskaber, alene registreringsteorien anvendelse som redskab til fastlæggelse af selskabers nationalitet.

For så vidt angår selskaber, der ikke er hjemmehørende i EU, kan medlemsstaterne fortsat håndhæve hovedsædeteorien ved de nationale domstole. Det er imidlertid et spørgsmål om en sådan opsplitning af national ret er ønskelig. Hertil kommer, at et selskab, der måtte ønske at udnytte etableringsfriheden i EU, blot behøver at skaffe sig et datterselskab, som er etableret i henhold til en medlemsstats lovgivning. På denne baggrund er tiden kommet, hvor der kan skrives en nekrolog over hovedsædeteorien.

Det kan ikke udelukkes, at visse af de nationale regler, der gælder i det land, hvor en filial i en etableringskæde befinder sig, kan finde anvendelse i forhold til selskabets kreditorer, minoritetsdeltagere eller medarbejdere. Dette må imidlertid forudsætte, at selskabsdeltagernes påberåbelse af stiftelseslandets regler konkret udgør et misbrug, eller at en national foranstaltning kan retfærdiggøres i henhold til de af EU-domstolen opstillede kriterier. Den nærmere afgrænsning af de tilfælde, hvor national ret undtagelsesvis kan finde anvendelse, må fastlægges i EU-domstolens praksis.

Set fra et dansk perspektiv er der næppe grund til at frygte en massiv udflytning af danske selskaber gennem etableringskæder. Selskaber, der i dag eksisterer i henhold til dansk ret kan ikke efter gældende ret skifte nationalitet, uden at gennemføre en likvidation og en nystiftelse i England. Alene af denne årsag, vil anvendelse af en etableringskæde være uden praktisk relevans for langt de fleste danske selskaber. Det er dog næppe urealistisk at antage, at etableringskæder vil blive anvendt af i et vist omfang af såvel danske som udenlandske virksomheder i fremtiden.

Med afgørelsen i Centros-sagen har gældende fællesskabsret bevæget sig i en retning, der blev afstukket allerede inden afgørelsen i Daily Mail-sagen.

Gældende ret må nødvendigvis føre til, at de enkelte medlemsstater tager deres selskabsretlige regulering op til overvejelse, og at nye selskabsretlige regler i fremtiden kun indføres efter en nøje overvejelse.⁹⁴⁾ I England har man indledt arbejdet med at reformere den gældende selskabslovgivning. Da England er det land, der må forventes at tiltrække sig størst opmærksomhed som basis for etableringskæder, er der al mulig grund til i de kommende år at følge dette arbejde nøje.⁹⁵⁾

Endelig kan det ikke udelukkes, at medlemsstaterne i lyset af Centros-afgørelsen sætter yderligere fart i bestræbelserne på at harmonisere de områder af selskabsretten, hvor det endnu ikke er lykkedes at blive enige om harmonisering.⁹⁶⁾ I mellemtiden vil engelsk selskabsret formentlig tiltrække sig en vis interesse.

⁹⁴⁾ Se hertil Gomard, *Aktieselskaber & anpartsselskaber* (3.udg.1996), s. 32.

⁹⁵⁾ Department of Trade and Industry har således indledt et omfattende arbejde med at vurdere selskabsretten. Projektet kaldes "Modern Company Law for a Competitive Economy" og de foreløbige resultater er tilgængelige på hjemmesiden www.dti.gov.uk/cld/comlaw.

⁹⁶⁾ Jvf. hertil Karsten Engsig Sørensen, *Nordisk Tidsskrift for Selskabsret*, 1999:2, s. 105f. Se tillige Hofstötter, *European Law Reporter* 1999, s. 156, der antager, at Centros kan blive en "Motor für die Harmonisierung". Se tillige Sonnenberger/Großerichter, *RIW* 1999, s. 732, der på baggrund af den usikkerhed, der er skabt med Centros-dommen anbefaler, at reglerne til fastlæggelse af selskabers nationalitet harmoniseres.

Alf Ross' concept of law revisited

by
Bernhard Gomard

1. Alf Ross (1899-1979) graduated in 1922 as a *candidatus juris* (cand.jur.) from the University of Copenhagen. He spent some years in Vienna and in Uppsala with further studies. Especially Hans Kelsen and Axel Hägerström seem to have interested him and influenced his thinking. In the following forty years 1929-1969 Alf Ross was attached to the Law Faculty at the Copenhagen University from 1936 Professor of law.

2. Alf Ross was a very industrious scholar. His writings are numerous and of high quality. Alf Ross wrote in many areas. Best known are his works on philosophy of law, but also Alf Ross' writings on the law of property, international law, constitutional law and criminal law have been widely read and studied and have had a lasting effect on legal thinking in Denmark. The high intellectual level that characterizes Alf Ross' literary heritage is still an inspiration for academic lawyers.

It was important for Alf Ross in all his writings, also in works on dogmatic topics, to identify and deal with fundamental issues, to analyze concepts and control whether the demands of clarity and logic had been observed in traditional teaching and research. Alf Ross was pursuing a picture of the law that meet the demands of science to objectivity and verification as a critical and original academic scholar. A science of law similar to the natural sciences is the firm and undisputed basis for his legal philosophy. Alf Ross saw science as a contrast with metaphysics, and he rejected any role for metaphysics in law. As a philosophy of law based on a science analogous to natural science recognizing only tangible, verifiable facts, Ross' philosophy in elucidating and some of its elements are almost indisputable. However, Ross' adoption of science as understood by him as his axiomatic basis, enclosed him I think, in a rigid positivism and precluded him from examining questions of great importance for the general understanding of law and for lawyers in their practical legal work. Also law in a strictly positive sense is isolated from the neighbouring disciplines economics and political science.

3. An important part of Alf Ross' writings on legal philosophy deals with the definition of the concept of law. It was Ross' immediate goal to give an exact definition of law. Defining law is, it seems, different from describing law as it functions in society. Alf Ross in accordance with his chosen role of a natural scientist looks for a definition of law that is clear and precise, not for a description of law as a living and changing reality in society. The question what exactly is law, is naturally of interest especially for lawyers, just like the similar question about other phenomena, e.g. what is politics or morals, what is art or religion must be of special interest for those professionally engaged in the particular area.

Elements of Alf Ross' analyses of the concept of law appear already in his early works sc. *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, thesis for the doctorate in philosophy in Uppsala; *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis*, 1933, and *Virkelighed og Gyldighed i Retslæren*, 1934 (*Reality and Validity in Jurisprudence*, translated in a somewhat altered and abridged form in 1946 as *Towards a Realistic Jurisprudence*), thesis for the doctorate in law in Copenhagen. Alf Ross' thoughts on legal philosophy in a final form are expressed in his main work: *Ret og Retfærdighed*, 1953, (translated into English in 1959 as *On Law and Justice*). The book from 1953 is the crown on Alf Ross' studies in legal philosophy, and this book also practically ends Alf Ross' writings dealing directly with legal philosophy with the exception of the valuable study on deontic logic *Directives and Norms*, 1968.

Ret og Retfærdighed was reviewed extensively in Scandinavia and the English translation of the book *On Law and Justice* also to some extent in other parts of the world. Alf Ross never wanted to come back to answer his many reviewers and critics e.g. in the form of a revised edition of the book. Possibly Alf Ross felt that he had presented his thoughts clearly and in detail, possibly he did not want later in his life to try to collect and master the great masses of materials, that he found would have had to be examined and evaluated in order to defend, uphold or modify what he had written in 1953. Alf Ross did, however, in 1956, present his thoughts on the law "as technique, art and science" in a very readable and sympathetic form in an introductory textbook - *Indledning til Retsstudiet*, (together with others - not translated).

In the fifties and sixties Alf Ross was occupied by in-depth studies of constitutional law. In 1953 the Danish constitution had been revised, and Alf Ross had been one of four experts advising the committee of politicians that prepared the draft. Ross now wanted to teach and write on Danish constitutional law. Alf Ross' interest in and understanding of the political system was enhanced, I think, by discussions with his gifted wife, Else-Merete b. Helweg-Larsen, who for many years (1950-59 and 1960-73) was a candidate and a

M.P. for the "radical party" (a somewhat liberal or FDP like political party). Alf Ross wrote a number of articles on fundamental constitutional problems in the second half of the fifties (also published together in *Statsretlige Studier*, 1959), and a large textbook on the subject *Dansk Statsforfatningsret* came out in two volumes in 1959-1960 (2nd ed. 1966 - not translated).

After this accomplishment Alf Ross again chose a new field for research and writing and now turned to criminal law. In this area Alf Ross published i.a. in 1970 a study on *Guilt, Responsibility and Punishment*, in 1974 a collection of essays - *Crime and Punishment* (both only in Danish) - on fundamental dogmatic concepts in criminal law and in 1979 a book on criminal intention in German *Über den Vorsatz*.

4. Alf Ross in his earlier work *Virkelighed og Gyldighed (Reality and Validity)* had explained that there exists in law a dualism between reality or enforcement of the law and validity. Law consists of a synthesis of reality and validity. An interaction or a merger between the two components is possible validity is the citizens' sensation of validity and thus a socio-psychological fact. The exact character of the synthesis that eliminates the dualism is not very clearly described in *Virkelighed og Gyldighed*. Ross seems (p. 103) to draw on Hegel. In *On Law and Justice* the two components in the synthesis are clearer described. The components resemble other pair of concepts realisme-idealisme, description-normativisme, Sein-Sollen.

The reality component in the synthesis, Ross describes, is the case law and the result of the merger the validity component or judges ideology is prophecies of the rules on which the courts in the future will base their decisions, not leading cases. Decided cases are history. A definition or description of law, therefore, must be based on prophecies or prognoses of the outcome of future court cases.

In the USA several authors had taken note of the dictum of Oliver Wendell Holmes: "the prophecies of what the Courts will do in fact, and nothing more pretentious are what I mean by the Law". The main reason for Alf Ross to equate the function of the courts with the law was not, it seems, as it may have been in USA the special position of the judges in their societies, but that enforcement of law must be the touchstone for law. Only enforcement is a tangible reality.

It is obvious that proposes of the outcome of court cases are an important part of practical legal work. Lawyers advice their clients whether or not the client has a chance to prevail in a lawsuit or to obtain a better result on appeal. It is of great importance for planning in business and in private existence that the law is clear and foreseeable. It is an important skill to be able to persuade decision makers in or out of court to follow the clients understanding of the

law, and also to find out what is at present and what might in the future be demanded by legislation.

A science like the science in which Alf Ross was engaged calls for verification, but the verification of prophecies of the understanding of the law the courts - and in particular the Supreme Court - will approve, can be difficult. The courts or court may be influenced by the particular facts in the first case of its kind before them, and the outcome may be influenced by the skills - or lack of skills - of the lawyers arguing the case. Many questions never give rise to disputes and litigation, and many disputes are settled. Also the importance of the constant changes of the surrounding facts and attitudes is difficult to ascertain, and many questions have not been seriously studied before they arise in a lawsuit. Parliament sometimes deliberately leaves questions to be solved with little guidance in practice, if necessary by the courts.

The second component in the merger or synthesis that makes the law, the validity component, presents an essential part of Alf Ross' thinking. Judges in their professional activity, Ross wrote, are motivated by a normative ideology. Direct observations of what is going on in the mind of judges are not possible, but the ideology reveals itself in the decisions of the courts. It is therefore possible to make hypotheses as to the contents of this ideology, and the decisions and the motivating ideology in combination make it possible to deduce the relevant rules. The value or correctness of the hypothesis can be tested (verified) by their ability to make tenable predictions possible. The two components the ideology based on case law make prophecies of the rules in future decisions possible, and thus the two components - validity (ideology) and reality - merge in the concept of law.

Alf Ross does not explain clearly what are the contents and characteristics of the ideology of judges. A judge in doubt cannot find much guidance in *On Law and Justice*. There are no descriptions of typical attitudes of judges toward their job in the book. No examination of writings or speeches of experienced judges or interviews of judges are to be found. Nor is the ideology as a component in the synthesis described as a general coherent system consisting of general maxims on justice and equality of guidelines of a more limited application and respect for the political democratic decision-making process. What Alf Ross does is, emphasizing his realistic stance, is to emphasize that it is a fact that the ideology exists, and that the ideology is necessary as a motivating force. Law is valid (existing or binding), because it is applied by the courts. A purely behaviouristic theory, however, defining law only by what is enforced by the courts (or other competent authorities) cannot stand alone. Studies of behaviour alone cannot offer answers or explanations as to what decisions can be expected in the future. Reliable prognoses can only be based

on studies of decisions already passed because the case law, the existing decisions, enable us to hypothesize the ideology that has governed and will - in all probability - in the future govern the creation or genesis of court decisions.

The ideology of law understood as the motives that de facto has guided and therefore are likely to guide the judiciary also in the future, or rather, it seems to me, the types of these motivating factors, are described in the doctrine of the sources of law. This doctrine, Ross says, is only norm descriptive. The creative factors mentioned and described in Alf Ross' doctrine of the sources of law, legislation, precedent etc., are the same factors described in conventional texts on the sources of law. Of this Ross was aware (*Ret og Retferdighed (On Law and Justice)* p. 127). [The "reality" in Ross' sense of a new argument never used before by any court but emanating by the sense of justice (*Natur der Sache*) as a motivating factor seems untenable.]

The book *On Law and Justice* brings after an exposé of the doctrine of the sources of law (chapter III) a chapter on "the legal method" or "interpretation" (chapter IV). The doctrine of the sources of law is meant to lead us to motivating factors and to enunciate general norms and not just points of view and arguments. Interpretation is a legal method that gives the final precise meaning of the norms or effect of the motivating factors in a given concrete situation.

Alf Ross emphasized that the principles of interpretation, as well as the doctrine of the sources of law, are descriptive as they are deduced from the decisions rendered by the courts. The basis for Ross' teaching was descriptive, not normative. He wanted to deal with *Sein*, not with *Sollen*. Alf Ross did not, however, go into details with studies of the legal ideology as an existing reality. It seems clear that an ideology covering the whole legal field clear and generally accepted by judges, does not exist. There are cleavages between members of the judiciary. There can also be cleavages between the wording of the decisions and the - conscious or unconscious - thinking of the various judges. Problems of this nature were not addressed by Alf Ross.

While Alf Ross admitted the existence of an ideology as a socio-psychological fact, he denied "the value" of natural law, of notions of justice, utilitarianism and of all other subjective factors. By having "no value", Ross meant that subjective factors do not have a place in science. However "the ideology" inspiring judges, and everyone else pondering over a legal problem, is inspired by these notions of what is fair and just, what is in line with Danish culture, what practical and effective (Pareto-optimal etc.). It is a fact, that these factors are very important sources of law even though they are not fully objective and are debatable and debated. A study of law must examine the contents and the

relative or absolute weight of these factors, if it is to be useful for practitioners. Alf Ross by taking science equal to the natural sciences as his indisputable starting point, prevented himself from coordinating his views on the concept and the sources of law (accounted for in chapter III) and his studies (in *On Law and Justice* chapter X-XVII) on utilitarianism, natural law, justice and legal policy (Rechtspolitik) in general.

5. Law is prophecies of the rules the courts (or - in later works - the state apparatus in general) will follow in future decisions in hypothetical cases. These prophecies, Ross says, are based on a synthesis of behaviouristic recordings and of observation of the ideology and points of view that have motivated the judges in the case law the decisions already rendered. No guidance is to be found in Ross's writings as to the relationship in general between these two factors or to the relative importance of the two components. Their merger or synthesis is perhaps seen as a Hegelian process of reconciling contrasts.

The courts play a double role. Case law is a source of law. Expectation of rules followed in future decisions is the law. There are other sources of law than decisions already passed. There are not always existing decisions in point to be found and even previous analogous decisions are not necessarily decisive for the ideological position on a similar question in new cases. Problems in new cases often differ at least in details from problems already discussed and solved in previous decisions. Views and attitudes among judges and the population at large change, as does technical and material conditions, and the judiciary is not unaffected by these changes. The doctrine of stare decisis is not rigorously maintained anywhere.

The philosophy of law of Alf Ross comes close to defining law by what we mean by or think of as law by referring to the ideology active in the judges' mind and the decisions already passed as components in the genesis or "synthesis" of law. Also other general concepts or phenomena like politics, art, religion and other phenomena can likewise be described by (or defined as) what people in general - or people who have taken an interest in and acquainted themselves with or studied these matters closer or professionally - think of as politics, art, religion etc. What a person or a majority or a number of people actually think is a fact, a reality. It fits therefore into a program based on realism that law is what the citizens in general or the legal profession perceive as law.

The ideology in Ross' system has not a single well defined content. There exists no uniform firm and stated, comprehensive and detailed ideology prevailing among judges. A definition or description based on the ideas about law motivating judges as an important component of the concept of law does

not lead to a firm and exact concept of law. The reference to what judges actually have done and are likely to do henceforth is not always helpful for a judge in doubt or for others interested in a legal question.

The reasons given by courts in their decisions are not always perfect statements of the rules actually followed, and various judges have different views as to what guidelines the courts do and should follow as true law. Some judges prefer strict adherence to the text of statutes and other formulated rules; other judges are more inclined to take into consideration the apparent purpose of a regulation and the views expressed in the preparatory works. Also the extent to which common sense can be relied on is valued differently. There exists no completely uniform perception of what tendencies in society, in politics or in the public debate should be furthered by the courts. Some judges e.g. are more keen than others on extending the protection of consumers. Some judges find that the tax authorities and other "involuntary creditors" should be given a wider protection than voluntary creditors. Some judges think that the European Court should be attentive to the wish expressed by the member states of the European Union in the treaties they have signed and ratified, that they are "determined to lay the foundations of an ever closer union among the peoples of Europe", while others prefer a stricter textualism, even where doing so would hamper the wish for progressive integration. The reasons for differences of attitudes within the ambit of law are akin to the reasons for different opinions on legal politics (Rechtspolitik) and to politics in general: some lean in their economic philosophy to the right and others to the left. Some have a firm belief in the forces and benefits of a free market, and others favour regulations. Some have a preference for integration and others for national independence in Europe. It is unavoidable that different people and also judges have different views on what the law should be and also on what the law is. There is no clear and sharp line of demarcation between law and legal policy. Recognition of *die Natur der Sache* as a source of law is unavoidable and was also acknowledged by Alf Ross, who in *On Law and Justice* (p. 116) as a translation used the cultural tradition (kulturtraditionen).

6. Alf Ross cites in (*On Law and Justice* (p. 89 note 10) some of his contemporaries as having accepted his theory (his description or definition) of law. The adherence from the most prominent among the authors cited Henry Ussing (1886-1954) is, however, subject to an important qualification. Henry Ussing, whose writings on the law of obligations, contracts and torts, have had an important influence on Danish law, wrote: By the law as it stands (*gældende ret, geltendes Recht*) I understand the rules which at present in my opinion are most suitable for being used by authorities applying law (H. Ussing: *Obligationsrettens almindelige del*, 3rd ed. 1946 p. 2). Ussing's reasons for his

opinions or recommendations of the numerous legal rules developed and formulated in his books are stated in connection with each particular rule. Ussing's formula is not objective, but his personal views carried considerable weight because of Ussing's standing as a learned scholar whose presentations of the law were well reasoned, persuasive and often met with general approval. Ussing's formula is, I think, the procedure followed - with varying degrees of success - by many law professors. Ussing's emphasis on his personal opinion and reliance on the persuasive effect of his arguments for each particular rule takes account of the fact that no *Theorie der Rechtsquellen* (theory of the sources of law) is able to present a clear and exhaustive list of sources of law or to give an indication of the absolute and relative weight of the various sources in the infinite number of foreseeable and unforeseeable situation that will occur, - except for a general preference for the constitution and statutes adopted by Parliament.

7. In Alf Ross' works it is axiomatic that teachings of law must be based on scientific principles, and that the science of law similar to the natural sciences. No statement, therefore, can be accepted, if it does not rest on what is observed and can be verified. Insisting on the necessity of basing the system of law on observations of verifiable facts restricts the scope and usefulness of studies of the genesis and function of law. A passive registration of regulations and case law in archives and libraries in the form of handbooks and modern search systems is a necessity, but obviously registration cannot stand alone. Of this Alf Ross was aware, but he never seems to have raised the question, whether academic law would be a more rewarding and useful exercise if the Procrustean bed of natural science was put aside and replaced by studies of how the legal system actually works, influenced i.a. by subjective factors like fairness, justice, practicability and efficiency, and how old law can be improved. It is in better conformity with the ideology of a democratic society when the usefulness and values of law is discussed not only in political gremia but also in the academic legal milieu. Ross did not compare the science of law as he understood science with studies in humanities such as literature, economics or other social sciences in order to find out whether other models than natural science can provide society with a more fruitful basis for legal studies.

8. Alf Ross' writings contain here and there sentences to the effect that statements about morals, politics, attitudes and feelings in general have no value or no meaning. What is meant is that such statements cannot have the truth as scientific statements because they are not verifiable. Alf Ross was, however, fully aware that there are indeed good grounds for preferring some rules and systems of law and governance to others. Democratic rule and fundamental civil rights are very valuable indeed, even though they are not -

for the time being - enforced and therefore do not fit easily into a conception of law as an empirical science. In 1946 shortly after the war Alf Ross gave out a book entitled *Hvorfor Demokrati* (2nd ed. 1967) (translated into English. *Why Democracy*). Here Ross described democracy as a form of governance linked with ideas and ideals such as political freedom, freedom of speech, personal freedom, rule of law, equality, in brief what is now called fundamental civil or human rights and are expressed i.a. in the European and the UN conventions on civil rights. Alf Ross remained, however, faithful to his understanding of the science of law as a purely empirical science. Alf Ross did not, he wrote, in any way want his readers to believe that it is a scientifically proven fact that democracy is superior to other systems of governance. What he could do was only to examine and expose the consequences of a democratic and of autocratic systems of governance and to accentuate the values that he found and personally valued in democracy and what democracy entails. The question why experience speaks so strongly for democratic rule and observance of human rights Alf Ross left to be answered by observation of the past sad history. Many readers may well have found it worthwhile to identify merits and demerits of different systems and to search for reasons why horror regimes have existed and how they can be avoided in the future. Ross seems to have been satisfied by stating his personal preferences as a phenomenon different from his belief in law as a pure science. In an article in *TfR* (*Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1963.497-525) Ross came back to the incompatibility between natural law and positive law and took exception to legal philosophers like Radbruch who under impression of the horrors of the Hitler regime had argued for a revival of *Naturrecht*.

The extreme positivism do not have many followers in Scandinavia nowadays. Work by lawyers also scholarly legal work on human rights and on ethical guidelines is considered to be possible and important. The case law of the European Court of Human Rights has undergone an important development and has had an important impact on the laws in the countries of Europe. Ethics in business has become an important subject for companies and for their lawyers. Several companies and business associations express their views as to good practices in their line of business in Codes, programs, guidelines, company policies etc. Ethics in business as in the professions can be intelligently supported by arguments and discussed, even though - as yet - no case law exists. Insisting always on precedent is incompatible with progress.

9. When Alf Ross wrote about law, he thought of Danish law of to-day. Different countries have different legal systems, and legal systems are constantly changing and may be very different from one era to another. If a definition of law is to be understood as summarizing or as an apt description

of what is understood by the word law in the profession, it is less natural in Denmark on the threshold of the 21st century to see the courts as oracles of the law than it was in the USA in the 19th century. It is understandable that case law to Oliver Wendell Holmes was the natural and dominating object for the teaching and studies of a professor of law. In Denmark to-day with a huge and rapidly changing mass of legislation, a vivid political interest in all important societal problems and a very active public debate must necessarily be chosen as the starting point when painting a picture of the law.

Legislation is adopted by Parliament in accordance with the constitution. Ross discussed whether the constitution is founded on a Grundnorm (as explained by Hans Kelsen) or in selfqualification i.e. in the provision typical in constitutions, prescribing on a special cumbersome procedure to be followed in order to change the constitution. The first democratic Danish constitution was adopted in 1849 as the fulfilment of a widespread wish to found the Danish society on principles of democracy and respect for civil rights, and to-day the validity of the constitution (with amendments) simply, I think, rests on the fact that the constitution is recognized as binding by all or by an overwhelming majority including those in power.

The starting point for any explanation of the legal system of to-day and its function must be that Parliament has been granted legislative powers by the constitution. Parliament governs by adopting statutes containing extensive and detailed general guidelines to be followed by the citizens. It is the function of the courts and other authorities to examine and establish the particular facts in the cases brought before them and to apply the guidelines established in the legislation. Not all questions as to the content of the statutes, however, are solved by express provisions in the legislation, but even in such cases the court (or a decision maker out of court or a legal advisor) must find a solution. In case of doubt the function of the courts - besides as always evaluating the evidence - is gapfilling, clarifying and specifying in detail the ordering of the legislation and in some cases creating new law. The supplementary guidelines to be followed by the courts in this task must be found in precedents, in customs and practices and in the general sense of law and justice that emanates from the legislation and from Danish culture in general or in relevant environments - or to employ Alf Ross' terminology in the ideology created by the sources of law.

It is illustrative for the relationship between the legislative and the judicial branches of power, that now and then a decision by a court especially a decision by the Supreme Court does not meet with approval of the political parties, the government or the press, and Parliament then change the legislation is changed in order to ensure that the rule - perhaps the interpretation of an

existing rule - that they prefer will be observed in the future. We also witness from time to time that a court, and again especially the Supreme Court, deliberates whether a seemingly desirable change of a tradition should be accomplished right away by the court in the decision in case before it or left to Parliament. The Supreme Court in some cases has written in its verdict that possibly another solution would have been preferable, e.g. as being better in line with the general sentiment or the national culture nowadays, but that it should be for Parliament to decide whether and perhaps especially how the existing legal tradition should be changed. The work of the courts is of course very important, but a realistic picture - and an apt definition of law - must emphasize the different roles of Parliament and of the courts. Parliament has the legislative power. The members of Parliament have a mandate from the electorate. The judges are officials appointed - in Denmark - without regard to their personal or political beliefs.

Jurisprudence or legal philosophy in order to be informative and useful should describe the law as we find it to-day in the country under study. Attempts to construct a scientific definition or a concept valid at all times are interesting but not necessarily fruitful. Finding one kind of exposè more fruitful than another does not, however, mean that the other is wrong. The writings of Alf Ross give - besides many other studies and analyses of special problems - a brilliant description of law when law is seen as an empirical science demanding objectivity and verifiability. With the passing of time all legal authors also the best - and among them Alf Ross - become links in a chain of development. But several links are still worth studying.

10. A study of the writings of Alf Ross - and of others - reveal a difference in the appreciation of law of a legal philosopher and of a lawyer engaged and absorbed in studies of practical legal problems. Some rules are motivated by practical needs. We all drive to the right. Other rules by a political ideology. Taxation is progressive. Some rules are immoral and other rules have a strong moral foundation and are applied even where inefficient. Immoral behaviour may be in accordance with a system of legal rules, but from time to time war-criminals and tyrants may be brought to justice. Law can be described without fighting battles between idealism and realism or other pair of concepts, battles with little connection with law as it works in society. Writing another jurisprudence, however, is not the purpose of this tribute to the memory of Professor Alf Ross.

Admitterbarheden af syns- og skønsspørgsmål med særlig henblik på sager om patentkrænkelse

af
Bjørn Ryberg

1. Indledning

Der er som bekendt visse begrænsninger med hensyn til, hvilke typer spørgsmål man kan stille syns- og skønsmænd. Syn og skøn spiller en betydelig rolle i patentsager, og udfaldet af et syn og skøn er oftest af væsentlig betydning for sagernes afgørelse.¹⁾ Allerede derfor er der stor praktisk interesse knyttet til spørgsmålet om, hvad det tilkommer syns- og skønsmænd at tage stilling til i sager vedrørende patenters beskyttelsesomfang.

I flere sager ser man, at syns- og skønsmænd i en eller anden form rent faktisk har udtalt sig om, hvorvidt en omtvistet genstand efter deres vurdering må anses for at være omfattet af et patent, og at retten i sin domsbegrundelse har henvist til sådanne udtalelser.²⁾ Endvidere støder man i litteraturen på det

¹⁾ Henrik Zahle, Om det juridiske bevis (1976) s. 535, Mogens Plesner, NIR 1971 s. 121, Erik Hørlyck, Syn og skøn 2. udg. (1992) s. 19 og Poul Jacobsen i U 1936 B s. 16 ("Ved behandlingen af patentsager for domstolene bliver som regel syn og skøn det afgørende moment i sagen. Som oftest afgør skønsmændene faktisk hele sagen."). Som eksempel på, at en påstand om ugyldighed på grund af manglende nyhed ikke blev taget til følge, allerede fordi der ikke var foretaget syn og skøn om de fremlagte modhold, der var af en teknisk karakter, som retten ikke havde den fornødne sagkundskab til at bedømme se Glødelampedommen U 1915 s. 79 H. Som eksempel på sager, hvor der blev statueret patentkrænkelse uden, at der forelå nogen syns- og skønserklæring se dog Murbøsningssdommen U 1962 s. 393 Ø og Byggesætdommen U 1936 s. 1132, hvor der imidlertid forelå en erklæring fra Patentkommissionen, som havde udtalt, at der var tale om krænkelse.

²⁾ Se som eksempler på sådanne udtalelser Kedelfyrdommen U 1899 s. 892 (anså ikke patentet for krænkelse), Snitpølerjerndommen U 1912 s. 877 H ("betyder et indgreb"), Lampefatningdommen U 1929 s. 1038 H ("et klart indbæb") og Varmestrømkredsdommen U 1936 s. 306 H (et snævrere beskyttelsesomfang end det af patentindehaveren hævdede). Se endvidere Affjedringsdommen U 1966 s. 537 H, hvor det s. 539 er anført, at syns- og skønsmænd blev udmeldt til at udtale sig om patentets beskyttelsesomfang. Henvisning til sådanne udtalelser i domsbegrundelsen finder man blandt andet

synspunkt, at afgørelsen af, om der foreligger patentkrænkelser må bero på en "sagkyndig vurdering".³⁾ Disse forhold kunne ud fra en umiddelbar betragtning tale for, at det rent faktisk tilkommer syns- og skønsmænd at tage stilling til beskyttelsesomfanget af et patent. I hvert fald kan det give anledning til at overveje, om sådanne spørgsmål bør kunne stilles til syns- og skønsmænd, og hvorfor de eventuelt ikke bør være admitterbare.

Navnlig hvis man må antage, at spørgsmål, om hvorvidt der foreligger krænkelser, ikke er admitterbare, kan der derudover være grund til at overveje admitterbarheden af en række mindre vidtgående spørgsmål. Som eksempel på sådanne mindre vidtgående spørgsmål kan nævnes a) hvorvidt der i en sag foreligger ækvivalens, teknisk ækvivalens og/eller patentretlig ækvivalens, b) om en omtvistet genstand i væsentlig grad adskiller sig fra en i et patentkrav defineret genstand, c) om en opfindelse kan anses for en pioneropfindelse, d) om det vil være rimeligt at udstrække et patents beskyttelsesomfang til at omfatte genstande af en given type, e) om det vil være rimeligt at tildele et patent et relativt bredt beskyttelsesomfang f) om hensynet til den påståede krænkers retssikkerhed taler for, at den afsagen omtvistede genstand må anses for at falde uden for det håndhævede patents beskyttelsesomfang, og g) om en kompetent patentagent under bestemte forudsætninger burde have givet patentkravene et andet og bredere indhold af en nærmere bestemt karakter.

Ifølge litteraturen er blandt andet spørgsmål vedrørende sagens jus, og uklare spørgsmål ikke admitterbare.⁴⁾ Endvidere følger det af retspraksis, at man som ikke admitterbare kan afskære spørgsmål vedrørende forhold, der - for eksempel på grund af særligt sagkyndige dommeres medvirken - ligger inden for rettens egen ekspertise⁵⁾. Det er navnlig disse 3 begrænsninger i syns-

i Varmestrømskredsdommen U 1936 s. 306 H. I Byggesætdommen U 1936 s. 1132 V var der ikke tale om syn og skøn, men der forelå en udtalelse fra Patentkommissionen, ifølge hvilken der forelå krænkelser, og retten kom med udtrykkelig henvisning til Patentkommissionens erklæring frem til, at der var tale om krænkelser.

³⁾ Mogens Koktvedgaard og Lise Østerborg, "Patentloven" 2. udgave (1979) s. 214 og 279 og Mogens Koktvedgaard, Lærebog i immaterialret 5. udg. s. 230.

⁴⁾ Om juridiske spørgsmål se Erik Hørlyck, Syn og skøn 2. udg. (1992) s. 85, Bernhard Gomard, Civilprocessen 4. udg. (1996) s. 474, Carl Tjur og Claus Høeg Madsen "Syn og skøn" i Proceduren 2. udg. (1980) s. 162 f, P Bentzen-Møller i Juristen 1974 s. 438, Erik Lassen i U 1968 B s. 205 og 214 Troels G. Jørgensen i Juristen 1943 s. 9.

⁵⁾ U 1980 s. 466 Ø og U 1971 s. 861 Ø. Se også retsplejelovens § 781, der om syn og skøn i straffesager siger: (min kursivering) "Kræves der til en besigtigelse eller i øvrigt til en undersøgelse eller bedømmelse af et faktisk forhold *indsigt, som ikke kan forudsættes hos retten*, kan denne tilkalde syns- eller skønsmænd overensstemmende med kap. 19."

og skønsspørgsmåls admitterbarhed, der er særlig grund til at overveje i forbindelse med en vurdering af de ovenfor omtalte spørgsmålstypers admitterbarhed.

Det i litteraturen hævdede forbud mod spørgsmål vedrørende en sags jus giver imidlertid anledning til særlige problemer.

Afgrænsningen af forbudets anvendelsesområde hænger nøje sammen med sontringen *jus x faktum*, og denne sontring er ikke operationel i den forstand, at de til grund for sontringen liggende kriterier for afgørelse af, hvornår noget skal anses for *jus* henholdsvis *faktum* efter deres natur ikke kan give noget anvendeligt svar på, hvornår man er inden for henholdsvis uden for forbudet mod juridiske spørgsmål.

Endvidere lider det i litteraturen formulerede forbud mod juridiske spørgsmål ikke blot af den mangel, at det som nævnt ikke giver nogen reel vejledning med hensyn til, hvilke typer spørgsmål, der skal anses for admitterbare. Den rent faktisk fulgte praksis, som i litteraturen hævdes at være i overensstemmelse med forbudet syntes at være direkte uforenelig med forbudets formulering

Ifølge den her hævdede opfattelse må man kassere det i litteraturen formulerede forbud mod juridiske spørgsmål. Det afgørende må være de reale hensyn, der må antages at ligge bag domstolenes afvisning af de spørgsmål, der i forbudet karakteriseres som "juridiske".⁶¹

Nedenfor i afsnit 2 uddybes og begrundes de just skitserede kritikpunkter mod litteraturens antagelse om forbudet mod juridiske spørgsmål, og der argumenteres for en alternativ opfattelse af retsstillingen baseret på

⁶¹ I den straffeprocessuelle litteratur ser man, at flere forfattere på tilsvarende vis har erkendt, at der ikke er megen reel vejledning at hente i sontringen *jus x faktum*, og at det afgørende derfor må være de relevante reale hensyn, jf. Stephan Hurwitz, *Straffeprocess* 1. udg. (1940) s. 565 ff, Jørgen Verner i U 1968 B s. 251 f, Per Lindegaard i "Højesterets prøvelsesret i straffesager" fra Højesteret 1661 - 1986 (1986) s. 76.

Når man erkender, at der alt efter karakteren af retsområdets reale hensyn må lægges vidt forskelligt indhold i de retsregler, hvor retsfaktum ifølge retsreglens formulering er baseret på sontringen *jus x faktum*, er det let at se, at der mod anvendelsen af sontringen til afgrænsning af en retsregels retsfaktum kan rettes de samme indvendinger, som man kan rette mod anvendelsen af begrebet "retlig interesse", der anvendes i ret forskelligartede sammenhænge såvel inden for procesretten som uden for. Herom kan der henvises til Bernhard Gomard, *Civilprocessen* 4. udg. (1996) s. 290 ff, navnlig s. 291, hvor følgende er anført: "Det reale indhold af grundbetingelsen [retlig interesse] i alle disse regler er imidlertid forskelligt, og brugen af en fællesbetegnelse kan derfor tilsløre de virkelige forhold og friste til at undlade at søge den enkelte regels indhold præciseret." En kritisk holdning til Bernhard Gomards opfattelse finder man hos Henrik Tamm i U 1966 B s. 35. Om retlig interesse se Stephan Hurwitz' afhandling: "Om Begrebet 'Retlig Interesse' i Procesretten" (1941).

overvejelser om de bagvedliggende reale hensyn. I afsnit 3 undersøges det, i hvilket omfang de just omtalte spørgsmålstyper kan siges at falde ind under det, som det tilkommer syns- og skøns mænd at tage stilling til.

2. Det uholdbare i det hævdede forbud mod juridiske syns- og skønsspørgsmål

2.1. Sondringen jus x faktum i relation til forbudet mod juridiske syns- og skønsspørgsmål

2.1.1. Indledning

Ifølge det i litteraturen formulerede forbud mod juridiske syns- og skønsspørgsmål må skillelinien mellem jus og faktum som nævnt være afgørende for, hvilke spørgsmål, der kan admiteres. Selv om sondringen kan anskues som værende af grundlæggende betydning for juraen, er den omstridt i dele af litteraturen.⁷⁾

⁷⁾ Sondringen har navnlig være debateret i den straffeprocessuelle litteratur i forbindelse med reglerne om anke til Højesteret, som aldrig kan omfatte underinstansernes bevisbedømmelse (faktum), men som efter omstændighederne kan omfatte underinstansernes anvendelse af jus. Mest kritisk over for sondringen er formentlig Stephan Hurwitz, jf. *Straffeprocess* 1. udg. (1940) s. 561 ff, hvor sondringen i relation til reglerne om anke af straffesager til Højesteret karakteriseres som "retsteoretisk uholdbar", "praktisk uigennemførlig" og "irrationel", jf. i samme retning 3. og forkortede udg. (1959) s. 388 ff. En modpol til denne opfattelse finder man hos Hans Gammeltoft-Hansen, *Strafferetspleje* III (1996) s. 133 ff, hvor han ligeledes i relation til reglerne om anke af straffesager til Højesteret karakteriserer sondringen som begrebsmæssigt klar, og hvor den af andre forfattere fremførte kritik forklares som udspringende af rent psykologiske forord. I den straffeprocessuelle litteratur er sondringen blandt andet også omtalt af Victor Hansen, *Retsplejen ved Højesteret* (1959) s. 147 ff, H. Olafsson i *Juristen* 1961 s. 169 ff, Jørgen Verner i *U* 1968 B s. 249 ff, Per Lindegaard i "Højesterets prøvelsesret i straffesager" fra Højesteret 1661 - 1986 (1986) s. 65 ff, Eva Smith, *Straffeprocess* 3. udg. (1994) s. 89 f.

I de almindelige civilprocessuelle fremstillinger er der om sondringens kvaliteter eller mangel på samme stort set blot anført, at der ikke er tale om en klar og skarp sondring, jf., Bernhard Gomard, *Civilproces* 4. udg. (1994) s. 361. I den del af den civilprocessuelle litteratur, der specifikt drejer sig om forbudet mod jus-spørgsmål er det visse steder anført, at sondringen jus x faktum ikke er helt klar, jf. Carl Tjur og Claus Høeg Madsen "Syn og Skøn" fra *Proceduren* 2. udg. (1980) s. 163 og Erik Hørlyck, *Syn og skøn* 2. udg. (1992) s. 86. Nogen egentlig kritik af sondringen er det imidlertid ikke blevet til, og man må derfor konstatere, at den civilprocessuelle litteratur er ret upåvirket af den heftige kritik, som sondringen har været genstand for i visse straffeprocessuelle værker. Det bør dog nævnes, at P. Spleth -som en

Debatten har primært været ført inden for straffeprocessen. Da debatten endvidere med udgangspunkt i konkrete eksempler hentet fra strafferetten i vidt omfang har været fokuseret på det mere eller mindre problematiske ved de straffeprocessuelle regler om anke til Højesteret, er der i debatindlæggene ikke gjort meget ud af at grave i de for sontringen afgørende kriterier, der helt principielt skal være bestemmende for, hvornår noget må anses for at være jus henholdsvis faktum. Når man ved hjælp af de til grund for sontringen liggende kriterier skal forsøge at finde ud af, om de ovenfor omtalte typer syns- og skønsspørgsmål må anses for admitterbare, er der følgelig ikke megen vejledning at hente i den foreliggende litteratur.

For at forebygge tvivl med hensyn til den her anvendte sprogbrug er der i det følgende en kort præsentation af visse af de anvendte begreber.

En sag udspringer altid af en række *forudgående hændelser*. Dommerens afgørelse af en sag må - afhængigt af sagens processuelle forudsætninger - være baseret på en antagelse om disse forudgående hændelser.

Gennem *bevisførelsen* giver parterne dommeren mulighed for at danne sig en opfattelse af *sagens omstændigheder*. Denne opfattelse af sagens omstændigheder danner dommeren sig ved en vurdering af de førte beviser - *bevisvurderingen*. Dommerens opfattelse af sagens omstændigheder adskiller sig fra de forudgående hændelser derved, *a)* at det førstnævnte blot er en antagelse, som vedrører det sidstnævnte, og *b)* at dommerens opfattelse af sagens omstændigheder kan omfatte antagelser ikke alene om de forudgående hændelser men også om diverse sagkyndige vurderinger af de forudgående hændelsers karakter. Som eksempel på sådan en sagkyndig vurdering kan nævnes en vurdering af, om den af en sælger forlangte pris kan anses for rimelig, jf. købelovens § 5. Sontringen mellem forudgående hændelser og sagkyndige vurderinger deraf er ikke skarp, og der er således tale om en flydende overgang.

Retsideologien kræver regelmæssighed i retsanvendelsen, herunder også i bevisvurderingen, og dommeren skal derfor ved afgørelsen af en sag sørge for, at sagen bliver afgjort på samme måde som andre sager med tilsvarende beviser og/eller omstændigheder. Den således krævede regelmæssighed kan beskrives ved hjælp af *retsregler*. En retsregel består af et *retsfaktum*, der

undtagelse fra dette generelle indtryk - i Retsplejeloven gennem 50 år (1969) s. 74 har anført at sontringen jus x faktum i borgerlige sager i mange tilfælde ikke lader sig drage.

I betragtning af, at der er tale om en sontring, der kan anskues som værende af grundlæggende betydning for den juridiske videnskab, forekommer det i øvrigt besynderligt, at sontringen øjensynlig ikke har påkaldt sig synderlig interesse inden for dansk retslære.

betegner et hypotetisk sagsforhold, og en *retsfølge*, hvor retsfaktum og retsfølge er knyttet sådan sammen, at det er meningen, at en dommer, der i en sag anser retsfaktum for at foreligge, bør tillægge dette den i retsfølgen angivne betydning for sagens afgørelse. Retsfaktum udgør således retsfølgens betingelser, mens retsfølgen udgør retsfaktums konsekvenser. Et retsfaktum kan bestå af flere delbetingelser, der alle skal være opfyldt for, at retsfaktum kan anses for at foreligge. Sådanne delbetingelser kaldes *retsfaktorer*.

Den danske proces- og bevisretlige litteratur er som tidligere antydende desværre ikke særlig præcis, når det kommer til jus x faktum-sondringens nærmere indhold. Det er dog muligt at sammenstykke et billede af sondringen, som er så tilpas klart, at det kan danne udgangspunkt for en meningsfuld behandling af den her drøftede problemstilling.

Sondringen jus x faktum kan beskrives som værende baseret på en opfattelse af, at man forud for sagens afgørelse har nogle gældende materielle retsregler, som udgør jus, og som af natur er af generel karakter, at disse retsreglers generelt formulerede retsfakta definerer de bevistemaer, som den konkrete bevisførelse retter sig mod i den forstand, at det er bevisførelsens formål at godtgøre, om retsfaktum foreligger, at de således førte konkrete beviser vedrører sagens faktum, at faktum håndteres af de processuelle retsregler, herunder navnlig af bevisreglerne, at jus ikke kræver bevis, og at jus anvendes ved subsumption af et konkret faktum under en generel materiel retsregel.^{8) 9)}

⁸⁾ Se Henrik Zahle, Om det juridiske bevis (1976) s. 15 ff, Henrik Zahle, Bevisret. Oversigt (1994) s. 19 ff, Hans Gammeltoft-Hansen, Strafferetspleje III (1996) s. 133 ff, Bernhard Gomard, Civilprocessen 4. udg. (1994) s. 360 f og 385, Eva Smith, Straffeprocess 3. udg. (1995) s. 87 ff, Jørgen Verner i U 1968 B s. 251, Stephan Hurwitz, Tvistemål 1. udg. (1941) s. 135, Stephan Hurwitz, Den Danske Strafferetsplejen 1. udg. (1940) 557 ff og H. Munch-Petersen, Den Danske Retspleje 2. udg. (1923) bind I s. 188 f.

⁹⁾ Det forhold, at faktum ifølge dansk proces- og bevisretlig teori erkendes gennem bevisførelsen, kunne give anledning til at overveje, om jus på mere rammende vis kan karakteriseres som normer, der følger af de til enhver tid værende retskilder, herunder naturligvis retspraksis. Sådan et kriterium syntes imidlertid ikke at være foreslået i den proces- og bevisretlige teori, og det ville i øvrigt heller ikke være egnet til at udsondre de temaer, som det ikke tilkommer syns- og skønsmænd at udtale sig om. For eksempel er der ingen tvivl om, at der fra retskilder i form af love og anordninger kan udledes mange og ganske komplicerede retsregler om indretningen af el-installationer, og at spørgsmål, der drejer sig om sådanne tekniske forskrifter, herunder for eksempel om lovligheden af el-installationerne på et kraftværk, helt klart vil være admitterbare spørgsmål, selv om besvarelsen forudsætter a) en identifikation af de relevante bestemmelser, b) en fortolkning af bestemmelserne og c) anvendelse af bestemmelserne på sagens forudgående hændelser (i eksemplet en vurdering af, om kraftværkets el-installationer

De 2 bærende elementer i sontringen syntes at være *a)* jus'ens generelle karakter x faktums konkrete karakter og *b)* jus'ens karakter af materielle retsregler x faktums tilknytning til en sags bevismæssige aspekter.¹⁰⁾ Disse 2 kriterier for sontringen mellem jus og faktum vil derfor i det følgende blive gjort til genstand for en nærmere undersøgelse med det formål at præcisere kriterierne i en sådan grad, at de bliver operationelle i forhold til den her stillede opgave med at identificere de typer spørgsmål, der ifølge forbudet mod juridiske syns- og skønsspørgsmål skal anses for ikke at være admitterbare.

Nedenfor i afsnit 2.1.2 undersøges det, hvilken vejledning der er at hente i karakteristikken af jus som værende af generel karakter. Det interessante spørgsmål er naturligvis, hvor generelt noget skal være for, at det udgør jus. Nedenfor under afsnit 2.1.3 undersøges det derefter, hvilken vejledning der kan hentes i karakteristikken af jus som havende karakter af materielle retsregler i modsætning til bevisregler såsom bevisvurderingsregler, formodningsregler og bevisbyreregler.

Den her valgte angrebsvinkel, der tager udgangspunkt i en undersøgelse af, hvad der ligger i jus x faktum sontringens definitioner af jus og faktum, er formentlig udtryk for det, der af nogle betegnes som analytisk metode - en ikke krystalklar terminologi.¹¹⁾

2.1.2. Sontringens 1. kriterium - jus'ens generelle karakter

Det følger af færdselslovens § 118, stk. 1, nr. 1, jf. § 4, at det kan føre til idømmelse af en bøde, hvis man i et lyskryds kører over for rødt lys. Her må det forhold, at en bestemt person ved en bestemt lejlighed har kørt over for rødt lys, formentlig anses for at udgøre faktum, mens jus må anses for at være det forhold, at den type handlinger kan føre til idømmelse af bøde.

er lovligt udført og vedligeholdt).

¹⁰⁾ Se navnlig Henrik Zahle, *Om det juridiske bevis* (1976) s. 15 ff, hvor navnlig jus'ens generelle karakter er betonet (s. 25), og Hans Gammeltoft-Hansen, *Strafferetspleje III* (1996) s. 134, hvor det er anført, at jus x faktum sontringen er klar, og at denne begrebsmæssige klarhed beror på, at der i enhver konkret sag kan skelnes mellem, hvad der er bevisbedømmelse, og hvad der er fortolkning. Hos Henrik Zahle, *Bevisret* (1994) s. 22 kan man dog muligvis finde en vis opblødning i opfattelsen af de materielle retsregler som værende af generel karakter. Zahle har således anført følgende (min kursivering): "Også når det gælder opdelingen mellem det generelle og det konkrete, er beskrivelsen forenklet.: Regler er vel (pr definition) generelle, mens afgørelser eller konstateringer vedrørende individuelle retsforhold er (pr definition) konkrete, men dog stadig retlige."

¹¹⁾ Se herom Mads Bryde Andersen, *Edb og ansvar* (1988) s. 36 ff.

I relation til spørgsmålet om bøde for at køre over for rødt lys er forholdet mellem sagens forudgående hændelser og den relevante retsregels retsfaktum så ukompliceret, at jus x faktum sontringens generalitetskriterium ikke umiddelbart giver anledning til de store problemer.¹²⁾

Når det drejer sig om retsregler, der kan give anledning til formulering af mere præcise specialregler, endnu mere præcise specialregler til sådanne specialregler etc., er det derimod ud fra jus x faktum sontringens generalitetskriterium vanskeligt at pege på en veldefineret grænse mellem jus og faktum.

¹³⁾ Dette kan belyses med et andet eksempel taget fra færdselsloven, nemlig færdselslovens § 126 om betinget frakendelse af kørekortet.

Ifølge færdselslovens § 126 skal der ske betinget frakendelse af kørekortet blandt andet hvis man "under tilsidesættelse af væsentlige hensyn til færdselssikkerheden" med et motordrevet køretøj har voldt skade på person eller ting eller fremkaldt fare for sådan skade. Rettsfaktum i § 126 omfatter retsfaktoren "under tilsidesættelse af væsentlige hensyn til færdselssikkerheden", og det dertil svarende faktum må derfor formentlig beskrives som spørgsmålet om, hvorvidt en bestemt person ved en bestemt lejlighed har tilsidesat væsentlige hensyn til færdselssikkerheden. Jus kan tilsvarende beskrives som det forhold, at tilsidesættelse af væsentlige hensyn til færdselssikkerheden efter omstændighederne skal føre til betinget frakendelse af kørekortet.

Ifølge praksis anses der som udgangspunkt at foreligge "tilsidesættelse af væsentlige hensyn til færdselssikkerheden", hvis man kører ind i et lyskryds for rødt lys. Det kan give anledning til at opstille en mere præcis specialregel, hvor retsfaktum er det forhold, at en person er kørt ind i et lyskryds for rødt lys, og hvor retsfølgen uforandret er, at der skal ske betinget frakendelse af kørekortet. I relation til denne mere præcise retsregel må man omdefinere faktum og jus, således at faktum og jus nu formentlig må udgøre henholdsvis det forhold, at en bestemt person ved en bestemt lejlighed er kørt ind i et lyskryds for rødt lys, og det forhold, at der som udgangspunkt skal ske betinget frakendelse af kørekortet, når man for rødt lys kører ind i et lyskryds.

¹²⁾ I Strafferettens almindelige del, I ansvarslæren 3. udg. s. 154 har Knud Waaben i overensstemmelse hermed betegnet deliktet at køre over for rødt lys som en meget typebestemt overtrædelse, hvor en vurdering af tilregnelserformen uagtksomhed ikke kræver en konkret bedømmelse med udgangspunkt i områdets og situationens krav.

¹³⁾ Om sådanne specialregler se for eksempel Henrik Zahle, Om det juridiske bevis (1976) s. 42, hvor udtrykket "undernormer" anvendes, og Mads Bryde Andersen, Edb og ansvar s. 28 f, hvor der med inspiration fra forvaltningsretten tales om regler for anvendelse af regler, og hvor det utvivlsomt med rette er pointeret, at det forhold, at en retsregel kan "rumme talrige andre regler" ikke altid syntes erkendt i den juridiske litteratur.

Selv om man kører ind i et lyskryds for rødt lys, 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 stedet.¹⁴⁾ Dette kan give anledning til at formulere en endnu mere præcis retsregel, ifølge hvilken der skal ske betinget frakendelse af kørekortet, dersom man for rødt lys kører ind i et lyskryds, og der ikke foreligger særligt undskyldende omstændigheder, såsom *at* krydset havde en kompliceret karakter, *at* hastigheden var lav, og *at* vedkommende ikke var kendt på stedet. I relation til denne endnu mere præcise retsregel må man naturligvis også omdefinere faktum og jus.

Man kan naturligvis fortsætte med at opstille præciserende retsregler. For eksempel kan man præcisere, hvad der ligger i en lav hastighed, et kompliceret kryds og manglende kendskab til det pågældende kryds, og svarende til denne fortsatte opstilling af præciserende retsregler kan man løbende omdefinere faktum og jus.

Man kan hævde, *a)* at der rent logisk eller definitions-mæssigt må være en grænse for, hvor meget anvendelsesområdet for færdselslovens § 126 kan præciseres, og hvor konkrete retsregler, der kan opstilles, og *b)* at man i hvert fald må støde ind i sådan en grænse, når man kommer til de helt konkrete afgørelser. At hævde sådan et standpunkt vil imidlertid være udtryk for en misforståelse.

Enhver afgørelse, hvor der tages stilling til, om færdselslovens § 126 kan anvendes, er udtryk for en stillingtagen til § 126's anvendelsesområde, det vil sige til afgrænsningen af § 126's retsfaktum. Det gælder, uanset om konklusionen er, at retsfaktum foreligger, eller at retsfaktum ikke foreligger. Når en relativt abstrakt retsregel anvendes i en konkret afgørelse, indebærer det således en konklusion om, *at* den pågældende sags omstændigheder må anses for omfattet af retsfaktum i den relativt abstrakte retsregel, og *at* de pågældende omstændigheder derfor skal have den retsfølge, der er angivet i den relativt abstrakt formulerede retsregel.

Ret beset kan en afgørelse med andre ord anskues som udtryk for en form for (konkret) specialregel, i hvilken den konkrete sags mere eller mindre abstrakt definerede omstændigheder udgør et nyt og mere præcist afgrænset

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

retsfaktum.¹⁵⁾ Dersom der på trods af afgørelsens konkrete karakter senere opstår en tilsvarende sag, må den specialregel, som afgørelsen af den første sag er udtryk for, derfor kunne finde anvendelse ved den nye sags afgørelse. Af større praktisk betydning er det imidlertid, at konkrete afgørelser kan anskues som specialregler, hvorfra man efter omstændighederne kan slutte analogt eller "så meget desto mere", for så vidt angår den mere almene regels mulige anvendelse på et andet sæt konkrete omstændigheder.¹⁶⁾

Fra en i forhold til den almindelige ansvarsregel speciel regel om ansvar for kast af en bestemt granitbrosten gennem en bestemt butiksrude kan der for eksempel med stor sikkerhed sluttes analogt til en retsregel om ansvar for kast af større sten i almindelighed gennem butiksruder i almindelighed, ligesom der ret ubesværet kan sluttes så meget desto mere, for så vidt angår kast af molotowcocktails gennem butiksruder. Værdien af sådanne konkrete specialregler set i forhold til mere abstrakte retsregler kan navnlig være, at en slutning fra konkrete specialregler - analogt eller så meget desto mere - kan være forbundet med en langt større sikkerhed end en slutning fra en mere abstrakt formuleret retsregel.¹⁷⁾ Det valgte eksempel vedrørende stenkastning kan naturligvis ikke give anledning til stor tvivl hvis der skal ske en bedømmelse

¹⁵⁾ Hvis der er tale om en specialregel inden for en mere generel retsregels anvendelsesområde som defineret dens retsfaktum, kan specialreglen have karakter af enten a) en undtagelse eller b) en præcisering af, at den generelle retsregel rent faktisk finder anvendelse i de tilfælde, der er defineret i specialreglens retsfaktum (positivt bekræftende specialregler). Specialreglens retsfølge er naturligvis afgørende for, om specialreglen har den ene eller den anden karakter.

¹⁶⁾ Den konkrete sags omstændigheder kan naturligvis være af en sådan karakter, at det ikke har nogen praktisk interesse at operere med en specialregel af det pågældende indhold. Det ændrer imidlertid ikke noget som helst ved det forhold, at man principielt kan anskue den konkrete sags omstændigheder som et retsfaktum i en retsregel (med et ret snævert anvendelsesområde).

¹⁷⁾ Det anførte er udtryk for en vis nuancering og præcisering i forhold til et simpelt udsagn om, at retspraksis naturligvis må betragtes som en retskilde. Denne nuancering og præcisering har blandt andet betydning, fordi den kan bruges til på begrundet vis at påvise, at domme med meget konkrete begrundelser og efter omstændighederne endog domme med intetsigende begrundelser kan være praktisk relevante for dommere og de aktuelle og potentielle brugere af domstolssystemet (aktuelle og potentielle parter i retssager og deres advokater). Denne betragtning står i nogen grad i et modsætningsforhold til den i retslære- og retskilde-litteraturen traditionelt hævdede opfattelse af retspraksis, idet man der primært er fokuseret på udledning af generelt formulerede retsregler fra retsafgørelser med dertil svarende generelt formulerede begrundelser, jf. nærmere herom Bjørn Ryberg i Juridisk Institut, Julebog 1998 s. 133 ff.

efter den almindelige erstatningsregel.¹⁸⁾ Det er imidlertid uden betydning for den principielle rigtighed af det anførte. I det tidligere omtalte eksempel vedrørende betinget frakendelse af kørekortet, er der for eksemplet ingen tvivl om, at en konkret afgørelse efter omstændighederne kan give mere præcis vejledning end en sammenholdning af en sags forudgående hændelser med udtrykket "tilsidesættelse af væsentlige hensyn til færdselssikkerheden".

Det følger af det anførte, at der ikke er nogen principiel grænse for, hvor specifikke og konkrete retsregler man kan opstille i forbindelse med beskrivelsen af et retsområde, og at man på grundlag af retspraksis endog kan opstille specialregler, der er fuldt ud lige så konkrete som de afgjorte sager. Følgelig er retsregler ikke af natur af generel karakter. Det forholder sig blot således, at det af forskellige årsager kan være praktisk at operere med relativt abstrakte retsregler, hvilket afspejler sig dels i lovgivningen og dels i de retsdogmatiske fremstillinger. Det forhold, at jus - med udgangspunkt i en misforståelse - hævdes at være af generel karakter, kan med andre ord ikke umiddelbart bidrage til besvarelsen af spørgsmålet om, hvilke typer spørgsmål det tilkommer en syns- og skønsmand at tage stilling til.

Man kan naturligvis overveje, om man kan redde noget ved at tage udgangspunkt i en slags "normal" generalitet for retsregler. Hvis man ønsker at gøre det, må man overveje, hvad der i de retsdogmatiske fremstillinger er eller bør være afgørende for det detaljeringsniveau, hvorpå rettilstanden på et område bør beskrives. Afgørelsen må bero på en række forhold.¹⁹⁾

De fysiske rammer for den retsdogmatiske fremstilling og formålet med omtalen af den pågældende retsregel vil naturligvis være af betydning for valget af detaljeringsniveau. Hvis der inden for en retsregels anvendelsesområde løbende er et meget betydeligt antal sager af forskellige typer, taler det endvidere for, at det kan være hensigtsmæssigt at operere med et større antal materielle specialregler. Hvis der typisk er tale om sager, som har en begrænset økonomisk værdi, og som derfor relativt dårligt kan bære de store omkostninger, der kan være forbundet med en meget individuel sagsbe-

¹⁸⁾ Stenkastningseksemplet er inspireret af Mads Bryde Andersen, Edb og ansvar s. 230 f, hvor ansvar for kast af sten mod et vindue indgår i en omtale af regler om objektivi ansvar set i forhold til den subjektive culpa-norm.

¹⁹⁾ Henrik Zahle, Om det juridiske bevis (1976) s. 37 ff, skal vist nok forstås således, at man bør være tilbageholdende med at opstille faste specialregler, når der i lovgivningen er valgt udtryk, som lægger op til en skønsmæssig vurdering som for eksempel en moralsk vurdering.

handling, kan det også tale for et større antal relativt klare specialregler.²⁰⁾ Omvendt forholder det sig naturligvis, hvis retsområdet er karakteriseret ved ganske få og økonomisk meget store sager, som uden problemer kan bære selv meget store omkostninger ved sagernes behandling.²¹⁾ Det er således i vidt omfang pragmatiske hensyn, der er afgørende for valget af detaljeringsniveau. I øvrigt er der i litteraturen ofte ikke tale om valg af ét bestemt detaljeringsniveau, idet der i en retsdogmatisk fremstilling ofte vil være både en abstrakt fremstilling af retsområdets hovedprincipper og en række konkrete eksempler, der kan anskues som mere konkrete specialregler, jf. det derom anførte ovenfor.

Det kan betvivles, om man i det hele taget på meningsfuld måde kan tale om et "normalt" detaljeringsniveau. Når det er den almindelige opfattelse, at retsregler ifølge deres natur er af generel karakter, må det formentlig tilskrives, at retsregler med et relativt abstrakt indhold i forskellige sammenhænge er hensigtsmæssige i en sådan grad, at det har givet anledning til den fejlslutning, at det (meget) abstrakte indhold er naturgivet og ikke blot udtryk for et pragmatisk valg i forbindelse med den retsdogmatiske fremstilling af retsreglerne. Under alle omstændigheder syntes de i vidt omfang pragmatiske kriterier, der som ovenfor anført må være afgørende for valg af detaljeringsniveauet i en "normal" retsdogmatisk fremstilling ikke at være egnede til at udskille de spørgsmål, som det må tilkomme syns- og skøns mænd at tage stilling til.

²⁰⁾ Retsreglerne om fordeling af det indbyrdes erstatningsansvar ved sammenstød mellem motorkøretøjer såsom biler er velegnet til at illustrere det anførte. Ifølge færdselslovens § 103, stk. 2, skal ansvaret for den ved sammenstød mellem motordrevne køretøjer opståede tingsskade placeres under hensyn til de foreliggende omstændigheder. Der er løbende et meget betydeligt antal sager, og der er behov for retsregler, som er så simple, at sagerne uden væsentlige problemer kan færdigbehandles af sagsbehandlere i de involverede parter forsikringsselskaber. Disse forhold taler klart imod en meget individuel vurdering af de involverede parter relative fejl og forsømmelighed i hver enkelt sag. I overensstemmelse hermed er der udviklet et yderst deltageret sæt specialregler, som hver især dækker meget specifikke sammenstødstyper. Se herom Kamov 1998 note 440 til færdselslovens § 103, stk. 2, hvor det for eksempel er anført, at der ved sammenstød mellem 2 bakkende motorkøretøjer sker en ligedeling af ansvaret for den ved sammenstødet opståede tingsskade, uanset situationen i sammenstødsøjeblikket.

²¹⁾ Som eksempel på en stor sag af singulær karakter se UfR 1998 s. 281 H om Danske Malermestres udtræden af Byggeriets Arbejdsgivere.

2.1.3. Sondringens 2. kriterium - jus'ens materielle karakter

Det forhold, at en regelmæssighed i retsanvendelsen i princippet kan beskrives ved hjælp af retsregler på et vilkårligt generalitetsniveau, siger intet om, hvornår den pågældende regelmæssighed bør anses for at være af materiel henholdsvis bevismæssig beskaffenhed, og hvornår retsreglerne derfor må have materiel henholdsvis bevisretlig karakter.

Selv om jus x faktum sondringens generalitetskriterium, ifølge hvilken retsregler per definition skulle forestille at være af generel karakter, må siges at afspejle en myte, giver det derfor stadig god mening at undersøge, hvilken vejledning der eventuelt kan hentes i sondringens karakteristik af jus som havende karakter af materielle retsregler i modsætning til bevisregler såsom bevisvurderingsregler, formodningsregler og bevisbyrderegler.

For at kunne bruge karakteristikken af jus som værende af materiel karakter til identifikation af de ikke admitterbare syns- og skønsspørgsmål må man finde et operationelt kriterium for fastlæggelsen af skillelinien mellem på den ene side materielle retsregler og på den anden side de dertil hørende bevisregler såsom bevisvurderingsregler, formodningsregler og bevisbyrderegler. Realiteten er imidlertid, at grænsen mellem materielle retsregler og bevisregler i vidt omfang er arbitrær. I det følgende påvises det således, at retsregler ikke i sig selv er materielle eller bevisretlige, og at det i vidt omfang også beror på hensigtsmæssighedsbetragtninger, når man ved fremstillingen af et retsområde skal vælge, hvor man i en retsdogmatisk fremstilling vil lægge sin grænse mellem de materielle og de bevisretlige regler.

Samme regelindhold kan udtrykkes på mange måder, herunder kan man efter omstændighederne frit vælge mellem at beskrive en retstilstand som a) en hovedregel med en dertil hørende undtagelse, b) en retsregel med en dertil hørende formodningsregel, c) en retsregel med en dertil hørende bevisbyrderegel, d) 2 selvstændige retsregler, hvor den ene på grund af sit snævrere anvendelsesområde anses for en specialregel (*lex specialis*), eller e) en materiel retsregel og en dertil knyttet bevisvurderingsregel. Det anførte dokumenteres bedst med et par eksempler.²²⁾

²²⁾ I bevisbyrde-eksemplerne skal udtrykket "bevisbyrde" forstås således, at det er en positiv betingelse for retsreglens anvendelse, at den part, der har bevisbyrden, godtgør, at den pågældende retsfaktor foreligger. Det vil sige, at det er en forudsætning for retsreglens anvendelse, at vedkommende part fører et bevis, der bedømt efter de relevante bevisvurderingsregler lever op til beviskravne på det pågældende retsområde.

Den her anvendte sprogbrug ses ofte i retsdogmatiske fremstillinger, jf. for eksempel Jacob Nørager-Nielsen og Søren Theilgaard, *Købeloven med kommentarer*, 2. udg. (1993) s. 78. Navnlig i den procesretlige og bevisretlige litteratur er der imidlertid ikke

Det 1. eksempel tager udgangspunkt i definitionen af et forbrugerkøb i købelovens § 4a. Definitionen kan beskrives på følgende i formen vidt forskellige men indholdsmæssigt identiske måder:²³⁾

a) som en hovedregel med en dertil hørende undtagelse

Når sælgeren er en erhvervsdrivende, der handler som et led i sit erhverv, foreligger der et forbrugerkøb. Det gælder dog ikke, hvis det købte var bestemt til anvendelse i eller for en erhvervsvirksomhed.

b) som en retsregel med dertil hørende formodningsregel

Et forbrugerkøb er et køb af en genstand hos en erhvervsdrivende sælger, der handler som et led i sit erhverv, hvor genstanden ikke er bestemt til anvendelse i eller for en erhvervsvirksomhed. Der er en formodning for, at salgsgenstanden ikke er bestemt til anvendelse i eller for en erhvervsvirksomhed.

c) som en retsregel med en dertil hørende bevisbyrderegel

Et forbrugerkøb er et køb af en genstand, hvor sælgeren er en erhvervsdrivende, der handler som et led i sit erhverv, og hvor salgsgenstanden ikke er bestemt til anvendelse i eller for en erhvervsvirksomhed. Sælgeren har bevisbyrden for, at salgsgenstanden ikke er bestemt til anvendelse i eller for en erhvervsvirksomhed.

enighed om begrebsfastlæggelsen, jf. for eksempel omtalen heraf i W.E. von Eyben, *Bevis* (1986) s. 21 ff.

Anvendelsen af begrebet "bevisbyrde" er i princippet uheldig derved, at den kunne give anledning til den misforståelse, at beviser ført af andre parter end den part, der har bevisbyrden, ikke vil kunne føre til, at de pågældende beviskrav kan anses for opfyldt, således at bevisbyrden er løftet, uden at det skyldes den part, der har bevisbyrden. I den forbindelse er det væsentligt at erindre, at en part efter omstændighederne har pligt til at fremlægge beviser, som kan skade partens egen sag, jf. for eksempel Henrik Zahle, *Om det juridiske bevis* (1976) s. 630 ff. Risikoen for den nævnte misforståelse syntes dog ikke at være så uheldig, at man allerede af den grund helt bør undgå bevisbyrdebegrebet.

²³⁾ Isoleret set udgør definitionen af forbrugerkøb og andre "legaldefinitioner" ifølge Morten Wegener, *Juridisk metode* 2. udg. (1994) s. 51 f, ikke "regler". Der er imidlertid grund til at anfægte synspunktet, *idet* definitionen af forbrugerkøb klart har et retsfaktum, der kan være genstand for bevisførelse, *idet* en antagelse om, at retsfaktum foreligger, fører til en præjudicielt vigtig retsfølge i form af en konklusion om, at der foreligger et forbrugerkøb, og *idet* der ikke kan være nogen tvivl om, at legaldefinitioner skal anvendes af domstolene på samme måde som andre retsregler.

d) som 2 selvstændige retsregler - lex specialis

Bliver et køb foretaget hos en erhvervsdrivende sælger, der handler som et led i sit erhverv, foreligger der et forbrugerkøb.

Bliver et køb foretaget hos en erhvervsdrivende sælger, der handler som et led i sit erhverv, og er salgsgenstanden bestemt til anvendelse i eller for en erhvervsvirksomhed, foreligger der ikke forbrugerkøb.

Det 2. eksempel tager udgangspunkt i den almindelige erstatningsregel og ansvaret for at kaste sten gennem vinduesruder.²⁴⁾ Ansvarsreglerne kan beskrives på følgende i formen vidt forskellige men indholdsmæssigt identiske måder:

a) som en hovedregel med en dertil hørende undtagelse

Hvis en skadevolder har kastet en sten gennem en rude, er skadevolderen ansvarlig for det derved lidte tab. Det gælder dog ikke, hvis skadevolderen ikke handlede culpøst.

b) som en retsregel med en dertil hørende formodningsregel

Forårsager man ved culpøs adfærd et tab, er man forpligtet til at erstatte det derved lidte tab. Hvis en skadevolder har kastet en sten gennem en rude, er der en formodning for culpa.

c) som en retsregel med en dertil hørende bevisbyrde

Forårsager man ved culpøs adfærd et tab, er man forpligtet til at erstatte det derved lidte tab. Hvis en skadevolder har kastet en sten gennem en rude, har skadevolderen bevisbyrden for, at der ikke foreligger culpa.

d) som 2 selvstændige retsregler - lex specialis

Hvis en skadevolder har kastet en sten gennem en rude, er skadevolderen ansvarlig for det derved lidte tab.²⁵⁾

²⁴⁾ Stenkastningseksemplet er inspireret af Mads Bryde Andersen, Edb og ansvar s. 230 f, hvor ansvar for kast af sten mod et vindue indgår i en omtale af regler om objektivt ansvar set i forhold til den subjektive culpa-norm.

²⁵⁾ Vedrørende opstillingen af sådanne (objektive) specialregler om ansvar se Stig Jørgensen i Juristen 1961, hvor følgende er anført: "Retsstridigheds- og culpabegrebet er løsrevet fra det primitive fare/nytteræsonnement og bonus paterfamilias standarden og har fundet sin plads i den almindelige objektive retskildelære Man opererer med "typetilfælde", der afgøres ud fra deres egne forudsætninger i stedet for med slutninger fra enkelte almindelig principper eller "reale hensyn". Se i samme retning Henrik Zahle, Om det juridiske bevis (1976) s. 42 om "ikke selvstændige underregler" i forhold til

Hvis en skadevolder har kastet en sten gennem en rude, og skadevolderen ikke har handlet culpøst, er skadevolderen ikke ansvarlig for det derved lidte tab.

e) som en materiel retsregel og en dertil knyttet bevisvurderingsregel
Forårsager man ved culpøs adfærd et tab, er man forpligtet til at erstatte det derved lidte tab. Hvis det må antages, at en skadevolder har kastet en sten gennem en rude, skal culpa anses for at foreligge.

Pointen her er at fastslå, at der ikke er noget, som i sig selv er hovedregler, undtagelser, formodningsregler, bevisbyrde regler, beviskravsregler og materielle specialregler, at der blot er tale om forskellige måder, hvorpå man kan anskue og beskrive en og samme retstilstand og at der ikke er nogen principiel forskel mellem de forskellige beskrivelsesmåder.²⁶⁾

Hvilken beskrivelsesmåde, man vil vælge, når man vil beskrive en given retstilstand, må afhænge dels af de retskilder, hvorfra man øser, og dels af hensigtsmæssighedsbetragtninger, det vil sige, hvad der må anses for praktisk relevant for dommerne og de aktuelle og potentielle brugere af domstolssystemet (aktuelle og potentielle parter i retssager og deres advokater). Eksemplet med definition af forbrugerkøb i købelovens § 4a viser således, at en beskrivelse som 2 selvstændige retsregler i visse tilfælde kan virke ret anstrengt. Endvidere kan det forhold, at ordet "bevisbyrde" er anvendt i købelovens § 4a, tale for at anvende bevisbyrde-modellen, når man skal beskrive den fra § 4a stammende regel om, at et køb hos en erhvervsdrivende som udgangspunkt skal anses for et forbrugerkøb.²⁷⁾

Der siges normalt at være den forskel mellem på den ene side bevisregler, og på den anden side materielle retsregler, at bevisregler er karakteriseret ved, at der i princippet altid kan føres modbevis, mens det ikke er tilfældet ved materielle retsregler. Som det fremgår ovenfor, er forskellen mellem bevisregler og materielle retsregler imidlertid i højere grad af praktisk end af principiel karakter. For eksempel har man altid mulighed for at forsyne en materiel retsregel med en eller flere materielle undtagelser, der efter

"culpanormen".

²⁶⁾ Det er dette forhold, der - erkendt eller ej - er baggrunden for, at Jørgen Trolle i UfR 1964 B s. 138 har skrevet: "I det hele løber vel objektivt ansvar, ansvar med omvendt bevisbyrde og sædvanligt culpaansvar noget over i hinanden."

²⁷⁾ Se som et eksempel herpå Jacob Nørager Nielsen og Søren Theilgaard, Købeloven med kommentarer, 2. udg. (1993) s. 78.

omstændighederne kan tilføre en rent materiel regulering den fornødne fleksibilitet. Man kan imidlertid ikke løbe fra, at behovet for fleksibilitet er en af de faktorer, der kan have betydning for ens valg af grænseflade mellem de materielle retsregler og de dertil knyttede bevisregler. Der vil dog fortsat være tale om et valg, som er dikteret af hensigtsmæssighedsbetragtninger.²⁸⁾

Man må konstatere, at de materielle retsregler og de bevisretlige regler inden for et retsområde er knyttet sammen i den materielle regulering af retsområdet i en sådan grad, at det i realiteten ikke har nogen som helst indholdsmæssig betydning, hvilke dele af retstilstanden der beskrives ved hjælp af materielle retsregler henholdsvis bevisregler. Der er tale om et i vidt omfang arbitrært formuleringsvalg, som bør være inspireret af rent pragmatiske hensyn. Allerede fordi der således ikke kan påvises nogen "naturlig" grænse mellem materielle retsregler og bevisregler, må man konstatere, at faktum x jus sontringens karakteristik af jus som havende karakter af materielle retsregler i modsætning til bevisregler heller ikke bidrager med noget, der er egnet til at adskille admitterbare syns- og skønsspørgsmål fra ikke-admitterbare.

2.1.4. Sammenfatning

Undersøgelsen af de 2 til grund for sontringen jus x faktum liggende kriterier fører til den konklusion, at det 1. kriterium bygger på den fejlopfattelse, at materielle retsregler per definition må have en (relativt) generel karakter, og at det 2. kriterium bygger på den fejlopfattelse, at der må være en eller anden form for "naturlig" grænse mellem materielle retsregler og bevisregler, at sontringen jus x faktum må anses for indholdsløs, idet de til grund for sontringen liggende kriterier er baseret på fejlagtige forudsætninger, og idet ingen af kriterierne giver en reel vejledning med hensyn til fastlæggelsen af grænsen mellem jus og faktum, og at forbudet mod juridiske spørgsmål er

²⁸⁾ I artiklen "Et retspolitisk program for dommerskabt ret" fra Højesteret 1661-1986 (1986) har Bernhard Gomard omtalt de overvejelser, der i forbindelse med (løbende) ændring af retspraksis kan motivere, at ændringerne sker gennem ændring af beviskravene i stedet for gennem ændring af de materielle regler. Den problemstilling har imidlertid en noget anden karakter end de her behandlede spørgsmål. Her er fokus ikke på en dynamisk udvikling. Det drejer sig her om valget mellem flere måder, hvorpå en allerede givet retstilstand kan fremstilles. Når en højesteretsdom er formuleret som værende baseret på en bevisregel, vil det forhold imidlertid være af væsentlig betydning for teoriens valg af fremstillingsform, allerede fordi teoriens valg af fremstillingsform må ske under hensyn til de foreliggende retskilder.

tilsvarende indholdsløst, for så vidt angår beskrivelsen af forbudets retsfaktum.²⁹⁾

Når sondringen *jus x faktum* ikke giver nogen reel vejledning med hensyn til, hvilke spørgsmål der er admitterbare, må den relevante retsregel om begrænsning af syns- og skønsspørgsmåls admitterbarhed i stedet søges i de reale hensyn, der må antages at ligge til grund for afvisningen af de spørgsmål, som ifølge forbudet mod juridiske syns- og skønsspørgsmål skal anses for at være af juridiske karakter.

2.2. Den manglende harmoni mellem forbudet mod juridiske spørgsmål og den praksis, som forbudet skulle forestille at kunne forklare

Det fremgår af litteraturen, at man i praksis accepterer syns- og skønsspørgsmål om, hvorvidt en ydelse kan anses for mangelfuld. For at bringe udsagnet om, at juridiske spørgsmål ikke er admitterbare i overensstemmelse med denne praksis må man i litteraturen hævde, at sådanne spørgsmål om, hvorvidt en ydelse er mangelfuld, må anses for at være af ikke juridisk karakter.

Den karakterisering af mangelsproblematikken er imidlertid udtryk for veritabel vold mod det danske sprog. Mangelsproblematikken er en central problemstilling inden for den klassiske obligationsret. Den opfattelse, at der skulle være tale om en ikke juridisk problemstilling, må være udtryk for, at spørgsmålet ikke i det fornødne omfang er blevet gjort til genstand for kritiske overvejelser. En afgørelse af et mangelsspørgsmål forudsætter således blandt andet en fortolkning af den aftale, i henhold til hvilken ydelsen er præsteret, hvilket normalt må anses for en opgave af juridisk karakter. At der skulle være tale om en problemstilling af ikke juridisk karakter syntes i hver fald at måtte kræve en nærmere forklaring, og sådan en forklaring syntes ikke at foreligge. Resultatet kan under ingen omstændigheder forklares med en henvisning til den problematiske *jus x faktum* sondring.

Dette klare udtryk for manglende harmoni mellem det hævdede forbud og de resultater, som den i forbudet udtrykte retsregel skulle forestille at kunne

²⁹⁾ I overensstemmelse med den her dragne konklusion har Spleth i Retsplejeloven gennem 50 år (1969) s. 74 anført følgende om sondringen *jus faktum* uden for strafferetten: "I borgerlige sager er det helt klart, at sondringen i mange tilfælde ikke lader sig drage. Teoretisk kan domstolens opgave deles op i en undersøgelse af, hvilke kendsgerninger der er bevist, og en afgørelse af, om disse kendsgerninger konstituerer et bestemt retligt fænomen, men i praksis løber disse processer i nogen grad sammen." Det bør dog bemærkes, at Spleth syntes at være den eneste forfatter, der i den danske civilprocessuelle og bevisretlige litteratur har givet udtryk for direkte kritik af *jus x faktum* sondringen.

forklare, støtter den ovenfor under punkt 2.1.2 angivne konklusion om, at der er noget galt med det i litteraturen formulerede forbud mod juridiske spørgsmål.

2.3. De relevante reale hensyn og den deraf flydende begrænsning med hensyn til syns- og skønsspørgsmåls admitterbarhed

Ifølge retsplejelovens § 341 kan der ikke ske bevisførelse uden betydning for sagen. Dette kan naturligvis være relevant for, hvilke syns- og skønsspørgsmål, der skal anses for admitterbare. Hvis besvarelsen af et spørgsmål ikke kan antages at bibringe noget af betydning, må princippet i § 341 kunne føre til spørgsmålets afskæring.

I det omfang der er tale om vurderingskrævende spørgsmål, hvor en syns- og skønsmænd ikke besidder en højere ekspertise end en dommer, er der for eksempel ingen grund til at forelægge spørgsmålene for en syns- og skønsmænd. Når dommere, for så vidt angår en lang række spørgsmål vedrørende anvendelse af retsregler, må formodes at have en højere grad af ekspertise end syns- og skønsmænd, er der derfor ingen grund til at lade syns- og skønsmænd besvare sådanne spørgsmål. Det har imidlertid i princippet intet at gøre med sondringen *jus x factum*, hvorfra der som påvist ovenfor ikke kan udledes noget.

Man må sondre. Der er nogle retsregler, som dommere normalt har god forstand på, og der er andre, som de normalt har mindre forstand på. Som eksempel på det sidste kan nævnes de tekniske forskrifter for indretning af el-installationer, som findes i diverse love og anordninger. Selv om sådanne forskrifter klart har karakter af retsregler, der udspringer direkte af almindeligt anerkendte retskilder, vil der ikke være nogen fornuftig grund til at afskære spørgsmål vedrørende sådanne tekniske forskrifters betydning for lovligheden af de elektriske installationer i et kraftværk. Det samme gør sig naturligvis gældende ved andre specielle retsregler, som en normal dommer på trods af sin juridiske uddannelse og karriere ikke har de rigtige faglige forudsætninger for at tilegne sig og bringe i anvendelse - naturligvis forudsat at de pågældende syns- og skønsmænd sidder inde med den relevante ekspertise.

En retsregel, ifølge hvilken man kan afskære syns- og skønsspørgsmål, hvis besvarelse kræver en vurdering, som dommere er fuldt ud kompetente til selv at foretage, har i øvrigt støtte i fast praksis ved Østre Landsret, jf. a) U 1971 s. 861 Ø og U 1980 s. 466 Ø, hvor syn- og skøn vedrørende spørgsmål, som

lå inden for rettens egen ekspertise blev afvist,³⁰⁾ b) U 1999 s. 1.294 Ø, hvor syn og skøn vedrørende en række spørgsmål blev admitteret, fordi der var tale om forhold, som lå uden for rettens egen ekspertise³¹⁾.

Ser man på de afgørelser, der i litteraturen påberåbes til støtte for forbudet mod juridiske syns- og skønsspørgsmål, er en del af afgørelserne ikke udtrykkeligt begrundet med, at de afviste spørgsmål er af juridisk karakter. Begrundelserne i disse afgørelser er af ret konkret karakter og giver ikke umiddelbart nogen klar indikation af, hvilke reale hensyn eller lignende, der har motiveret afgørelserne. Afgørelserne lader sig imidlertid på fuldt ud harmonisk vis forklare med, at der har været tale om spørgsmål, som dommerne selv måtte anses for at være fuldt ud kompetente til at tage stilling til.³²⁾

Blandt de afgørelser, som i litteraturen ses påberåbt til støtte for forbudet mod juridiske syns- og skønsspørgsmål, er der 2 afgørelser, hvor der som begrundelse for afvisningen af nogle spørgsmål udtrykkeligt blev henvist til spørgsmålenes juridiske karakter - U 1985 s. 216 H og U 1986 s. 950 SH. Der var tale om spørgsmål til en række brancheorganisationer og Forbrugerrådet. Det forhold, at der således ikke var tale om spørgsmål til syns- og skønsmænd, må imidlertid være uden betydning, idet der må antages at gælde samme begrænsninger for spørgsmål til brancheorganisationer med videre og for spørgsmål til syns- og skønsmænd. Disse 2 afgørelser lader sig imidlertid også forklare med, at spørgsmålene drejede sig om forhold, som måtte antages at ligge inden for dommernes egen ekspertise.³³⁾ De 2 afgørelser er således utvivlsomt rigtige, men der er god grund til at kritisere begrundelserne, idet de

³⁰⁾ U 1980 s. 466 Ø (spørgsmål der ikke krævede særlig sagkundskab udover den boligrettens læge dommere måtte antages at have) og U 1971 s. 861 Ø (spørgsmål, der krævede udøvelse af et skøn som boligretten selv kunne udøve med tilstrækkelig sikkerhed).

³¹⁾ U 1999 s. 1.294 Ø (spørgsmål, hvis besvarelse krævede en byggesagkyndig ekspertise, som boligrettens dommere ikke selv sad inde med).

³²⁾ Se for eksempel U 1984 s. 265 V (spørgsmål om hvorvidt en agent for et rejsebureau skulle anses for fuldmægtig, kommissionær eller handelsagent) og U 1971 s. 71 H (spørgsmål der forudsatte en stillingtagen til afgørelser truffet af administrative og judicielle instanser).

³³⁾ I U 1985 s. 216 H drejede spørgsmålene sig om, hvorvidt man havde foretaget de fornødne sikringsakter i et finansieringsarrangement. I U 1986 s. 950 SH drejede spørgsmålene sig om forholdet mellem stormagasiners rentefrie kreditgivning og markedsføringslovens § 1.

giver en inadækvat beskrivelse af betingelserne for syns- og skønsspørgsmåls admitterbarhed.

Den patentretlige sag om Køge Bugt Strandpark (UfR 1989 s. 548 H) er et på flere måder interessant eksempel, hvor Højesteret har givet udtryk for en opfattelse, der syntes at give en ret klar støtte for de her fremsatte synspunkter om, at det afgørende må være, om besvarelsen af et syns- og skønsspørgsmål falder inden for rettens egen ekspertise.

I Køge Bugt Strandpark-sagen havde sagsøgeren påstået det kommunale fællesskab I/S Køge Bugt Strandpark dømt for krænkelse af sagsøgerens patent på en fremgangsmåde til fremrykning af kystlinier. Sagsøgte gjorde blandt andet gældende, at der ikke var tale om patentkrænkelse, fordi det påberåbte patent var ugyldigt, idet det efter den påståede krænkers opfattelse manglede såvel nyhed som opfindelseshøjde.

To af de til skønsmændene stillede spørgsmål drejede sig om hvorvidt den patenterede fremgangsmåde kunne "betragtes som en naturlig anvendelse af kendt teknik". En besvarelse af de 2 spørgsmål ville i realiteten indebære en stillingtagen til, om den patenterede fremgangsmåde manglede opfindelseshøjde og dermed til, om patentet var ugyldigt i medfør af patentlovens § 52, stk. 1, nr. 1, jf. § 2, stk. 1, ifølge hvilken en opfindelse skal adskille sig væsentligt fra, hvad der var kendt før patentansøgningens indleveringsdag.

Der findes eksempler på, at syns- og skønsmænd har besvaret sådanne spørgsmål, som reelt set har fordret en vurdering af opfindelseshøjden. Den overvejende holdning i litteraturen har imidlertid været, at spørgsmålet om opfindelseshøjde er et juridisk spørgsmål, som det er op til domstolene at tage stilling til, hvorfor syns- og skønsmænd bør afholde sig fra at besvare sådanne spørgsmål.^{34) 35)}

³⁴⁾ Poul Jacobsen i NIR 1938 s. 6, Erik Lassen i U 1968 B s. 216 f, Mogens Plesner i NIR 1971 s. 116 ff, P. O. Langballe i NIR 1977 s. 155 f. I overensstemmelse hermed udtalte syns- og skønsmændene i UfR 1966 s. 543, at det lå uden for deres kompetence at udtale sig om, hvorvidt det pågældende patent ville være blevet udstedt, hvis de under retssagen fremdragne modhold havde været kendt under patentansøgningens behandling.

³⁵⁾ Før 1967-patentloven var manglende opfindelseshøjde ikke en ugyldighedsgrund, der kunne gøres gældende over for et udstedt patent - kun manglende nyhed kunne føre til ugyldighed. Ældre praksis vedrørende admitterbarheden af spørgsmål om et patents opfindelseshøjde må antages at have været påvirket af denne særegne ordning, hvorfor den ikke umiddelbart kan tillægges betydning længere. I U 1968 B s. 217 har Erik Lassen dog givet udtryk for, at ændringen af patentlovens ugyldighedsbestemmelse ikke skulle have nogen betydning for spørgsmålet om admitterbarheden af syns- og skønsspørgsmål. Fra ældre retspraksis kan nævnes Højesterets kendelse af 13. november 1934 omtalt i NIR 1935 s. 108 -9 (afvisning af spørgsmål vedrørende opfindelseshøjden), jf. Poul Jacobsen i UfR 1943 B s. 141 og - i modsat retning - U 1941 s. 545 H (protest mod

I Køge Bugt Strandpark-sagen undlod syns- og skønsmændene i overensstemmelse med den i teorien herskende lære at besvare de 2 spørgsmål og gav som begrundelse herfor udtryk for, at det syntedes at ligge uden for deres kompetence at besvare spørgsmål af den pågældende karakter.

I Højesterets dom statuerede et flertal på 4 ud af de 5 voterende højesteretsdommere, at patentet var ugyldigt, fordi "den patenterede fremgangsmåde ikke havde en sådan nyhedsværdi eller opfindelseshøjde, at der var grundlag for at udstede patentet".

Syns- og skønsmænd i patentretssager bliver ofte udpeget blandt medlemmerne af De Danske Patentagenters forening. Det havde endvidere i mange år været den fremherskende opfattelse hos foreningens medlemmer, at de som syns- og skønsmænd måtte afholde sig fra at besvare spørgsmål, hvor svaret må baseres på en rent subjektiv vurdering, herunder spørgsmål, som i realiteten går ud på, om en opfindelse har opfindelseshøjde uanset hvilken konkret formulering spørgsmålet har.

I dommens begrundelse bemærkede Højesteret udtrykkeligt, at syns- og skønsmændene ikke havde taget stilling til spørgsmålet om opfindelseshøjde.³⁶⁾

spørgsmål, om der i et dansk patent hvis gyldighed var omtvistet, var noget nyt og opfinderisk i forhold til et angivet amerikansk patent, ikke taget til følge).

³⁶⁾ Den noget uheldige situation, at der efter Højesterets mening manglede svar på 2 relevante spørgsmål, kunne være afhjulpet, hvis syns- og skønsmændene havde været til stede under domsforhandlingen i Højesteret. Se herom Henrik Tamm i U 1966 B s. 36 f, hvor Tamm vedrørende muligheden for bevisførelse umiddelbart for Højesteret anførte følgende: "Af særlig betydning for Højesteret er de tilfælde, hvor sagkyndige har afgivet forklaring under domsforhandlingen, se HRD i U 1963 s. 782, hvor skønsmændene besvarede spørgsmål, og HRD i U 1965 s. 680, hvor der i en kompliceret sag om ansvar for et sygehus afgaves forklaringer af en repræsentant for Retslægerådet og af en specialist. Selv om det vil kunne være uheldigt for parterne, at bevismaterialet i sagen ikke er fastlagt, inden parterne lægger deres procedure for Højesteret til rette, må det i mange sager med tekniske problemer anses for ønskeligt, om skønsmændene kan være til stede under domsforhandlingen i Højesteret og ved at besvare spørgsmål også fra dommerne bibringe disse en klarere forståelse af de tekniske problemer." Se i samme retning P. Spleth, "De nye princippers gennemførelse i civilprocessen" fra Retsplejeloven gennem 50 år (1969) s. 76, hvor følgende er anført: "Efter min opfattelse tyder de hidtil indvundne erfaringer på, at der kan opnås noget værdifuldt ved at føre skønsmænd og andre sagkyndige direkte for Højesteret, ikke for at afgive deres besvarelse her, hvilket kunne give anledning til at stille nye spørgsmål og dermed til udsættelse, men for at forklare besvarelserne og de tekniske problemer for retten, hvilket de må formodes at kunne gøre bedre end de respektive advokater. Vanskeligheder for retten ved at vurdere rækkevidden af skønsmændenes udtryk kan derved ofte ryddes af vejen. Som et tilfælde, hvor en mundtlig forklaring om lægelige spørgsmål viste sig at være af værdi, kan nævnes U.f.R. 1965 s. 680." I denne sammenhæng er det værd at bemærke, at den af

Denne bemærkning foranledigede De Danske Patentagenters Forening til at rette henvendelse til Højesteret med henblik på at få afklaret retstillingen vedrørende syns- og skønsmands kompetenceområde i patentsager, herunder navnlig med henblik på at få forklaret, om der var nogen særlig årsag til bemærkningen angående den manglende besvarelse af spørgsmålene vedrørende opfindelseshøjden.

Præsidenten for Højesteret besvarede efter aftale med de dommerne, der deltog i sagens pådømmelse, foreningens henvendelse.

I besvarelsen udtaltes det, at bemærkningen i præmisserne ikke indebar nogen kritik af syns- og skønsmændene.

Endvidere fremgår det af besvarelsen, *at* de i sagen deltagende dommere kunne tilræde, at syns- og skønsmænd ikke bør besvare spørgsmål, hvor svaret må baseres på en rent subjektiv vurdering, *at* dommerne imidlertid mente, at en vurdering af, om en opfindelse har opfindelseshøjde, ikke er en rent subjektiv vurdering, og *at* de anså en vurdering af opfindelseshøjden for naturligt at falde inden for en syns- og skønsmands hverv.³⁷⁾

Som begrundelse for, at vurderingen af opfindelseshøjde ikke er en rent subjektiv vurdering, henviste præsidenten til, at det fremgår af Mogens Kockvedgaard og Lise Østerborg, "Patentloven", 2. udgave, s. 94 ff, at lovens forarbejder forudsætter, at kravet om opfindelseshøjde af domstolene bør afgøres på grundlag af en konkret sagkyndig vurdering med udgangspunkt i, hvad en gennemsnitsfagmand vil anse for nærliggende.

Højesteretspræsidentens brev til Patentagentforeningen giver grund til at antage, *at* man i Højesteret ikke kan tilræde den almindelige antagelse i litteraturen, ifølge hvilken spørgsmål om opfindelseshøjde ikke er admitterbare, fordi de drejer sig om jus, og *at* besvarelsen af sådanne spørgsmål tværtimod i Højesteret anses for en naturlig opgave for syns- og skønsmænd, idet besvarelsen som udgangspunkt må forudsætte en sagkundskab, der ligger uden for en dommers normale ekspertise.³⁸⁾ Det forekommer endvidere rimeligt at

Henrik Tamm nævnte dom U 1963 s. 782 H, hvor der skete afhjælpning af syns- og skønsmændene umiddelbart for Højesteret, stammer fra immaterialrettens område, idet sagen drejede sig om krænkelse af ophavsret til en stol.

³⁷⁾ I brevet pointerede Højesterets præsident i øvrigt - mere alment -, at det forhold, at den endelige afgørelse af et spørgsmål er overladt til domstolene ikke i sig selv udelukker, at syns- og skønsmænd kan give udtryk for deres mening om spørgsmålet, hvis de bliver spurgt.

³⁸⁾ Man kunne heroverfor indvende, *at* flertallet af dommerne valgte selv at vurdere opfindelseshøjden i stedet for at basere deres bevisvurdering vedrørende spørgsmålet a) på en formodning om, at et udstedt patent må anses for gyldigt, eller b) på det synspunkt,

tage det som udtryk for, at det heller ikke i almindelighed bør være afgørende for et syns- og skønsspørgsmåls admitterbarhed, om det kan siges at have en juridisk karakter, men at det afgørende derimod må være, i hvilket omfang spørgsmålets besvarelse kræver en ekspertise, som helt eller delvist ligger uden for en dommers normale ekspertise.

2.4. Sammenfatning

Det følger af det anførte, at den af litteraturen hævdede opfattelse, ifølge hvilken juridiske syns- og skønsspørgsmål ikke er admitterbare, er forfjet i sit begrebsmæssige udgangspunkt (jus x faktum sondringen), at litteraturens formulering af forbudet mod juridiske spørgsmål som retsregel betragtet er uanvendelig, idet den ikke giver nogen reel vejledning med hensyn til, hvilke typer spørgsmål der skal anses for omfattet af forbudet at forbudet mod juridiske spørgsmål endog er mere vildledende end vejledende, og at forbudet mod juridiske spørgsmål helt ignorerer og dermed tilslører de reale hensyn, der på mere harmonisk vis kan forklare de relevante domstolsafgørelser.

Hvis man i overensstemmelse med princippet i retsplejelovens § 341 og retspraksis i stedet for det problematiske forbud mod juridiske spørgsmål opstiller en retsregel, ifølge hvilken det ikke tilkommer syns- og skønsmænd

at syns- og skønsmændenes manglende besvarelse af spørgsmålet om opfindelseshøjde måtte klandres den påståede krænkelse, der skulle bruge svaret til at anfægte gyldigheden, og at dommerne derfor må have været af den opfattelse, at de selv besad den ekspertise, der skulle til for at tage stilling til spørgsmål om opfindelseshøjde.

Dommen havde imidlertid nogle ganske specielle processuelle forudsætninger, som gør, at denne indvending, der umiddelbart kan forekomme plausibel, alligevel ikke er relevant. Det fremgår således af præsidentens brev, at parternes advokater på forespørgsel fra retten gav udtryk for, at de var enige med syns- og skønsmændene i, at det måtte ligge uden for deres kompetence at tage stilling til spørgsmålet om opfindelseshøjde, og at det måtte være op til retten at tage stilling til det spørgsmål. Denne af parterne i fællig fremsatte særlige proceserklæring er rigelig forklaring på, hvorfor flertallet af dommerne i overensstemmelse med parternes udtalte forventninger valgte selv at vurdere opfindelseshøjden. Det forhold, at dommerne selv gik ind og vurderede opfindelseshøjden, er således ikke nødvendigvis udtryk for, at dommerne anså sig selv for specielt kompetente, for så vidt angår vurdering af spørgsmål om opfindelseshøjde.

Det forhold, at flertallet af dommerne øjensynligt tilsidesatte syns- og skønsmændenes vurdering af, at der forelå den fornødne nyhed, syntes derimod ikke at kunne forklares hverken i sagens særlige processuelle forudsætninger eller i andre af sagens omstændigheder. At det fremstår som gådefuldt, hvorfor flertallet tilsidesatte syns- og skønsmændenes vurdering af nyhedsspørgsmålet, er imidlertid ikke afgørende for den her drøftede problemstilling.

at tage stilling til spørgsmål, som fuldt ud ligger inden for rettens ekspertise, får man et langt mere harmonisk, operationelt og velbegrunder grundlag for at tage stilling til, om syns- og skønsspørgsmål skal anses for admitterbare eller ej.

I det følgende vil det blive lagt til grund, at det hævdede forbud mod juridiske spørgsmål kan anses for tilbagevist som udtryk for en uholdbar misforståelse, og at man i stedet må vurdere, om der er tale om spørgsmål, hvis besvarelse ligger inden for rettens egen ekspertise.

3. Admitterbarheden af forskellige typer spørgsmål i sager vedrørende patenters beskyttelsesomfang

3.1. Retspraksis generelt

I det omfang modparten ikke protesterer mod et spørgsmål, griber retten normalt ikke ind mod, at spørgsmålet stilles og besvares. Det forhold, at der i en sag er stillet og besvaret spørgsmål af en bestemt type, kan derfor ikke i sig selv tages som udtryk for, at spørgsmål af den pågældende type i almindelighed er admitterbare. Forekomsten af sådanne spørgsmål og svar kan således blot afspejle det forhold, at der ikke er taget stilling til admitterbarheden. I trykt praksis er der som følge heraf kun ganske få afgørelser, der kan tages som udtryk for en egentlig stillingtagen til admitterbarheden af spørgsmål vedrørende patenter, herunder vedrørende beskyttelsesomfanget.^{39) 40)}

I Varmestrømkredsdommen U 1936 s. 306 H er det (s. 309) omtalt, at 2 spørgsmål under sagens forberedelse var blevet anset for ikke admitterbare. Det drejer sig om følgende spørgsmål:

"Kan det i betragtning af den ringe størrelse af kapaciteten mellem varmelegeme og katode i normale termionrør med indirekte opvarmet katode antages, at de som følge af uregelmæssigheder i varmespæn-

³⁹⁾ Se i note 35 ovenfor omtalen af 2 afgørelser om spørgsmål angående patenters gyldighed, som på grund af mellemliggende ændringer i reglerne om ugyldighed imidlertid ikke længere kan anses for relevante.

⁴⁰⁾ I UfR 1968 B s. 214 ff nævner Erik Lassen en lang række afgørelser, som han syntes at have opfattet på den måde, at de afspejler en stillingtagen til de i afgørelserne rent faktisk besvarede syns- og skønsspørgsmåls admitterbarhed. Der er imidlertid ikke grundlag for sådan en opfattelse, idet der i hovedsagen er tale om afgørelser, hvor syns- og skønsspørgsmålenes admitterbarhed ikke var omtvistet, og hvor der følgelig ikke skulle tages stilling til admitterbarheden.

dingen over denne kapacitet flydende strømme kan være af en sådan størrelsesorden, at de kan forårsage mærkbare forstyrrelser?"

"Skønnes den af patenthaverne i deres skrivelse af til Patentkommissionen fremsatte påstand, at sagkyndige hidtil har ment, at det vilde være overflødigt at filtrere varmestrømmen, at være rigtig, når henses til den kendsgerning, at det først for ca. 2 år siden blev almindeligt at forsyne jævnstrømsfødede apparater med indirekte opvarmede rør?"

Desværre fremgår det ikke, med hvilken begrundelse spørgsmålene blev anset for ikke admitterbare.⁴¹⁾

I U 1972 s. 621 H afsagde Højesteret en kendelse, ifølge hvilken 2 spørgsmål efter deres indhold ikke kunne anses for admitterbare. Som kendelsen er gengivet i ugeskriftet, er den ret intetsigende, idet der ikke er anført noget som helst om spørgsmålenes indhold endsige om begrundelsen for spørgsmålenes afvisning. Ikke engang en udskrift af den indkandede kendelse fra Vestre Landsret kan kaste lys over de ikke admitterbare spørgsmåls egentlige karakter, idet den på det punkt er lige så tavs som højesteretskendelsen.

I U 1973 s. 145, hvor et patents gyldighed var omstridt, havde patentindehaveren under henvisning til en af ham selv udarbejdet redegørelse for den af sagen omhandlede teknik stillet 2 spørgsmål, hvor det 1. spørgsmål gik på, om redegørelsen klart redegjorde for betydningen af de i patentets krav angivne kendetegn og for disse kendetegns samvirken til opnåelse af det tilstræbte resultat, og hvor det 2. spørgsmål drejede sig om hvilke punkter i redegørelsen, der eventuelt kunne anses for ufyldestgørende eller mangelfulde. Højesteret fastslog, at spørgsmålene var så generelt formulerede, at deres besvarelse faldt uden for det, som syns- og skønsmænd bør pålægges at tage stilling til.

Som det fremgår, er der ikke megen vejledning at hente i retspraksis vedrørende admitterbarheden af syns- og skønsspørgsmål i patentsager. Man kan overveje at drage paralleler fra andre områder, hvor der er taget stilling til syns- og skønsspørgsmåls admitterbarhed. I NIR 1971 s. 117 har Mogens Plesner for eksempel som en "illustrerende parallel" til de patentretlige admitterbarhedsproblemer nævnt, at ifølge fast praksis i sager om ophævelse af køb på grund af mangler, er spørgsmål om, hvorvidt der foreligger mangler,

⁴¹⁾ Som ikke-teknisk lægmand kunne man umiddelbart fristes til at antage, at grunden måtte være spørgsmålenes uforståelighed.

admitterbare, mens spørgsmål om manglernes væsentlighed ikke kan anses for admitterbare.

Hvis man skulle drage en parallel fra de af Mogens Plesners nævnte typer spørgsmål om mangler og væsentlige mangler, kunne man hævde, *dels* at spørgsmål om nyhed og om ordret krænkelse, hvor den omtvistede genstand anses at være direkte omfattet af patentkravene, bør anses for at være admitterbare på samme måde som spørgsmål om, hvorvidt der foreligger mangler, og *dels* at spørgsmål om opfindelseshøjde, om krænkelse eller om væsentligheden af en omtvistet genstands afvigelse fra den i patentkravene beskrevne opfindelse, bør anses for ikke at være admitterbare på samme måde som spørgsmål om, hvorvidt en mangel skal anses for at være væsentlig.

Man bør imidlertid være forsigtig med analogier, når de for eksempel blot er baseret på den iagttagelse, at samme sproglige udtryk såsom det kvantitativt kvalificerende udtryk "væsentligt" er anvendt både i *a)* den type spørgsmål, fra hvis admitterbarhed eller mangel på samme der sluttes analogt, og *b)* den type spørgsmål, hvortil der sluttes. Når spørgsmålene drejer sig om vidt forskellige problemstillinger i fjernliggende retsområder, kan der ikke være en formodning for, at der er grundlag for at slutte analogt fra den ene type spørgsmål til den anden.

Det forhold, at Højesteret i forbindelse med Køge Bugt Strandpark-dommen U 1989 s. 548 H har givet udtryk for, at det må være en naturlig del af en syns- og skønsmands hverv at vurdere opfindelseshøjde, viser da også, at det er uholdbart med en analogi fra de ikke admitterbare spørgsmål om manglers væsentlighed og til spørgsmål om, hvorvidt en opfindelse adskiller sig væsentligt fra kendt teknologi. En holdbar analogi må forudsætte ikke blot en rent sproglig parallelitet eller lignende, men at der er tale om reelt beslægtede vurderingstemaer, som forholder sig på samme måde til det, der må antages at ligge inden for en normal dommers ekspertise.

Man må konkludere, at retspraksis ikke giver noget direkte svar på spørgsmålet om, hvilke af de her drøftede syns- og skønsspørgsmål, der må anses for admitterbare.

3.2. Spørgsmål om beskyttelsesomfanget

Den begrundelse, som Højesteret i forbindelse med Køge Bugt Strandpark-dommen gav for, at spørgsmål om opfindelseshøjde kan anses for admitterbare, var, at vurderingen af, om en opfindelse adskiller sig væsentligt fra den kendte teknik, må bero på et sagkyndigt skøn, jf. det derom anførte hos Mogens Koktvedgaard og Lise Østerborg, Patentloven 2. udg. s. 94 ff. Bladrer man

videre i samme værk støder man på s. 279 f følgende om krænkelsspørgsmålet (originale kursivering - min understregning):

"Dette [at afgøre, om der foreligger patentkrænkelse] forudsætter en konkret fastlæggelse af patentets beskyttelsesområde samt en konstatering af de omhandlede genstandes eller fremgangsmåders nærmere beskaffenhed. Herefter skal man ved en *sammenlignende proces* afgøre, om krænkelse foreligger. Denne fastlæggelse, konstatering og vurdering kan kun ske ved et *sagkyndigt skøn*. Det er derfor normalt en nødvendighed, at retten udmelder *særligt sagkyndige* i henhold til Retsplejelovens kap. 19 (syn og skøn)."⁴²⁾

Dette kunne ret klart tale for en analogi fra admitterbarheden af spørgsmål om opfindeshøjde til en tilsvarende admitterbarhed af spørgsmål direkte om rækkevidden af et patents beskyttelsesomfang eller om, hvorvidt der foreligger krænkelse. Hvis sådan en analogi er holdbar, vil det indebære, at dommernes indsats i sager om patentkrænkelse, stort set vil kunne indskrænke sig til en begrænset efterprøvelse af syns- og skønserklæringerne, herunder for eksempel en efterprøvelse af, hvorvidt syns- og skønsmændene ved deres vurdering af krænkelsspørgsmålet har lagt forkerte kriterier til grund for deres vurdering.⁴³⁾

En sådan analogi må imidlertid afvises. En omtvistet genstands rent tekniske lighed med en i et patentkrav defineret genstand er kun et af de momenter, der må indgå i den rimelighedsafvejning, som ifølge Den Europæiske Patentkonventions art. 69 og den dertil hørende fortolkningsprotokol skal være afgørende for fastlæggelsen af et patents beskyttelsesomfang, herunder også

⁴²⁾ I Lærebog i immaterialret 5. udg. s. 230 er det følgende - mere komprimeret - anført om udmålingen af et patents beskyttelsesomfang: "Denne udmålingsproces er et juridisk/teknisk anliggende, der til syvende og sidst altid vil bero på et sagkyndigt skøn." Det syntes ikke at være udtryk for nogen afstandtagen til det, der mere udførligt er anført i patentlovskommentaren.

⁴³⁾ Som eksempel på en patentretlig højesteretsdom, hvor et syn og skøn blev tilsidesat, fordi syns- og skønsmændene ved deres vurdering ikke havde lagt (tilstrækkelig) vægt på et bestemt af sagens aspekter, se *persiennedom* I UfR 1962 s. 66 H. Ifølge P. Spleths og J. Trolles kommentar i TfR 1962 s. 158, blev syns- og skønsmændenes vurdering tilsidesat, fordi der ved vurderingen af opfindeshøjde i tilfælde, hvor en forud kendt teknik er blevet overført til et andet teknisk anvendelsesområde, skal tages hensyn til, om der er gået mange år, uden at andre har fået den ide at overføre den forud kendte teknik til det nye tekniske anvendelsesområde.

for fortolkningen af den danske patentlovs § 39.⁴⁴⁾ Blandt andet fremgår det udtrykkeligt af fortolkningsprotokollen, at hensynet til den påståede krænkere retssikkerhed skal indgå som et væsentligt moment i afvejningen. Efter dansk retspraksis skal der endvidere for eksempel efter omstændighederne lægges betydelig vægt på den samfundsmæssige værdi af den patenterede opfindelse og andre ikke-tekniske forhold såsom, at det håndhævede patent har karakter af et analogifremgangsmådepatent, jf. Insulinddommen UfR 1941 s. 484 H og Ranitidinddommen UfR 1993 s. 859 H. Selv om det må medgives, at tekniske aspekter naturligvis må spille en væsentlig rolle ved fastlæggelsen af et patents beskyttelsesomfang, er det således langt fra alle de relevante aspekter, der har en sådan karakter, at teknisk kyndige syns- og skønsmænd præsumptivt må antages at have en ekspertise, der overstiger endsiige matcher ekspertisen hos de dommere, der skal træffe den endelige afgørelse.⁴⁵⁾ Det gør sig naturligvis i særlig grad gældende, når det kommer til det vigtige hensyn til den påståede krænkere retssikkerhed. Selv om det i den kommenterede patentlov er anført, at beskyttelsesomfangets fastlæggelse beror på en sagkyndig vurdering, er der med andre ord alligevel ikke det fornødne grundlag for en holdbar analogi fra admitterbarheden af spørgsmål om opfindelseshøjde til spørgsmål om et patents beskyttelsesomfang eller lignende.

⁴⁴⁾ Den Europæiske Patentkonventions art. 69 har følgende ordlyd: "Beskyttelsesomfanget for et europæisk patent eller en europæisk patentansøgning bestemmes af indholdet af patentkravene. Beskrivelsen og tegningerne kan dog anvendes til fortolkning af patentkravene."

Protokollen om fortolkning af art. 69 lyder som følger (min kursivering): "Artikel 69 må ikke fortolkes således, at det europæiske patents beskyttelsesomfang bestemmes ved den snævre, bogstavelige betydning af patentkravenes ordlyd, idet beskrivelsen og tegningerne alene tjener til at fjerne eventuelle flertydigheder i kravene. Artikel 69 må heller ikke fortolkes således, at patentkravene kun tjener som retningslinie, og at beskyttelsen i virkeligheden omfatter det, som en fagmand på grundlag af en gennemgang af beskrivelsen og tegningerne mener, at patenthaveren har ønsket at få beskyttet. Artiklen skal derimod gives en fortolkning, som ligger mellem disse yderpunkter, og som *forener en passende beskyttelse for patenthaveren med en rimelig sikkerhed for tredjemand.*"

Den danske patentlovs § 39, der svarer til art. 69 i Den Europæiske Patentkonvention, lyder som følger: "Patentbeskyttelsens omfang bestemmes af patentkravene. Til forståelse af patentkravene kan vejledning hentes fra beskrivelsen."

⁴⁵⁾ Som eksempel på en sag, hvor dommerne tilsidesatte syns- og skønsmændenes vurdering af et patents beskyttelsesomfang se Gasmålerrammedommen UfR 1936 s. 306 H, hvor der ikke er nogen indikation af, at tilsidesættelsen skulle skyldes andet end dommernes konkret afvigende vurdering.

3.3. Andre typer spørgsmål af betydning for beskyttelsesomfang og krænkelse

Spørgsmål om, hvorvidt en omtvistet genstand kan anses for ækvivalent med, teknisk ækvivalent med eller patentretligt ækvivalent med den i et patentkrav beskrevne genstand giver på grund af tvivl med hensyn til ækvivalensterminologiens reelle indhold anledning til en del usikkerhed for så vidt angår spørgsmålet forståelse. Da det er almindeligt anerkendt, at uklare spørgsmål ikke er admitterbare, kunne dette tale for, ikke at acceptere spørgsmål af den type. En anden grund til at afvise spørgsmål, hvor ækvivalensterminologien anvendes, kan være, at spørgsmål om ækvivalens kan opfattes som et spørgsmål, der direkte går på, hvorvidt der foreligger krænkelse, idet det ikke er usædvanligt at se ækvivalensterminologien anvendt til karakterisering af de tilfælde, hvor der foreligger krænkelse.⁴⁶⁾

I forbindelse med kravet om klare spørgsmål kan der i øvrigt være grund til at påpege, at spørgsmål, som forudsætter en sammenlignende vurdering af en omtvistet genstand, præcist bør angive, hvad der skal sammenlignes med. Dette forsynes der i vidt omfang mod. Når man læser domme fra trykt praksis støder man således ofte på uklare spørgsmål, hvor en af parterne har udbedt sig en sammenligning med "den patenterede" eller endnu værre med "sagsøgerens". Som eksempler på bedre formuleringer kan nævnes spørgsmål, hvori der anmodes om en sammenligning for eksempel med "det i patentkrav nr. 1 definerede apparat" eller med "det i patentbeskrivelsens figur 2 viste apparat".

Spørgsmål angående, hvad der vil være et rimeligt beskyttelsesomfang, hvorvidt det ville være rimeligt at tildele et patent et relativt bredt eller snævert beskyttelsesomfang, hvorvidt hensynet til en påstået krænkens retssikkerhed taler for det ene eller det andet resultat, og lignende spørgsmål må anses for ikke admitterbare af de grunde, der ifølge det ovenfor anførte gør, at spørgsmål om beskyttelsesomfanget, der jo skal fastlægges ved en rimelighedsafvejning, må anses for ikke admitterbare.

Spørgsmål om, hvorvidt en omtvistet genstand i væsentlig grad adskiller sig fra en i et patentkrav defineret genstand, og spørgsmål om, hvorvidt en i et patentkrav defineret opfindelse kan anses for en pioneropfindelse, må når de stilles til syns- og skøns mænd med teknisk sagkundskab implicit opfattes som

⁴⁶⁾ Om ækvivalensterminologien se Mogens Koktvedgaard, Lærebog i immaterialret 5. udg. s. 234 ff, og - mere indgående - Mogens Koktvedgaard og Lise Østerborg, Patentloven, 2. udg. s. 280, hvor det er anført, at vejledende principper for det sagkyndige skøn såsom ækvivalenslæren ofte er uden egentligt indhold, og at ækvivalenslæren, formentlig blot er "en omskrivning" af det resultat, man når frem til.

vedrørende en i teknisk henseende væsentlig adskillelse og en ud fra en teknisk synsvinkel banebrydende opfindelse. Spørgsmålene ville naturligvis opnå en højere grad af præcision ved udtrykkeligt at angive, at den ønskede vurdering skulle være af rent teknisk karakter, men selv uden sådan en præcisering må spørgsmålene som udgangspunkt kunne anses for admitterbare, idet de fordrer en vurdering, som ligger uden for en dommers normale ekspertise. Mod pioneropfindelses-spørgsmålet kunne man eventuelt indvende, at det lider af en uacceptabelt høj grad af uklarhed med hensyn til, hvad der skal til for, at noget kan anses for en pioneropfindelse. Denne mangel kunne afhjælpes ved at anmode syns- og skønsmændene om at indplacere den i det pågældende patentkrav på en for eksempel 10-delt skala gående fra et teknisk fremskridt, der kun lige akkurat har opfindelseshøjde, til tekniske fremskridt af banebrydende karakter og med blivende betydning for den fortsatte teknologiske udvikling.

Spørgsmål om, hvorvidt en kompetent patentagent under bestemte forudsætninger burde have givet et patentkrav et andet og bredere indhold af en nærmere bestemt karakter, kræver en sagkundskab, som klart ligger uden for en dommers normale ekspertise, og sådanne spørgsmål må derfor anses for admitterbare.

EU-konkurrenceretten og kollektive overenskomster

af
Jens Fejø

1. Indledning

EU-konkurrenceretten undergår i disse år en betydelig forandring, som griber ind i store dele af de velkendte mønstre. Blot til illustration kan herved nævnes, at "*Bagatelmeddelelsen*" er kommet i en ny version i 1997, som ikke – som det har været tilfældet siden den første bagatelmeddelelse fra 1970 – lægger vægten på omsætningen hos de i en konkurrencebegrænsende aftale deltagende virksomheder og koncerner, men i stedet (så godt som) alene tillægger markedsandele betydning. Dette er naturligvis fra en konkurrenceretlig synsvinkel en hensigtsmæssig måde at håndtere *de minimis*-problematikken på. Og for de *vertikale aftalers* vedkommende er der gennemført ny lovgivning i 1999, idet Rådets forordning nr. 17 fra 1962 er blevet revideret i artikel 4, stk. 2 og Rfo 19/65 er blevet ændret. Men tillige har Kommissionen i indeværende år fremsat udkast til en kommissionsforordning om anvendelsen af EF-Traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis samt fremsat udkast til tilknyttede retningslinier. Denne forordning bliver, hvis den vedtages med det fremlagte indhold, en gruppefritagelsesforordning af en ny type. Det er også værd at nævne, at Kommissionen i april 1999 fremlagde sin "HVIDBOG om modernisering af gennemførelsesbestemmelserne til EF-Traktatens artikel 81 og 82", som rummer forslag om en decentral håndtering af konkurrencereglerne, en øget kompetence for de nationale konkurrencemyndigheder og domstole til at anvende EU-konkurrencereglerne, herunder fritagelsesbestemmelsen i artikel 81, stk. 3, og samtidig en sikring af sammenhæng i konkurrencepolitikken i EU. Der er tillige lagt op til nye procedurer, som stiler mod at mindske de administrative byrder for virksomhederne, samtidig med at det søges at sikre dem en tilstrækkelig grad af retssikkerhed. Også *Fusionskontrolforordningen* og den hertil knyttede lovgivning er blevet revideret inden for de seneste år.

Også *EU-domstolen* har inden for konkurrenceretten truffet flere vigtige afgørelser, hvor der på dette sted blot skal nævnes *Eco Swiss China Time Ltd* mod Benetton International NV, sag C-126/97, dom af 1.6.1999, i hvilken

afgørelse Domstolen traf afgørelse vedrørende et tidligere ofte drøftet tema, nemlig spørgsmålet om *voldgiftsretters* forpligtelse til at påse respekten af EF-Traktatens artikel 81 (og utvivlsomt også artikel 82). EU-domstolen fandt her, at en national domstol, for hvilken der er fremsat begæring om ophævelse af en voldgiftskendelse, skal tage denne begæring til følge, når kendelsen efter dens opfattelse faktisk er i strid med artikel 81 i EF-traktaten, såfremt den nationale domstol ifølge de for denne gældende nationale procesregler skal imødekomme en begæring om ophævelse, der støttes på, at nationale ufravigelige retsgrundsætninger er tilsidesat. En national domstol er dog ikke efter fællesskabsretten forpligtet til at undlade at anvende nationale procesretlige regler, hvorefter en af en voldgiftsret afsagt delkendelse, der har karakter af en endelig kendelse og ikke inden for den fastsatte frist er blevet appelleret, opnår retskraft og ikke længere kan ændres ved en senere voldgiftskendelse, selv om dette er nødvendigt for under en sag om ophævelse af en senere voldgiftskendelse at kunne undersøge, om en aftale, hvis gyldighed er fastslået i delkendelsen, alligevel er ugyldig efter artikel 81 EF.

Nærværende bidrag skal imidlertid behandle de tre domme, som EU-domstolen afsagde den 21. september 1999 om obligatorisk tilslutning til en erhvervspensionsfond m.v., sagerne: *Albany International* mod Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, sag C-67/96, *Brentjens' Handelsonderneming BV* mod Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen, sagerne C-115/97, C-116/97 og C-117/97, og *Maatschappij Drijvende Bokken BV* mod Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven, sag C-219/97.

Sagerne kan også ses i sammenhæng med, at den danske Konkurrencelov fra 1997 i § 3 bestemmer, at loven omfatter ikke løn- og arbejdsforhold.

2. De tre pensionsfondssager

Der var tale om præjudicielle sager, hvor nationale domstole, her alle fra Nederlandene, havde forelagt spørgsmål om foreneligheden mellem forskellige bestemmelser i den nederlandske lovgivning med EF-traktatens artikel 81 (ex artikel 85). De tre sager blev ikke lagt sammen til én (dog at Brentjens'-dommen i sig selv udgør en forening af tre sager), men EU-domstolen har i sin besvarelse af de forelagte spørgsmål valgt den fremgangsmåde at besvare spørgsmålene i de tre sager med identisk ordlyd for en meget stor dels vedkommende. Dette uanset, at de tre sagers spørgsmål ikke var identiske, men af EU-domstolen omformuleredes til at angå identiske problemkredse.

De tre sager må tolkes som værende af umådelig vigtig betydning for afgrænsningsspørgsmålet mellem konkurrenceretten og den kollektive

arbejdsret. Dommene er afsagt af plenum, hvilket understreger deres betydning.

3. Tekniske forhold i tilknytning til EU-domstolens besvarelser af spørgsmålene i de tre domme

I overensstemmelse med en ofte valgt fremgangsmåde foretog EU-domstolen indledningsvis en gennemgang af den nationale lovgivning eller nationale system i øvrigt, her de nederlandske pensionsordninger. Det oplyses herved (Brentjens'-dommen præmisserne 3-24 og helt identisk de to øvrige domme), at det nederlandske pensionssystem er baseret på *tre former for pension*, nemlig 1) en *lovbestemt pension*, der giver hele befolkningen ret til en pension på et begrænset beløb, som er uafhængigt af den løn, den pågældende tidligere faktisk har oppebåret, 2) *tillægspensioner*, der ydes i forbindelse med lønnet eller selvstændig erhvervsmæssig virksomhed. Tillægspensionerne administreres normalt i henhold til kollektive ordninger, der gælder for en økonomisk sektor, et erhverv eller de ansatte i en virksomhed, af pensionsfonde, hvortil tilslutning er gjort obligatorisk. Der er sådanne tillægspensioner, som de tre hovedsager angår. 3) Den tredje form for pension er *individuelle pensionsforsikrings- eller livsforsikringsaftaler*, der kan indgås på frivilligt grundlag.

Den nederlandske *arbejds- og socialminister kunne*, for så vidt angik en erhvervspensionsfond – der udgøres af en fond, der virker inden for en branche og tilvejebringer pensionsmidler enten udelukkende til fordel for personer, der udøver lønnet virksomhed inden for den pågældende branche, eller også til fordel for personer, der udøver andre former for virksomhed inden for branchen – på begæring af en brancheorganisation, som han finder tilstrækkelig repræsentativ for en branches økonomiske struktur, efter samråd med den departementschef, hvis ansvarsområde den pågældende branche henhører under, og efter at have hørt Sociaal-Economische Raad [Det Økonomiske og Sociale Råd] og Verzekeringskamer [forsikringstilsynet], *gøre tilslutning* til erhvervspensionsfonden *obligatorisk* for alle arbejdstagere eller bestemte kategorier af arbejdstagere inden for branchen. I hovedsagerne havde der således i de forskellige brancher været oprettet pensionsfonde i overensstemmelse med disse muligheder. Og ved forskellige bekendtgørelser havde arbejds- og socialministeren gjort tilslutning obligatorisk for arbejdstagere.

4. EU-domstolens håndtering af artikel 81 i forhold til erhvervspensions fondene. Såvel artikel 81 som andre bestemmelser i EF-traktaten og andre reguleringer inddrages

Det er af særlig interesse at konstatere, hvorledes EU-domstolen behandlede spørgsmålet om artikel 81 i forhold til erhvervspensionsfondene.

EU-domstolen anfører således i alle tre sager, at den forelæggende nationale domstol ønsker en besvarelse af det spørgsmål, som i EU-domstolens gengivelse lyder i de tre sager, at den forelæggende domstol ønsker nærmere oplyst, om en beslutning truffet af en bestemt branches arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationer, inden for rammerne af en kollektiv overenskomst, om inden for branchen at oprette én pensionsfond, som skal administrere en tillægspensionsordning, og om at anmode de offentlige myndigheder om at gøre tilslutning til fonden obligatorisk for alle arbejdstagere inden for branchen, er i strid med traktatens artikel 81 (ex artikel 85). (Brentjens-sagen, præmis 45, Albany-sagen, præmis 46 og Drijvende Bokken-sagen, præmis 61).

EU-domstolens besvarelse af dette spørgsmål støtter sig i denne forbindelse for det første dels til en henvisning til *artikel 81, stk. 1*, dels til *andre bestemmelser i EF-Traktaten*, som disse er ændrede efter Amsterdamtraktatens ikrafttræden (Brentjens-sagen, præmisserne 51-55 og tilsvarende i de to øvrige sager). I denne sammenhæng kommer navnlig Traktatens bestemmelser om *samarbejdet mellem medlemsstaterne på det sociale område* ind i billedet, ligesom "*Aftalen om social- og arbejdsmarkedspolitikken*" artikel 1 bringes på bane, hvorefter Fællesskabets og medlemsstaternes mål blandt andet omfatter en forbedring af leve- og arbejdsvilkårene, en passende social beskyttelse, dialogen på arbejdsmarkedet, en udvikling af de menneskelige ressourcer, der skal muliggøre et varigt højt beskæftigelsesniveau, og bekæmpelse af social udstødelse, nævnes. Hertil føjer EU-domstolen, at i henhold til "*Aftalen om social- og arbejdsmarkedspolitikken*" artikel 4, stk. 1 og 2 kan dialogen mellem arbejdsmarkedets parter på fællesskabsplan, hvis parterne finder det ønskeligt, føre til *overenskomstmæssige forbindelser*, herunder aftaler, hvis iværksættelse enten finder sted efter de fremgangsmåder og den praksis, arbejdsmarkedets parter og medlemsstaterne normalt anvender, eller, efter fælles anmodning fra de underskrivende parter, ved en afgørelse, som Rådet træffer på forslag af Kommissionen.

Videre henviser EU-domstolen imidlertid til, at *kollektive aftaler*, der indgås mellem arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationer, ganske vist nødvendigvis har visse *konkurrencebegrænsende virkninger*. Men *de socialpolitiske målsætninger*, der forfølges med sådanne aftaler, ville imidlertid blive bragt alvorligt i fare – siger EU-domstolen – hvis arbejdsmarkedets parter var

underlagt Traktatens artikel 81, stk. 1, i forbindelse med deres fælles bestræbelser på at finde egnede foranstaltninger til at forbedre beskæftigelses- og arbejdsvilkårene (Brentjens-sagen, præmis 56 og tilsvarende i de to øvrige sager).

5. EU-domstolens konklusion

EU-domstolen *konkluderer* på dette grundlag (Brentjens-sagen, præmis 57 og tilsvarende i de to øvrige sager), at det således følger af en formålsbestemt og sammenhængende fortolkning af Traktatens bestemmelser som helhed, at aftaler, der indgås i forbindelse med kollektive forhandlinger mellem arbejdsmarkedets parter med sådanne målsætninger for øje, som følge af deres karakter og formål må anses for ikke at falde ind under Traktatens artikel 81, stk. 1.

Efter denne (gennerelle) konklusion, foretager EU-domstolen en konkret vurdering af de i de præjudicielle sager foreliggende kollektive aftaler i relation til de foregående vurderinger (Brentjens-sagen, præmisserne 58 ff. og tilsvarende i de to øvrige sager). EU-domstolen konstaterer herved ret kortfattet, at i lighed med de aftaler, som EU-domstolen netop havde behandlet, og som udspringer af dialogen på arbejdsmarkedet, var de i hovedsagerne omhandlede aftaler indgået i form af kollektive overenskomster, som var resultatet af kollektive forhandlinger mellem arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationerne. Domstolen påpegede specielt, at hvad angik *formålet* med de i hovedsagerne omhandlede aftaler, at de inden for en bestemt branche oprettede tillægspensionsordninger, der administreres af en pensionsfond, hvortil tilslutning kunne gøres obligatorisk, i sin helhed sigtede mod at sikre alle arbejdstagerne inden for branchen et vist pensionsniveau, og den bidrager således direkte til en forbedring af et af arbejdstagerenes arbejdsvilkår, nemlig deres løn.

EU-domstolen kunne derfor konkludere, at de i hovedsagerne omhandlede aftaler som følge af dens karakter og formål ikke falder ind under Traktatens artikel 81, stk. 1.

EU-domstolen er i de tre sager desuden inde på tre øvrige forhold. Det ene udgøres af det spørgsmål, om EF-Traktatens konkurrenceregler er til hinder for en *beslutning fra de offentlige myndigheders* side om på begæring af en bestemt branches arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationer at gøre tilslutning til en erhvervspensionsfond *obligatorisk*.

Til dette siger EU-domstolen imidlertid, at en beslutning fra de offentlige myndigheders side om at gøre tilslutning til en sådan fond obligatorisk ikke kan anses for at foreskrive eller fremme indgåelse af aftaler i strid med Traktatens artikel 81 eller forstærke virkningerne af sådanne aftaler. Traktatens konkurrencebestemmelser

er således ikke til hinder for en beslutning fra de offentlige myndigheders side om på begæring af en bestemt branches arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationer at gøre tilslutning til en erhvervspensionsfond obligatorisk.

Desuden finder EU-domstolen anledning til at give det svar, at en pensionsfond, der administrerer en tillægspensionsordning og er oprettet i henhold til en kollektiv overenskomst indgået mellem en bestemt branches arbejdsgiver- og arbejdstagerorganisationer, og hvortil tilslutning er gjort obligatorisk af de offentlige myndigheder for alle arbejdstagere inden for branchen, er en *virksomhed* som omhandlet i Traktatens artikel 81 ff.

Endelig udtaler EU-domstolen, at Traktatens artikel 82 (*ex artikel 86*) og artikel 86(*ex artikel 90*) ikke er til hinder for, at de offentlige myndigheder giver en pensionsfond *eneret* til at administrere en tillægspensionsordning inden for en bestemt branche.

6. Bedømmelse af EU-domstolens resultat

Man må i særlig grad hæfte sig ved, at EU-domstolens primære resultat synes at udgøre en markering af, at der har været et klart ønske hos EU-domstolen om at understrege, at *konkurrenceretlige regelsæt ikke finder anvendelse, når betydelige kollektive overenskomster har reguleret arbejdsmarkedet*, selv om sådanne kollektive aftaler indeholder begrænsninger, som både kan bevirke, at de ved de kollektive aftaler bundne parter ikke står frit i deres valg, f.eks. af pensionskasse, og når virksomheder, som i forhold til de kollektive aftaler må betragtes som tredjemand, gennem de kollektive aftaler bliver afskåret fra at udøve deres forretningsmæssige aktiviteter i forhold til ved aftalerne bundne parter. Modstående hensyn, som er indføjet i traktatgrundlaget, udelukker således en helt gennemgribende anvendelse af konkurrencereglerne.

Hvad angår spørgsmålet om virksomhedsbegrebet afgav EU-domstolen ganske vist svar på spørgsmålet, om der forelå en "virksomhed" i konkurrenceretlig forstand i de for den forelagte sager. Men samtidig viste EU-domstolens øvrige svar, at dette var uden betydning for de bagved liggende sager, idet konkurrencereglerne slet ikke fandt anvendelse.

7. Afslutning

De tre domme må antages at blive nøje gransket, når fremtidige spørgsmål i relation til de arbejdsretlige aftaler sættes i forhold til konkurrencelovgivning, også i de nationale konkurrenceretlige systemer. Når man betænker, at de nordiske lande traditionelt har valgt den fremgangsmåde at regulere store dele af arbejdsmarkedet gennem kollektive overenskomster, og ikke gennem lovgivning, kommer EU-dommene til at få en bekræftende betydning for accepten af en sådan metode, uanset om man i sydligere europæiske lande måtte finde den nordiske model for mindre hensigtsmæssig.

Hvornår dør stifterviljen?

- Nye forudsætninger for en fondsdannelse

af
Lennart Lyng Andersen

»Når man betragter fondsdannelser under en større synsvinkel, kan det også være et problem, om denne organisationsform i det lange løb vil vise sig hensigtsmæssig. Det kan være et spørgsmål, om den adskillelse af kapitalinteresser og virksomhedsledelse, som fondsorganisationen indebærer, i alle tilfælde er hensigtsmæssig.«

*Kristian Mogensen, Revision og
Regnskabsvæsen 1969 s. 324*

Danmark har mange fondsejede virksomheder. Nogle er mere end 100 år gamle, men de fleste er etablerede i 1960'erne og 1970'erne. Fonde er principielt evigtvarende, og de er selvejende, hvilket betyder, at der ikke er en ejerkreds, der kan kontrollere ledelsens dispositioner, og at ledelsens bevægelsesfrihed derfor på det generelle plan må antages at være større end eksempelvis i et aktieselskab. Den manglende dynamik kan lede til enerti. Et debatoplæg fra det offentlige og nogle konkrete sager i 1999 rejser spørgsmålet, om det ledende princip i fondsretten - at fondsstifterens vilje er afgørende - bør opgives som enekriterium.

1. Artiklens sigte

Der kan formentlig siges meget godt om økonomerne. Lad mig i denne sammenhæng indskrænke mig til at fremhæve, at det er dem (som enkeltpersoner eller som stemmer i vor økonomdominerede centraladministration), der i 1999 for alvor har taget fat på det mest følsomme emne i fondsretten, nemlig *om andre hensyn end stifterviljen bør være*

bestemmende, når en fondsbestyrelse ønsker at foretage (radikale) ændringer i en fonds vedtægter.¹⁾

Det er ikke et spørgsmål, der hidtil har haft den store bevågenhed hos juristerne. Jeg var selv som led i en oversigt om fondsretten i 1990'erne inde på emnet i *Julebog 1997* s. 206 ff, men gjorde det klart, at der var tale om et emne, der skulle arbejdes videre med. Forholdet er nemlig det, at der ikke er nogen nemme løsninger; problemet kalder på nytænkning, da valget dels kan ændre fundamentet for hele fondsretten, dels kan/vil røkke ved forudsætningerne for de bestående fondsdannelser. Så vidt er der dog ikke grundlag for at gå. De fleste stiftere af fonde, der virkelig betyder noget, er afgået ved døden og kan ikke tages med på råd - *efter min mening knapt nok på det tankemæssige plan* - og blot en vis tilnærmelse til den fondsverden, økonomerne forestiller sig (eller i hvert fald udtaler sig om), kræver, at der foretages noget mere end blot en justering af de nugældende regler. Det er således alvor.

2. Fondsreformen af 1984

2.1. Fonde er i deres karakter og struktur evigtvarende. En fond dannes ved, at en formue henlægges under en selvstændig bestyrelse for at varetage nærmere bestemte formål, der er bestemt af fondens stifter i fondens vedtægter (fundats).²⁾ En fond er en selvejende institution, således at alene fonden selv har (og kan have) ejendomsretten til aktiverne. En fonds formue falder ikke i arv, og der sker ved opløsning ikke udbetaling til en ejerkreds eller til fondsstifterens arvinger. Ved opløsning kan nettoformuen kun uddeles til de formål, der er fastsat i vedtægterne.

2.2. Fondsverden ændrede sig radikalt i midten af 1980'erne. Fra at være en (næsten) lukket verden med dertil hørende aura skulle fondene - bortset fra de helt små - fra 1983³⁾ registreres i et offentligt register, *Fondsregistret*, og fondene skulle aflevere en række økonomiske oplysninger om kapital, uddeling, udlån m.v. Dette skabte mulighed for at se, hvad der skete i disse "velgørende" institutioner, hvor mange havde levet efter princippet om, at den, der lever skjult, lever godt. Problemet var blot, at det var blevet et

¹⁾ Tidligere typisk kaldt fondens *fundats*. Fondslovene anvender det mere moderne ord vedtægter.

²⁾ Se nærmere *Lennart Lynge Andersen: Fonde og Foreninger I* (4. udg. 1996) s. 37 ff.

³⁾ Lov nr. 213 af 31. maj 1983 om registrering af fonde.

modefænomen at oprette fonde og legater, *at* lukketheden i nogle tilfælde var for tydelig, og – navnlig – *at* skattefordelene ved at oprette og drive fonde var så store og ubalancerede, at selv datidens største skatteteoretiker satte focus på spørgsmålet.⁴⁾ Også *Kristian Mogensen*, der skrev, hvad der må anses for den ledende artikel⁵⁾ om fonde i årene op til Fondsudvalgets nedsættelse, pegede på, at det »også kan være et problem, om denne organisationsform i det lange løb vil vise sig hensigtsmæssig. Det kan være et spørgsmål, om den adskillelse af kapitalinteresser og virksomhedsledelse, som fondsorganisationen indebærer, i alle tilfælde er hensigtsmæssig.«

På grundlag af *Betænkning nr. 970/1982 om fonde* gennemførtes i 1984 to fondslove, lov om fonde og visse foreninger samt lov om erhvervsdrivende fonde. Lovene indeholder en række spille- og tilsynsregler, hvor det centrale i den her drøftede sammenhæng er, *at* stifteren (stadig) har betydelig frihed til at skræddersy regelgrundlaget for fonde, *at* alle vedtægtsændringer skal godkendes af det offentlige, *og at* sigtet med erhvervsfondsloven i særlig grad – med respekt for stifterens valg af fond som retsfigur – har været at skabe en sammenhængende erhvervslovgivning. Civilretsdirektoratet er fondsmyndighed efter lov om fonde og visse foreninger, medens enten Erhvervs- og Selskabsstyrelsen eller Civilretsdirektoratet udpeges som fondsmyndighed efter erhvervsfondsloven.⁶⁾ Om kompetencen ved vedtægtsændringer, se afsnit 3 ndf.

2.3. Ved bedømmelsen af det spørgsmål, jeg rejste i indledningen, er det vigtigt at gøre sig følgende forhold klart:

(1) Som senest påpeget i *Debatoplæg om aktivt ejerskab* (1999) s. 12 og 253 er det danske virksomhedsbillede præget af fondsejet. Dette skyldes dels skattereglerne, dels at der i 1960'erne og 1970'erne var et villigt korps af rådgivere, der markedsførte fonden som et universalmiddel ved

⁴⁾ *Thøger Nielsen* i *Revision og Regnskabsvæsen* 1970 s. 22 ff. Han bemærkede også, at benyttelsen af fonde syntes at være et for Danmark særligt fænomen.

⁵⁾ Artiklen er trykt i *Revision og Regnskabsvæsen* 1969 s. 309 ff og i *Advokaten* 1969 s. 296 ff.

⁶⁾ Se nærmere erhvervsfondslovens § 57, stk. 1.

generationsskifteproblemer.⁷⁾

(2) Tilgangen til de fondsretlige regler er altovervejende testamentarisk, således at det overordnede - man kan roligt sige *overskyggende* - hensyn er stifterens vilje. Det er tilsvarende i Sverige og Norge, og det må antages, at samme forhold gør sig gældende i hele den europæiske fondsret.⁸⁾ Hensynet viser sig navnlig ved spørgsmål om en fonds formål og ved ændring af en fonds vedtægter (*permutation*). Fondslovene satte i 1984 enkelte grænser for en stifters udfoldelser, men tonearten er der ingen tvivl om.

(3) En fond er en meget lidt demokratisk og dynamisk indretning. Der er ikke en ejerkreds, der kan kontrollere ledelsens dispositioner. Man kan gå så vidt at sige, at det jo netop er en fondsdannelses *raison d'être*.

Inden jeg analyserer hovedspørgsmålet, giver jeg i afsnit 3 en kort oversigt over de gældende regler om permutation, og i afsnit 4 og 5 behandles (ligeledes i kort form) den fondsretlige del af *Debatoplæg om aktivt ejerskab*. De to afsnit udgør de videnskæssige forudsætninger for at komme videre med debatten.

3. Kort om permutation

I erhvervsfondslovens⁹⁾ §§ 48 - 49 hedder det følgende:

»§ 48. Efter indstilling fra bestyrelsen og med justitsministerens samtykke kan fondsmyndigheden tillade, at en bestemmelse i en vedtægt ændres. Det kan herunder tillades, at fonden sammenlægges med andre erhvervsdrivende fonde eller opløses.

Stk. 2. Bestemmelserne i stk. 1 finder anvendelse, uanset om der i

⁷⁾ Det oplyses i debatoplægget s. 253, at der i dag er registreret 1.078 erhvervsdrivende fonde i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Tallet er på s. 12 opgjort til 1.094. Egenkapitalen udgør ca. 50 mia. kr., men – s. 256 – hvis fondene havde værdiansat kapitalandele i børsnoterede datterselskaber til børskursværdi, ville egenkapitalen i fondene have været ca. 30 mia. kr. højere.

⁸⁾ *Katarina Olsson: Näringsdrivande stiftelser* (1996) peger s. 28, 35 f, 39 og 73 på, at respekten for stifterens vilje gennemsyrrer fonden i Sverige og de andre lande, hun har undersøgt.

⁹⁾ Lovbekendtgørelse nr. 547 af 20. juni 1996 om erhvervsdrivende fonde (med senere ændringer).

vedtægten er tillagt bestyrelsen eller andre ret til at ændre vedtægten.
Stk. 3. Justitsministeren kan fastsætte regler om, at visse vedtægtsbestemmelser kan ændres af bestyrelsen alene eller af bestyrelsen med fondsmyndighedens tilladelse.

§ 49. Justitsministeren kan efter forhandling med fondsmyndigheden og bestyrelsen beslutte, at en vedtægtsbestemmelse skal ændres, når bestemmelsen er uigennemførlig eller har vist sig klart uhensigtsmæssig.
Stk. 2. Justitsministeren kan beslutte, at en vedtægtsbestemmelse skal ændres, hvis den strider mod lovgivningen eller oprettelsesdokumentet for fonden.«

Ved en vedtægtsændring - med et gammelt udtryk *permutation* - foretages der en ændring eller fravigelse af de bestemmelser, som stifteren har fastsat. Der er tale om et regelsæt, der har århundreders tradition, idet fondslovene indskrænkede sig til at kodificere, hvad man anså for gældende ret. Lovgiver undlod dog at følge Fondsudvalgets anbefaling om i loven at nævne de materielle betingelser for, hvornår ændring kan ske.

Ved en vedtægtsændring er opgaven at finde en løsning, der - uden at vedtægternes formulering giver dækning for den - må anses for nødvendig eller hensigtsmæssig, fordi den pågældende vedtægtsbestemmelse, *typisk på grund af ændrede forhold*, ikke eller kun vanskeligt kan opfyldes eller er blevet klart uhensigtsmæssig.¹⁰⁾ Området for vedtægtsændringer spænder således fra „uskyldige“ ansøgninger om forhøjelse af legatportionernes størrelse over administrative forenklinger - eksempelvis hvor stifteren har foreskrevet bureaukratiske fremgangsmåder - til en fondsbestyrelses ønske om, at fonden sælger den virksomhed, som stifteren - og nu fonden - har drevet.

Vedrører ændringen fondens *forvaltning* (og dette begreb er ret vidtrækkende), imødekommes ansøgninger normalt, idet myndighederne vil støtte fondsbestyrelsens opfattelse af, hvad der er hensigtsmæssigt for den konkrete fond. Den væsentligste undtagelse er vedtægtsbestemmelser, der viser (eventuelt støttet af testamentet), at stifteren har lagt vægt på netop dette forhold¹¹⁾.

Ændringer i fondens *formål* kræver, at det nuværende formål ikke længere kan efterleves, eller - i sjældnere tilfælde - er blevet åbenbart uhensigtsmæssigt. Her slår synspunktet om stifterviljen afgørende igennem -

¹⁰⁾ Den nye formulering af vedtægtsbestemmelsen skal være *cy-près*, d.v.s. tæt ved den oprindelige bestemmelse.

¹¹⁾ Se et illustrativt eksempel hos *Lennart Lynge Andersen* i Julebog 1997 s. 209 f.

det er stifteren, der har etableret fonden og skabt kapitalgrundlaget for denne, og dette forhold må fondsbestyrelsen respektere. Det er derfor ikke tilstrækkeligt, at fondsbestyrelsen ikke længere ønsker at støtte det eller et af de formål, som er bestemt i vedtægten, og det er som almindelig regel heller ikke ændringsgrund, at fondsbestyrelsen nu ønsker at tilføje et nyt formål til vedtægterne.¹²⁾

4. Debatoplægget om aktivt ejerskab (1999)

En arbejdsgruppe under Finansministeriet afgav i maj 1999 "Debatoplæg om aktivt ejerskab", der tog sigte på at drøfte en række problemstillinger i forbindelse med *Corporate governance*. Der er en række interessante spørgsmål i debatoplægget, der i vidt omfang bygger på ikke-danske kilder/teori, men jeg koncentrerer mig i denne artikel om de grundlæggende definitioner og forholdet til fondsretten. Debatoplægget er spændende læsning, men det er desværre løsagtigt affattet med hensyn til de gældende regler om fonde, og hvorledes fonde er indrettet. Det er både synd og uforståeligt, men det hindrer ikke, at opfordringen til debat tages op.

Debatoplægget oplyser indledningsvis, at *Corporate governance* »omhandler spillereglerne for samvirket mellem ejere, andre indskydere af kapital, ledelsen og øvrige interessenter i virksomheden.« Efter gengivelse af et efterhånden noget slidt citat af *Adam Smith* hedder det herefter s. 11:

»Ud fra en samfundsøkonomisk betragtning er det centrale spørgsmål, hvilke spilleregler der optimerer driften/indtjeningen i virksomhederne og dermed bidrager til at maksimere den samlede indkomstkabelse i økonomien.

I den danske debat er der jævnligt rejst spørgsmål som: Er det hensigtsmæssigt, at visse ejerstrukturer fremmes via særlige begunstigelser f.eks. i skattesystemet? Skal ejerne af aktier med reduceret stemmeret have større mulighed for at kunne gøre deres indflydelse gældende i virksomhederne? Er der en tilstrækkelig beskyttelse af investorerne, herunder særligt af minoritetsaktionærer?«

¹²⁾ Se herved *Lennart Lyngé Andersen og Jørgen Nørgaard: En fondsbestyrelses arbejde* (1994) s. 74.

Rapporten understreger også, at ejerskabsstrukturen i de forskellige lande bl.a. er historisk betinget, og der peges på, at Danmark har mange fonds- og foreningsjede virksomheder, men at bl.a. den øgede globalisering og liberaliseringen af kapitalmarkederne rejser spørgsmål om mulighederne for et aktivt ejerskab. Det konkluderes s. 12, at det offentlige regelsæt for aktivt ejerskab og investorbeskyttelse generelt er velfungerende, men udvalget bag rapporten¹³⁾ peger på, at der kan ske, hvad man kalder »tilpasninger, der kunne bidrage til større værdiskabelse i virksomhederne...«

Rapportens fondsretlige overvejelser findes i kap. 11 (s. 253-268), men kapitlet er som nævnt præget af en række fejlagtige oplysninger, der dokumenterer, at udvalget har prioriteret debatten højere end kvaliteten af dokumentationen.¹⁴⁾ Jeg nævner blot eksempelvis, at det ikke er rigtigt, at lov om fonde og visse foreninger¹⁵⁾ regulerer »almenvælgørende og familiefonde«, således som det anføres s. 253, og at beskrivelsen s. 254 af afgrænsningen af Civilretsdirektoratets kompetence over for Erhvervs- og Selskabsstyrelsens kompetence efter erhvervsfondsloven både er vildledende og forkert. Når det videre s. 258 f. oplyses, at »Det skal af fondens vedtægt fremgå, hvilke bestemte formål, fondsbestyrelsen skal sikre bliver opfyldt i fondens erhvervsudøvelse, og hvorledes overskuddet skal anvendes«, er der tale om en uvidenhed så tendentiøs, at man ikke kan være det bekendt i en offentlig udredning. Hvorpå udvalget bygger sin oplysning s. 260, hvorefter »Bestyrelsen skal mindst bestå af tre personer, hvoraf én person ikke må udpeges af stifter«, unddrager sig erkendelsen - udsagnet savner helt holdepunkter. Der er flere af slagsen.

Debatoplægget s. 263 antager, at der er kommet »mere smidige regler for tilpasninger af erhvervsdrivende fonde[s] formåls- og vedtægtsbestemmelser.« Dette henviser bl.a. til oplysningerne i rapporten s. 29, hvorefter der ved fondslovene blev åbnet for en vis mulighed for modernisering af fondes vedtægter. Det forklares ikke, hvad dette har ført til i det praktiske liv, og det er måske den største svaghed i rapportens fondsretlige del.

¹³⁾ Udvalget har bestået af embedsmænd fra Erhvervsministeriet, Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, Finansministeriet, Skatteministeriet og Økonomiministeriet.

¹⁴⁾ Jeg fremhæver navnlig dette forhold, da der er tale om en offentlig udredning, og da debatoplægget muligvis vil give anledning til politisk stillingtagen. Fænomenet er ikke nyt.

¹⁵⁾ Lovbekendtgørelse nr. 698 af 11. august 1992 (med senere ændringer).

Udvalget finder, at der er grund til at overveje to andre områder. Det hedder s. 263:

»For det første kan overvejes, om der i forbindelse med ønske om tilførsel af ny kapital til virksomheder ejet af erhvervsdrivende fonde, fortsat bør fastholdes et krav om at bevare et flertal af stemmerettighederne i selskabet (eventuelt gennem aktionæroverenskomster). Det kan blokere for en naturlig udvikling af selskabet, og der vil typisk også med en væsentlig lavere stemmeandel kunne bevares en dominerende indflydelse på selskabet. Det kunne i hvert fald være en mulighed, hvor der ikke i de oprindelige vedtægter direkte er et krav om stemmeflertal, men snarere givet udtryk for, at selskabet skal udøve en bestemt aktivitet, og at bestyrelsen skal have en betydelig indflydelse, men ikke nødvendigvis permanent, bestemmende indflydelse. Dette vil dog forudsætte en smidigere erhvervsdefinition for fonde med ejerandele i selskaber. En mulig inspirationskilde er her tilpasningen af sparekasseloven i 1998¹⁶⁾, jf. appendiks 1 til dette kapitel. Som en del af moderniseringen af den finansielle sektor blev det tilladt, at de oprindelige garanter bag sparekassen i stedet indgik i en erhvervsdrivende fond, hvis hovedaktiv så blev den oprindelige sparekasse, men nu omdannet til et aktieselskab. Pointen var, at det blev tilladt, at denne erhvervsdrivende fond ikke nødvendigvis skulle have stemmeflertal.

For det andet kan afgrænsningen mellem erhvervsdrivende og ikke-erhvervsdrivende fonde og fordelingen af tilsynspligten mellem de relevante ministerier overvejes. En række fonde, der reelt har ganske betydende aktieposter i store selskaber og tilhørende betydelig indflydelse, regnes ikke som erhvervsdrivende fonde og er dermed ikke underlagt de samme forpligtigelser i lovgivningen som fonde, der formelt regnes som erhvervsdrivende.«

5. Hvad er realiteten bag den fondsretlige del af debatoplægget?

Ved læsningen af Debatoplægget skal man yderligere være opmærksom på, at det ikke kun er den saglige interesse for sagen – *Corporate governance* – der har været linieførende for de fondsretlige overvejelser. Der foregår også en magtkamp, og den udspiller sig i forhold til en part, der ikke var inviteret med

¹⁶⁾ Skal formentlig være 1988.

i gruppen af deltagere, nemlig Civilretsdirektoratet¹⁷⁾.

Dette ses tydeligst s. 259, hvor det hedder:

»Imidlertid skal formålsændring fortsat godkendes af såvel tilsynsmyndigheden, der sædvanligvis er Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, og Justitsministeriet. I disse tilfælde anlægger ministeriet stadig i høj grad testamentsretlige synspunkter, der tilsiger så få og små ændringer som muligt for ikke at krænke stifters vilje og hensigt med fondsoprettelsen.

Denne manglende smidighed og fleksibilitet overfor fondenes behov for at tilpasse sig ændrede markedsstrukturer kan – set i diskussionen om det aktive ejerskab – virke som en hæmsko for en fondsbestyrelse, der finder det nødvendigt at opbløde eller direkte ændre en formålsbestemmelse, som evt. pålægger fonden at bevare den bestemmende indflydelse på en bestemt virksomhed, som ønskes afhændet eller hvor andre samarbejdspartnere eller investorer ønskes inddraget i virksomheden. «

Efter erhvervsfondslovens § 48, stk. 3, kan justitsministeren fastsætte regler om, at visse vedtægtsbestemmelser kan ændres af bestyrelsen alene eller af bestyrelsen med fondsmyndighedens tilladelse. Går man nogle år tilbage, vil man se, at Gomard-panelet i *Betænkning nr. 1229/1992 om forenkling og fremtidstilspasning af selskabslovene* foreslog, at kompetencen efter § 48, stk. 3, blev overført til industriministeren (d.v.s. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen). Forslaget havde et andet sigte end blot at flytte kompetencen, jf. s. 187 f, hvor panelet udtalte:

»For erhvervsdrivende fonde er det grundlæggende uhensigtsmæssigt, at stiftelsesretlige permutationsprincipper, der bygger på forholdene i almindelige ikke erhvervsdrivende fonde, skal være hindrende for en rimelig og sædvanlig erhvervsudøvelse.

Erfaringerne har vist, at den omstændighed, at flere myndigheder er inddraget i den samme beslutning, forhæler unødigt sagen til ulempe for erhvervslivet og med betydeligt dobbeltarbejde til følge.

¹⁷⁾ En anden sag er, at man ikke ved, hvem fjenden er, idet man som omtalt straks ndf. oplyser, at Justitsministeriet skal godkende formålsændringer. Kompetencen har siden 1989 ligget i Civilretsdirektoratet uden rekurs til justitsministeren.

Efter forslaget er § 48 nu tilpasset nutidige erhvervsvilkår, således at vedtægtsændringer kun kræver samtykke fra fondsmyndigheden. Som en følge heraf skal beføjelsen i § 48, stk. 3, overføres til Industriministeriet, således at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan fastsætte bestemmelser om, at rent administrative regler i vedtægten kan ændres uden samtykke (f.eks. ændringer af regnskabsår).

Panelet har fundet, at der ikke er betænkeligheder ved at henlægge beføjelserne vedrørende permutationer i de erhvervsdrivende fonde til Industriministeriet, idet det store antal erhvervsdrivende fonde, der er registreret i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, gør det muligt at opbygge en praksis.«

Jeg har omtalt forslaget i Bikuben: *Nyt om Fonde* 4/1993 s. 3. Resultatet blev ved den lejlighed en mellemløsning, således at Justitsministeriet ved bekendtgørelse nr. 65 af 24. januar 1997 fastsatte visse regler.

6. Problematisering

Det fremgår af de forrige afsnit, at der er tale om to verdener, der ikke kan bringes til at tale sammen i en håndvending. Jeg har allerede nævnt, at (mindre) justeringer ikke vil tilfredsstille de ønsker, der har været fremme i debatten i 1999, og der er således – hvis debatoplægget skal følges – lagt op til enten en videreførelse af de gældende regler, eller et tilskifte der vil betyde, at fonde i morgen er noget helt andet end fonde i dag. Man må også gøre sig klart, at et tilskifte ikke kan klares administrativt – det kræver lovgivning.

Der rejser sig efter min bedømmelse følgende problemer:

6.1. Kategoriseringsproblemet (afsnit 4 ovf. i slutningen) er efter min bedømmelse et pseudoproblem, og man mærker sig, at udvalget ikke stiller konkrete forslag.

6.2. Hovedproblemet bliver derimod, om man er parat til at opgive stifterens vilje som altafgørende kriterium, og hvilke konsekvenser dette vil få. Det er et vigtigt spørgsmål, der kan drøftes uafhængigt af, hvilken betydning man tillægger debatten om Corporate governance – hovedområdet bliver snarere fondes formål som sådan – men dels er bolden som nævnt givet op, dels kan problemstillingen illustreres gennem nogle gode eksempler, der affødes af denne debat.

Den fondsretlige stilling er som beskrevet i afsnit 3 stiftervenlig og præget af tradition. Debatten går tilbage til *A.S. Ørsted* i *Eunomia* (1815) 1. bind s. 1 ff og *Oppermann* i *Stiftelser* (1860). Det mest fremskridtsvenlige er udtalt af *Frederik Vinding Kruse* i *Ejendomsretten II* (1929) s. 512, hvor det om permutation af en fonds formål hedder:

»Men i det hele taget må Staten, navnlig hvor et Legat eller en Stiftelse har virket efter sit Formaål i Århundreder - hvorved der jo er givet Arveladers Ønsker vidtrækkende Opfyldelse - være beføjet til at ændre Formålet, når dette er kommet i den grad ud af Kontakt med Tiden, at dets stadige Opfyldelse må anses urimelig eller uforsvarlig.«

Den arveretlige stilling ses i arvelovens § 69, hvor det i stk. 1 hedder:

»Har en testator pålagt en arving en bestemt anvendelse af arven, eller indskrænkninger i rådigheden over denne, kan justitsministeren, når hensynet til arvingens tarv taler derfor - navnlig hvis forholdene har forandret sig - tillade sådanne afvigelser fra testamentet, som ikke væsentlig fraviger testationens formål og karakter.«

Denne bestemmelse bygger på *Arvelovskommissionens Betænkning fra 1941* s. 159 ff og *Arvelovsudvalgets Betænkning fra 1961* s. 126 ff. Arvelovskommissionen præciserede, at dets forslag (§ 88) skulle praktiseres rigoristisk: Hvis testamentet var gennemførligt, og det ikke savnede fornuftigt indhold, måtte testamentet følges. Havde testator knyttet betingelser til arveindsættelsen, og en undladelse af at opfylde disse krav ville medføre arvens bortfald, kunne forslaget heller ikke anvendes. Bestemmelsen kunne ikke anvendes til at gribe ind i tredjemands rettigheder. Arvelovsudvalget tiltrådte disse bemærkninger. Man nævnte specielt, at § 69 måtte anses anvendelig, hvor der var forløbet mange år siden dispositionen var truffet, og hvor stifteren formentlig selv ville have truffet en anden bestemmelse.

Det er herefter problemet¹⁸⁾, om en fond i al evighed skal leve med vedtægtsbestemmelser å la

»Fonden må ingensinde sælge min fabrik.....«

»Fonden skal til enhver tid eje.....«

¹⁸⁾ Smh. *Lennart Lyngé Andersen* i *Julebog 1997* s. 211.

hvor det berømteste eksempel er *Carlsbergfondet*, der efter vedtægterne stedse skal være ejer af mindst 51 % af aktiekapitalen i De forenede Bryggerier A/S.

Det må nok antages, at tiden er ved at være moden til at se lidt mere velvilligt på ansøgninger fra en fondsbestyrelse om ændringer af sådanne vedtægtsbånd, men det kan ikke ske for enhver pris, og det må navnlig antages, at den "sparekassemodel", debatoplægget fremhæver (ganske vist) som en mulig løsningsmodel, er uegnet.

For det første var der tale om en model, hvor udgangspunktet ikke var en fond i den forstand, vi taler om her, idet sparekasserne nok var selvejende institutioner, *men det var den selskabsretlige organisationsform*, hvor de fonde, debatoplægget udtaler sig om, er "klassiske" fonde med pligt til at tage hensyn til de eksterne formål, stifteren har fastsat i vedtægterne, f.eks. kunst, uddannelse eller sygdomsbekæmpelse. For det andet vil en undersøgelse af de fonde, der opstod i kølvandet på liberaliseringen i 1988 (og som tog sigte på helt andre hensyn) formentlig vise, at der opstod pengemaskiner, hvis hovedaktivitet har været (og er) aktiebesiddelse. Det er, hvad man gennem århundreder har kaldt "Den døde hånd". For det tredje kan/bør det ikke være rapportens forfattere ubekendt, at regelsættet som sådan er blevet kritiseret, er blevet ændret og må forventes yderligere ændret i denne folketingssamling.

6.3. Der må således tænkes i andre modeller. Vejen frem – hvis den fornødne politiske velvilje er tilstede – måtte herefter være at skabe lovhyggel for vedtægtsændring i tilfælde, hvor der ikke foreligger umulighed eller meget klar uhensigtsmæssighed, men hvor et helhedsbillede af det nuværende regelgrundlag for fonden, dennes erhvervsmæssige aktiviteter, brancheforholdene samt forholdet til de(t) eksterne formål understøtter en fondsbestyrelses ønske om vedtægtsændring. Fonden skal have eksisteret i nogle år – typisk en del år – men bl.a. forskelle mellem brancher, konjunkturer o.l. gør det uhensigtsmæssigt at lægge sig fast på et bestemt åremål. Fondsbestyrelsen skal dokumentere, at man også i fremtiden vil være i stand til at varetage de eksterne formål.

Herved går man ikke så langt, som rapporten måske har forestillet sig, men dels rører man ikke afgørende ved fondsbegrebet, dels undgår man formentlig sager, hvor forbigående arvinger (berettiget?) vil hævde, at forudsætningerne for den gamles dispositioner er bristede.

6.4. Man kan ikke leve med, at Debatoplægget kritiserer en offentlig myndigheds praksis, når denne myndighed ikke deltager i arbejdet og tilsyneladende ikke er kommet til orde på anden måde. Civilretsdirektoratet er ikke ufejlbarlig, men man har større indsigt i fondsretlige problemer end

rapportens forfattere. Det er derfor nødvendigt, at Civilretsdirektoratet og Erhvervs- og Selskabsstyrelsen taler sammen.

6.5. Debatoplægget har bl.a. ført til, at der i august 1999 er etableret et såkaldt netværk¹⁹⁾ om Corporate governance. Det er vigtigt, at også jurister deltager i dette arbejde. Debatoplæggets uomtvistelige værdi er, at der er lagt op til debat og videre undersøgelser. Den videre debat bør bl.a. føres i et udvalg, der generelt kan se på, hvorledes fondslovene har fungeret, og om de forudsætninger, som lovene bygger på, er blevet ændrede.

¹⁹⁾ Sådanne initiativer kalder på fondsstøtte. Netværket hedder *Danish Corporate Governance Network*, og information kan hentes på <http://www.dcn.dk>.

National Procedural Autonomy versus Uniformity

af
Lynn Roseberry

The legal rules governing judicial procedures do not usually evoke much excitement from any but a narrow circle of legal academics. Somewhat surprisingly then, one of the hot topics within the field of Community law now is the status of national procedural rules. At issue is the extent to which effective application of Community law justifies incursions by the Court of Justice (ECJ) into the sphere of national procedural rules and remedies.¹⁾ The ECJ has constantly reiterated the point that in the absence of Community rules, it is for the Member States to determine the competent courts and the procedural conditions governing actions intended to ensure the enforcement of Community law by individuals.²⁾ For a long time the ECJ imposed only two minimum requirements which national procedural law must meet: the procedural conditions may not be less favorable than those relating to similar actions of a domestic nature (the principle of non-discrimination) and they must not make it impossible in practice to exercise the rights which the national courts are obliged to protect (the principle of effectiveness).³⁾ The ECJ's apparent reluctance to get involved in reviewing national procedural rules led many commentators to believe that the ECJ's decision-making in this area has been guided by a principle of national procedural autonomy.

¹⁾ See, e.g., Francis G. Jacobs, "Enforcing Community Rights and Obligations in National Courts: Striking the Balance" in *Remedies for Breach of EC Law* (Julian Lonbay & Andrea Biondi, editors, Wiley, 1997)(hereinafter "Lonbay & Biondi").

²⁾ See, e.g., Case 13/68 *Salgoil SpA v Italian Minister of Foreign Trade* [1968] ECR 453.

³⁾ The classic formulation of the principle of effectiveness was introduced in Case 45/76 *Comet v. Produktschap voor Siergewassen* [1976] ECR 2043 and Case 33/76 *Rewe-Zentral Finanz eG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland* [1976] ECR 1989. The Court only mentioned the principle of effectiveness in the course of its opinion in *Rewe*. It did not include the principle of effectiveness in the operative part of a judgment until 1980 in Case 13/79 *Express Dairy Foods Limited v Intervention Board for Agricultural Produce* [1980] ECR 1887.

However, three recent cases, *van Schijndel*⁴⁾ and *Peterbroeck*,⁵⁾ decided four years ago, and *Eco Swiss China Time Ltd v Benetton International NV*,⁶⁾ decided this year suggest that the ECJ is not committed to a principle of national procedural autonomy.

Van Schijndel and Peterbroeck

These two cases will be discussed together as they presented very similar facts, the ECJ heard and deliberated them together, and yet they produced different results.

In *van Schijndel* the plaintiffs were employed as physiotherapists and challenged a Netherlands law requiring compulsory membership of the Physiotherapists' Pension Fund. Their arguments were based solely on national law both at first instance and on appeal. The appellate court dismissed both cases. The plaintiffs then applied to have the judgments quashed on a point of law by the Hoge Raad based on new arguments claiming that the Netherlands law under scrutiny was incompatible with Articles 52, 59, 85 and 86 of the EC Treaty. However, the procedural rules governing review proceedings before the Hoge Raad provided that parties could only raise new arguments if they were based on pure points of law. The Hoge Raad considered that the new arguments were not based on pure points of law because they required an inquiry into the facts. Furthermore, although under certain circumstances a court must, under Netherlands law, raise points of law of its own motion, it could not do so in this case because "the principle of judicial passivity in cases involving civil rights and obligations freely entered into by the parties" requires that in supplementing the legal grounds, a judge may neither go beyond the limits of the dispute nor rely on facts or circumstances other than those relied on by the party whose arguments are being supplemented. The Hoge Raad therefore made an Article 177 reference to the ECJ as to the compatibility of the Netherlands procedural rules with Community law.

In the first part of the judgment the ECJ applied the principle of non-discrimination, holding that where, by virtue of domestic law, courts or tribunals must or may raise of their own motion points of law based on binding domestic rules which have not been raised by the parties, the same obligation

⁴⁾ Joined Cases C-430&431/93 [1995] ECR I-4705.

⁵⁾ Case C-312/93 [1995] ECR I-4599

⁶⁾ Case C-126/97, judgment of 1 June 1999, nyr.

exists where binding Community rules are concerned.⁷⁾ The ECJ then turned to the principle of effectiveness. This time, though, the ECJ provided a more explicit elaboration of that principle than it has before. It explained:

the question of whether a national procedural provision renders application of Community law impossible or excessively difficult must be analysed by reference to the role of that provision in the procedure, its progress and its special features, viewed as a whole, before the various national instances. In the light of that analysis the basic principles of the domestic judicial system, such as protection of the rights of the defence, the principle of legal certainty and the proper conduct of procedure, must, where appropriate, be taken into consideration.⁸⁾

In contrast to previous cases,⁹⁾ the nature of the Community legal provision did not figure at all in the ECJ's elaboration of the principle of effectiveness. Nor is it enough simply to point to the non-discriminatory nature of the national rule and to say that it did not render the exercise of the Community right virtually impossible.

The ECJ then applied the above analysis to the limitation on the Hoge Raad's power to act on its own motion. The ECJ suggested that the justification for such a limitation is the principle, that, in a civil suit, it is for the parties to take the initiative, the court being able to act of its own motion only in exceptional cases where the public interest requires its intervention. Furthermore, that principle reflects the approach prevailing in most of the Member States, where it is intended to safeguard the rights of the defense and ensure proper conduct of proceedings by preventing the delays inherent in examination of new pleas.¹⁰⁾ Accordingly, the ECJ concluded that Community law does *not* require a national court to raise of its own motion an issue concerning Community law provisions where the national court would have to abandon the passive role assigned to it by going beyond the ambit of the

⁷⁾ Joined Cases C-430/93 and C-431/93, paras 13-15.

⁸⁾ *Id.*, para 19.

⁹⁾ See, e.g., Case C-271/91 *Marshall (No. 2) v Southampton and south West Hampshire Area Health Authority* [1993] ECR I-4367, concerning the ceiling on damages in the UK Sex Discrimination Act 1975; Case 222/86 *UNECTEF v. Heylens* [1987] ECR 4097, concerning whether Article 48 of the Treaty requires recognition of diploma equivalence to be made subject of judicial proceedings and for decision to state reasons on which it is based.

¹⁰⁾ Joine Cases C-430 and C-431/93, para 21.

dispute defined by the parties themselves and/or by relying on facts and circumstances other than those on which the party with an interest in application of those provisions bases his claim.¹¹⁾

The same approach is evident in the ruling in *Peterbroeck*, which also involved similar facts. Here a Belgian partnership lodged complaints with the Director of Direct Contributions concerning the applicable rate of non-resident tax. The complaints were rejected by the Director. On appeal to the Cour d'Appel, Brussels, the plaintiff raised, for the first time the issue of the compatibility of the Belgian laws and regulations with Article 52 of the Treaty. However, the plaintiff failed to raise the new pleas within the 60-day time limit for appeals from decisions by the Director of Direct Contributions. An Article 177 reference was made to the ECJ, questioning the compatibility of the 60-day time limit with Community law.

The ECJ began its analysis of the issue by repeating, as it did in *van Schijndel*, the familiar rule of national procedural autonomy, qualified by the requirements of nondiscrimination and effectiveness. Likewise it repeated the statement made in *van Schijndel* that the justification for the national provision must be analysed by reference to the role of that provision in the procedure, its progress and its special features, viewed as a whole, before the various national instances.¹²⁾ In contrast to *van Schijndel*, however, the ECJ ruled that the special features of the national procedural rule made it *incompatible* with Community law.¹³⁾ While the ECJ found that the 60-day limit in itself was not objectionable, it held:

Community law precludes application of a domestic procedural rule whose effect, in procedural circumstances such as those in question in the main proceedings, is to prevent the national court, seised of a matter falling within its jurisdiction, from considering of its own motion whether a measure of domestic law is compatible with a provision of Community law when the latter provision has not been invoked by the litigant within a certain period.

On its face this holding is completely at odds with *van Schijndel*, which likewise involved "a domestic procedural rule whose effect...is to prevent the national court...from considering of its own motion whether a measure of domestic law is compatible with a provision of Community law when the latter

¹¹⁾ *Id.*, para 22.

¹²⁾ Case C-312/93, para 14.

¹³⁾ *Id.*, para 16-20.

provision has not been invoked by the litigant within a certain period.”

The ECJ’s analysis does not provide much in the way of indicating what distinguishes the two cases from each other. The ECJ focused on four features of the 60-day time limit. First, the *Cour d’Appel* is the first court which can make a reference to the ECJ since the Director before whom the first-instance proceedings are conducted is not a court or tribunal within the meaning of Article 177. Second, the 60-day time limit started to run from the time when the Director lodged a certified true copy of the contested decision, which meant, that the period during which new pleas could be raised by the appellant had expired by the time the *Cour d’Appel* held its hearing so that it was denied the possibility of considering the Community law issue. Third, no other national court or tribunal in subsequent proceedings could of its own motion consider the question. Finally, the impossibility for national courts or tribunals to raise points of Community law of their own motion does not appear to be reasonably justifiable by principles such as the requirement of legal certainty or the proper conduct of procedure.

The last point seems odd given that in *van Schijndel* the ECJ felt it was justifiable to have a rule that national courts or tribunals could not raise points of Community law of their own motion in order to protect their passive role in relation to the parties. The ECJ even recognized that most of the Member States observe this principle of judicial passivity. Secondly, the ECJ’s worry about the tax authority not being a court or tribunal within the meaning of Article 177 also seems misplaced because nothing was preventing the parties from raising the EC law issue themselves, even if the decision-maker could not itself make a reference under Article 177; the parties then could have appealed to a court which could make preliminary references. Or even more simply, they could have raised the issue within the 60-day limit. Furthermore, even though the lower court in *van Schijndel* may have had the power to refer under Article 177, it had in fact no opportunity to do so since the parties did not raise the Community law issue, and it was presumably equally as bound by its passive role as the Court of Appeal was.¹⁴⁾

In both *van Schijndel* and *Peterbroeck* the problem was simply that the party interested in the application of Community law failed to raise the point within the time prescribed by the national rules of procedure. These kinds of rules are familiar to all practicing trial lawyers, who usually treat them with utmost respect because failure to adhere to the clear limitations and deadlines imposed by such procedural rules usually amounts to malpractice. The

¹⁴⁾ The foregoing analysis was drawn from Gráinne de Búrca, “National Procedural Rules and Remedies: the Changing Approach of the Court of Justice,” in Lonbay & Biondi, 37, 44.

question left unanswered by the ECJ in *Peterbroeck* is why should the fact that a *Community* rule is at issue make the parties fare any differently when they fall outside the clear limits of the national procedural rules?

One conjectural explanation for the ECJ's failure to offer a satisfactory explanation as to what distinguishes *Peterbroeck* from *van Schijndel* is that the members of the ECJ were sharply divided. Perhaps a majority agreed on the result but could not agree on the reasoning.¹⁵⁾ The most recent case, *Eco Swiss Time*, invites similar conjecture.

Eco Swiss China Time

This case is another referral from the Hoge Raad in the Netherlands. The main proceedings were brought by Benetton International for a stay of enforcement of an arbitration award ordering it to pay damages to Eco Swiss China Time for breach of a licensing agreement concluded with the latter. In an award entitled "Partial Final Award" (PFA) the arbitrators found the agreement was valid and that Benetton should be held liable. In the "Final Arbitration Award" (FAA) the arbitrators ordered that Benetton should pay the other parties damages in the total amount of approximately USD 26 million. Benetton applied for annulment of both the PFA and the FAA, but the application was dismissed as regards to the first because it was not made within 3 months of the PFA, as required by the rules of procedure. Benetton's application was based on the argument that the arbitration award was contrary to public policy within the meaning of Article 1065 of the Dutch Code of Civil Procedure because the licensing agreement was illegal under Article 81 E.C. (ex Article 85).¹⁶⁾ Neither the parties nor the arbitrators had raised the point during the arbitration proceedings that the licensing agreement might be contrary to Article 81 EC (ex Article 85).

The Hoge Raad's reference to the ECJ raised essentially two issues. First, there was the question of the compatibility of the 3-month time limit on applications for annulment with Community law. The problem in this case was that under Netherlands procedural law, where arbitrators have settled part of a dispute by a PFA, that award has the force of *res judicata* and, if

¹⁵⁾ See *id.*, at 45.

¹⁶⁾ The licensing agreement enabled the parties to operate a market-sharing arrangement, since Eco Swiss could no longer sell watches and clocks in Italy and Bulova could no longer do so in the other countries which were than Member States of the Community. Both Benetton and Eco Swiss Acknowledged tat the licensing agreement was not notified tot he Commission as it should have been and that it was not covered by a block exemption.

annulment of that interim award has not been sought in due time, then the possibility for annulment of the subsequent award is restricted by the principle of *res judicata*. More particularly in this case, the PFA finding the agreement to be valid has the force of *res judicata*, thus precluding annulment of the FAA on the grounds that the agreement is void under Community law.

The second issue relates to the fact that under Netherlands law an arbitration award is voidable on public policy grounds within the meaning of the applicable provision of the Netherlands Code of Civil Procedure only if its terms of enforcement conflict with a mandatory rule so fundamental that no restrictions of a procedural nature should prevent its application. Furthermore, in Netherlands law, the mere fact that, because of the terms or enforcement of an arbitration award, a prohibition laid down in competition law is not enforced is not generally regarded as being contrary to public policy.

The ECJ's treatment of the first issue is unexceptionable. It first noted that the 3-month time limit is not excessively short in comparison with those prescribed in other Member States. Further, it applied essentially the same analytical approach as it did in *Peterbroeck* and *van Schijndel*. That is, it looked at the justification for the 3-month rule and its effect on the possibility of annulment of an FAA. It found that the rule was based on the principle of *res judicata*, which is justified by the basic principles of the national judicial system, such as the principle of legal certainty. "In those circumstances," the ECJ holds:

Community law does not require a national court to refrain from applying such rules, even if this is necessary in order to examine, in proceedings for annulment of a subsequent arbitration award, whether an agreement which the interim award held to be valid in law is nevertheless void under Article 81 EC (ex Article 85).

The ECJ's treatment of the second issue is problematic because the ECJ did not follow the approach of *van Schijndel* and *Peterbroeck* despite obvious similarities with those two cases. Like the plaintiffs in those cases, Benetton failed to raise the Community law point at first instance, i.e. during the arbitration proceedings, and as a result it had to seek a stay of enforcement of the final arbitration award in the courts. As in the other two cases, the rules of procedure barred consideration of legal arguments not raised in the initial proceedings. As in *Peterbroeck* the Community law issue should have first presented itself in the context of proceedings before adjudicators who are not deemed to constitute a court or tribunal within the meaning of Article 177. Despite these similarities, the ECJ had only one comment regarding its previous case law, and it was limited to *van Schijndel*:

...[I]n the circumstances of the present case, unlike *van Schijndel*, Community law requires that questions concerning the interpretation of the prohibition laid down in Article 81(1) EC (ex Article 85(1)) should be open to examination by national courts when asked to determine the validity of an arbitration award and that it should be possible for those questions to be referred, if necessary, to the Court of Justice for a preliminary ruling.¹⁷⁾

The asserted dissimilarity with *van Schijndel* was left completely unexplained. The substantial policy reasons for respecting the Netherlands interpretation of the public policy defense were left unexamined. The practical effects of the national rules were not discussed, except insofar as the ECJ expressed its overriding concern about the absence of any opportunity to make Article 177 references.

The ECJ's judgment turns essentially on two points. First, it considered the fact that "according to Article 3(g) of the EC Treaty (now, after amendment, Article 3(1)(g) EC), Article 81 EC (ex Article 85) constitutes a fundamental provision which is essential for the accomplishment of the tasks entrusted to the Community and, in particular, for the functioning of the internal market."¹⁸⁾ The ECJ took note of the principle that efficient arbitration proceedings require that review of arbitration awards should be limited in scope and that annulment of or refusal to recognize an award should be possible only in exceptional circumstances, but did not engage in any kind of analysis of that principle. The ECJ merely recites the importance of limited review of arbitration awards, cited the New York Convention of 10 June 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, which permits refusal to recognize arbitration awards on public policy grounds and then, without further explanation, states that the provisions of Article 81 EC may be regarded as a matter of public policy within the meaning of the New York Convention.

This treatment of the public policy exception to review of arbitration awards contrasts starkly with that of other courts. For example, in the U.S. the New York Convention's public policy defense is interpreted very strictly, so that refusal to enforce foreign arbitral awards on this basis occurs only where enforcement would violate the forum state's most basic notions of morality and justice.¹⁹⁾ It is not obvious why violation of competition law should rise

¹⁷⁾ Case C-126/97, para 40.

¹⁸⁾ Case C-126/97 para 36.

¹⁹⁾ See, e.g., *M&C Corp. V. Erwin Behr GmbH & Co. KG*, 87 F.3d 844, 851 (6th Cir. 1996)("manifest disregard of the law" cannot be "pigeonholed" into the New York

to that standard. If national law does not regard national competition law as public policy for the purposes of determining whether an arbitration award is reviewable, it is not at all clear why Community competition law should be treated any differently. Furthermore, the reason for treating the public policy defense so circumspectly is that an expansive construction would vitiate the Convention's basic purpose of removing preexisting obstacles to enforcement. Loose application of the public policy defense in the European Union can lead to more frequent application in foreign courts, thus frustrating the goals of the Convention and the expectations of parties to international contracts, which commonly contain arbitration clauses. The ECJ did not discuss any of these important considerations.

The second point in the ECJ's reasoning is that arbitrators can not request preliminary rulings from the ECJ on questions of interpretation of Community law. From the ECJ's perspective "every Community provision should be given a uniform interpretation irrespective of the circumstances in which it is to be applied."²⁰⁾ This is a startling statement within the context of this case in that it implies either that the ECJ does not fully appreciate the principle underlying international arbitration and the New York Convention, i.e. that arbitration awards *must* be shielded from judicial review except in very limited circumstances, or that every Community provision amounts to "public policy."

Indeed, if one considers the ECJ's apparent reliance on Article 3(1)(g) EC for its determination that competition rules are "public policy", it could well be that the ECJ –or at least a substantial number of its judges—are persuaded that all Community law is "public policy". Article 3(1) EC sets out "the activities of the Community", which are itemized from paragraph 1(a) to (u) and cover everything from a common commercial policy to strengthening economic and social cohesion. Article 3(1)(g) merely identifies "a system ensuring that competition in the internal market is not distorted" as one of the activities of the Community. Nothing in Article 3 distinguishes competition rules from any other area of Community regulation.²¹⁾

Convention's "public policy" exception).

²⁰⁾ Case C126/97 para 40.

²¹⁾ Note, however, that Advocate General Jacobs, having given his opinion that the national provision in *Van Schijndel* was compatible with EC law, suggested:

[T]here might be circumstances in which a national court would be obliged to consider a Community rule not relied on by the parties, even if that entailed going beyond the dispute as defined by the parties' claims. A national court might be obliged not to enforce an agreement which was manifestly illegal under Article 85 of the Treaty. That could arise if, for example a party to a price-fixing agreement ...sought damages for breach of the agreement by another party to it, and the

Given the thinness of its reasoning, any attempt to explain why the ECJ felt that *van Schijndel* is distinguishable from this case is rather conjectural. It seems that, as in earlier cases,²²⁾ the ECJ relies on the supremacy of EC law in general and/or the importance of Community competition rules so that the national rule is readily required to be overridden.

It may be, that the ECJ simply feels that Article 81(1) EC lies at the heart of the Community regime, and that businesses should not be able to use arbitration as a shield for contracts violating that Treaty article. If that is the case, then the ECJ's treatment of the Netherlands procedural rules regarding grounds for annulment of arbitration awards should be confined to Article 81 EC. The problem with this interpretation is that nothing in the judgment suggests that the reasoning *should* be confined to Article 81 E.C. Other Treaty Articles also lie at the heart of the Community regime, for example those regarding free movement of workers, goods and services.

As in *Peterbroeck*, the thinness of the reasoning may indicate that this was another contentious case on which the various members of the ECJ were not in agreement. The unsatisfactory reasoning may simply reflect a compromise which was struck in order to obtain a majority ruling. This explanation may be less conjectural than it seems considering that the three cases discussed in this article were based on similar facts but yielded seemingly irreconcilable results and very thin reasoning in the last two. Furthermore, the ECJ's unexceptionable treatment of the 3-month time limit in this case may reflect the fact that while the ECJ has now dealt with a number of cases concerning national time limits and appears to have settled on an approach to such rules. On the other hand, the issue of national procedural limits on the possibility for annulment of arbitration decisions on public policy grounds is an issue of first impression. It may well have been the occasion for division among the members of the ECJ.

defendant failed to invoke Article 85.
(Paragraph 49 of the Opinion.) According to Jacobs this is so not necessarily because of the nature or importance of Article 85, but rather because "it can safely be assumed that no court would enforce a transaction which was manifestly illegal as a matter of national law, even if the illegality was not invoked by the parties," and that to require national courts to consider Article 85 of its own motion would amount to no more than an application of the non-discrimination principle. It is submitted that the Hoge Raad's interpretation of Netherlands' law in *Eco Swiss* severely undermines Advocate Jacobs' analysis.

²²⁾ See, *supra*, note 9.

Conclusion

Presented with three cases raising the same issue based on similar facts, the ECJ ruled in two of them against application of the national procedural rules. In the third case the ECJ dropped the usual recitation about how, in the absence of Community rules, it is for the Member States to determine the procedural conditions governing actions intended to ensure the enforcement of Community law. Given these circumstances, it seems reasonable to suggest that despite some signs of settlement on the single issue of national time limits, the ECJ remains deeply divided on the question of how to treat the effect of national procedural rules on the application of Community law by the national courts. At issue is the extent to which the ECJ should tinker with national procedural rules in the name of ensuring the effective implementation of centrally determined Community rules in the absence of any Treaty provisions or Community legislation on the matter.

With its decision in *van Gend en Loos*,²³⁾ the ECJ took the first step towards solving this problem by placing the enforcement of Community law squarely in the hands of the national courts.²⁴⁾ Individuals could look directly to the Treaty as a source of rights, determined by criteria established by the ECJ, which were to be given substance through enforcement in national courts. Given that there were no specific Community rules of procedure, the actual application and enforcement of Community law by the national courts has been accomplished within the framework of national procedures, and the ECJ recognized as much, stating over and over again that it is for the national legal system to determine which court has jurisdiction and to lay down the rules governing the proceedings.

As the national courts referred questions about how they should go about enforcing Community law, the ECJ began slowly laying down limitations on their discretion. In 1968 in *Costa v. ENEL* it held that courts and tribunals within a Member State may not be prevented as a matter of national law from availing themselves of Article 177.²⁵⁾ Then in 1976 it formulated the principles of non-discrimination and effectiveness in *Rewe* and *Comet*. It was not until the latter half of the 1980s that the ECJ began to intensify its supervision of

²³⁾ Case 26/62 *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963] ECR I.

²⁴⁾ See Rachael Craufurd Smith, "Remedies for Breaches of EU Law in National Courts: Legal Variation and Selection," in *The Evolution of EU Law* (Paul Craig & Gráinne de Búrca, eds., Oxford, 1999)(hereinafter "Craig & de Búrca).

²⁵⁾ Case 6&64 [1964] ECR 585.

domestic rules.²⁶⁾ Until that time it seemed that the ECJ's case law adhered to a principle of national procedural autonomy. That is, national procedural law could be conceived of as an expression of national sovereignty, an exercise of one of the residual competences reserved to the Member States. Accordingly, national procedural law should be set aside only in certain exceptional cases.²⁷⁾

The cases discussed in this article are simply inexplicable under a principle of national procedural autonomy. Even when the ECJ upheld the national procedural rule at issue in *van Schijndel*, it did so only upon setting out a highly discretionary analytical framework, the focus of which was ensuring effective application of Community law in general.²⁸⁾ This approach in itself contains a breath-taking potential for wide-ranging encroachment of Community law into national procedural law. It most certainly does not limit encroachment to exceptional cases.

Thus, these cases seem more easily explained according to the view expressed by Kakouris, the former Greek judge of the Court of Justice, that national procedural law is merely "an ancillary body of law the function of which is to ensure the effective application of substantive Community law."²⁹⁾ Kakouris explains that according to that principle, the greatest weight must always be attached to the objective of securing the complete effectiveness of Community law. In these cases, the ECJ did seem to attach the greatest weight to ensuring that issues of Community law are never prevented from reaching the ECJ due to national procedural limits on appeals from decisions made by authorities who do not constitute a court or tribunal for purposes of Article 177 references.

Even in the U.S., which many regard as representing a much stronger form of federalism than is desirable or possible for the EU, such a principle would seem extreme. There are many circumstances in which parties are prevented from raising new arguments based on important points of federal law, whether in state or federal courts, regardless of the nature of the initial proceedings. The fact that an issue of centrally determined, automatically and directly

²⁶⁾ For an overview of the case law and the ECJ's gradual intensification of its scrutiny of national rules see Smith, *supra*, note 24.

²⁷⁾ This is how C.N. Kakouris, former Judge of the Court of Justice, defines "national procedural autonomy" in his article, "Do the Member States Possess Judicial Procedural 'Autonomy'?" 34 CML Rev. 1389, 1390-90 (1997).

²⁸⁾ Although they do not perhaps put it in such strong terms, see Erika Szyszczak and John Delicostopoulos, "Intrusions into National Procedural Autonomy: The French Paradigm," 22 E.L. Rev. 141 (1997).

²⁹⁾ Kakouris, *supra* note 27, at 1390.

applicable federal law may be wrongly decided or never addressed is accepted without worry or alarm. Rather, it is part of the balance struck between the need for uniformity on the one hand and the competing needs of legal certainty, speed, and efficient use of limited resources on the other.³⁰⁾

If, as it seems in these cases that the ECJ's approach to issues of national procedure is guided by a very strong, if not excessive, attachment to uniformity at the expense of legal certainty³¹⁾ the international business community can look forward to increasing uncertainty in regards to the enforcement of contracts. The ECJ's treatment of the public policy defence in *Eco Swiss* is but one concrete example of the kind of uncertainty that the ECJ's integrationist emphasis can cast over a business relationship.

One thing seems certain in all this uncertainty. Adherence to a principle of national procedural autonomy at least incorporates into Community law the compromises between legal certainty and substantive justice struck within the Member States. Until such a compromise can be replicated with conviction at the Community level, the international business community must hope that the uncertainty in the case law reflects the fact that there are still some members of the ECJ who subscribe to some principle of national procedural autonomy.

³⁰⁾ See Thomas de la Mare, "Article 177 in Social and Political Context," in Craig & de Búrca, 216, 232 (pointing out that developed legal systems must always strike such a balance).

³¹⁾ See De la Mare, *supra* note 30, at 232 and Hoskins, "Tilting the Balance: Supremacy and National Procedural Rules" 21 E.L. Rev. 365, 374 (1996)(making a similar comment with regard to *Peterbroeck*).

EU-retlige rammer for elektronisk handel

af
Ruth Nielsen

1. Emne og problemstilling

Elektronisk handel er et upræcist begreb, som dækker over virksomhedernes elektroniske kommunikation med kunder, samarbejdspartnere, leverandører, transportører, myndigheder, mv. Kommunikationen kan vedrøre et eller flere led i kæden af tjenesteydelser fra markedsføring over salg, levering og service til elektronisk tvisteløsning. I forslaget til direktiv om visse retlige aspekter af elektronisk handel siges det i indledningen,¹ at EU-Kommissionen i sin meddelelse fra 1997 om elektronisk handel² havde fastsat et klart mål, nemlig inden år 2000 at fastlægge en *sammenhængende retlig ramme på europæisk plan*. Det er hensigten med direktivforslaget at realisere denne målsætning.

I denne artikel diskuteres forslaget med særlig henblik på at belyse, hvordan det passer ind i EU's reguleringspraksis til udvikling af det indre marked, herunder om det opfylder den erklærede målsætning om at skabe én sammenhængende retlig ramme på europæisk plan, samt hvilke ændringer direktivet vil medføre i forhold til dansk ret.

2. Retsområder omfattet af direktivforslaget

Art 1, stk 2 i direktivforslaget bestemmer, at der med henblik på at sikre et velfungerende indre marked vedrørende informationssamfundets tjenester for så vidt det er nødvendigt³ skal foretages en tilnærmelse af de nationale bestemmelser, der finder anvendelse på de tjenester i informationssamfundet, som vedrører bestemmelserne om det indre marked, tjenesteydernes etablering,

¹ KOM (1998) 586 s 3. Ændret forslag findes i KOM(1999) 427.

² Et europæisk initiativ inden for elektronisk handel, KOM(97)157 endelig udg, 16.4.1997.

³ I forbeholdet om, at det kun skal ske i nødvendigt omfang, ligger en henvisning til subsidiaritets- og proportionalitetsprincippet i art 5 EF.

kommerciel kommunikation, elektroniske kontrakter, formidleransvar, adfærdskodekser, udenretslig bilæggelse af tvister, klageadgang og samarbejde mellem medlemsstaterne. Dette er en ganske vidtgående målsætning om harmonisering af diverse nationale bestemmelser.

Direktivforslaget handler dog langt fra om alle retsspørgsmål af betydning for elektronisk handel. En væsentlig del af den retlige usikkerhed, der knytter sig til elektronisk handel, angår spørgsmål om, hvor sag kan anlægges og hvilket lands lov, der skal benyttes. Det fremgår af præamblen til direktivforslaget om elektronisk handel, at det ikke er meningen at det skal ændre de international-privatretnlige regler, dvs det bidrager ikke til at afklare usikkerhed vedrørende internationalt værmeting og lovvalg. Dets definition af etableringsbegrebet, se herom senere, vil dog formentlig også få betydning for international privatretnlige spørgsmål. Direktivet skal heller ikke regulere skatte- og afgiftsspørgsmål, ligesom problemer vedrørende betaling over net ikke behandles, uanset at usikkerhed om betalingssspørgsmål formentlig er en af de væsentlige barrierer for e-handel.

I forhold til en række spørgsmål skal direktivet om elektronisk handel desuden anvendes samtidig med, at andre EU-regler finder anvendelse. Herom siges det i art 1, stk 3 i direktivforslaget:

3. Dette direktiv supplerer den fællesskabsret, der finder anvendelse på informationssamfundets tjenester, uden at det berører det nuværende niveau for beskyttelse af folkesundheden og forbrugeren som indført ved Fællesskabets retsakter, herunder de retsakter, der er udstedt med henblik på det indre markeds funktion.

Som det fremhæves i den citerede bestemmelse trækker direktivet ikke noget fra den mindstestandard,⁴ der er lagt i de allerede vedtagne direktiver om forbrugerbeskyttelse og sundhedsbeskyttelse. Disse remses op i præamblen til direktivet om elektronisk handel. Direktivet om elektronisk handel bliver imidlertid et maksimumdirektiv, jf nedenfor, og lægger loft over den frihed medlemslandene hidtil har haft til at lægge ovenpå den mindstestandard, der er fastlagt i de allerede vedtagne direktiver om forbrugerbeskyttelse mv.

Der er allerede vedtaget en række andre direktiver vedrørende informationstjenester af direkte relevans for elektronisk handel. Det gælder direktivet om en informationsprocedure med hensyn til tekniske standarder og

⁴ Direktivet vil dog formentlig medføre, at skriftlighedskrav i disse direktiver må fortolkes således, at elektronisk indgåelse af kontrakter bliver mulig, jf herom nedenfor.

forskrifter,⁵ direktivet om retlig beskyttelse af adgangsstyrede og adgangsstyrede tjenester,⁶ direktiverne om beskyttelse af personoplysninger⁷ og direktivet om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler vedrørende fjernsalg.⁸ En række direktivforslag er desuden under behandling samtidig med forslaget vedrørende visse retlige aspekter af elektronisk handel. Det gælder navnlig forslagene til direktiv om elektroniske signaturer,⁹ om ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet,¹⁰ om e-penge,¹¹ og om fjernslag af finansielle tjenesteydelser.¹²

3. Informationstjenester

3.1. EF-Traktatens syn på tjenesteydelser

EF-Traktaten har generelt et dobbeltperspektiv på tjenesteydelser. For det første defineres de i forhold til det indre marked i art 50 EF, der bestemmer, at tjenesteydelser i traktatens forstand er ydelser, der normalt udføres mod betaling. For det andet handler art 86, stk 2 EF og den ved Amsterdam-Traktaten indsatte art 16 EF¹³ om tjenester af almindelig økonomisk interesse,

⁵ 98/48/EF, der ændrer 98/34/EF.

⁶ 98/84/EF.

⁷ 95/46/EF og 97/66/EF.

⁸ 97/7/EF.

⁹ KOM(98)297, ændret forslag KOM(99)195. Forslaget er behandlet i Nielsen, Ruth: Elektronisk Handel i Peter Blume, Helen Holdt, Ruth Nielsen og Thomas Riis: IT-retlige emner, Kbhvn 1998 s 39.

¹⁰ KOM(97)628, Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet, ændret forslag KOM(99)250.

¹¹ COM(98)461.

¹² Se herom Helen Holdts artikel i nærværende Julebog.

¹³ Art 16 EF bestemmer: "Med forbehold af artikel 73, 86 og 87 og i betragtning af den plads, som tjenesteydelser af almen økonomisk interesse indtager i Unionens fælles værdinormer, og den rolle, som de spiller med henblik på at fremme social og territorial samhørighed, sørger Fællesskabet og medlemsstaterne inden for deres respektive kompetenceområde og inden for rammerne af denne traktats anvendelsesområde for, at sådanne tjenester ydes på grundlag af principper og vilkår,

dvs tjenester der drives ud fra offentlige hensyn af ikke-kommerciel karakter. Drift af telenet og teletjenester har historisk et langt stykke vej været anset for "tjenester af almindelig økonomisk interesse" og været varetaget af offentlige virksomheder eller virksomheder, som nationalstaterne havde givet koncessioner eller andre særlige eller eksklusive rettigheder som omhandlet i art 86 EF. I forhold til informationstjenester gør der sig også en række offentlige interesser af ikke-kommerciel karakter gældende af samme type som dem, der ligger bag regler om forsyningspligt og public service forpligtelser ved andre typer teletjenester.

Ved Maastricht-Traktaten, der trådte i kraft 1.11.1993, blev der indsat et afsnit i EF-Traktaten om *transeuropæiske net*. Disse bestemmelser findes nu i art 154 EF til art 156 EF. EU bestræber sig på at udvikle et standardiseret, europæisk datanet til brug både for det offentlige og for det europæiske erhvervsliv.¹⁴

3.2. Direktivforslagets definition af informationssamfundets tjenester

Direktivforslaget om elektronisk handel definerer "informationssamfundets tjenester" (i det følgende kaldet informationstjenester) ved henvisning til direktivet om en informationsprocedure.¹⁵ I dette defineres begrebet som enhver tjeneste, der normalt ydes mod betaling,¹⁶ og som *teleformidles ad elektronisk vej på individuel anmodning fra en tjenestemodtager*. I forslaget til

der gør det muligt for dem at opfylde deres opgaver".

¹⁴ Se fx 95/489/EF: Europa-Parlamentet og Rådets beslutning af 9. november 1995 om retningslinjer for udvikling af EURO-ISDN (tjenesteintegreret digitalnet) som et transeuropæisk net, EFT 1995 L 282 s 16, og Europa-Parlamentets og Rådets Afgørelse af 12. juli 1999 om fastlæggelse af en række aktioner og foranstaltninger med henblik på at sikre interoperabilitet mellem og adgang til transeuropæiske net til elektronisk dataudveksling mellem administrationerne (Ida), EFT 1999 L 203 s 9.

¹⁵ 98/34/EF som ændret ved 98/48/EF. I præamblen til forslaget vedrørende elektronisk handel henvises også til direktiv 98/84/EF om retlig beskyttelse af adgangsstyrede og adgangsstyrende tjenester, der omfatter krypterede tjenester, hvor krypteringen anvendes til at sikre licensbetaling.

¹⁶ Den omstændighed, at kommerciel kommunikation er "gratis" for den enkelte modtager, medfører ikke at det falder uden for informationstjenestebegrebet, idet den kommercielle kommunikation betales af tjenestemodtagerne som gruppe.

den direktivændring,¹⁷ der bragte informationstjenester ind under direktivet om en informationsprocedure, fremhæves det, at der er tale om *interaktive* tjenester.

Med henblik på denne definition forstås ved »tele¹⁸formidling«: at en tjeneste ydes, uden at parterne er til stede samtidig, »ad elektronisk vej«: at en tjeneste fra afsendelsesstedet sendes og på bestemmelsesstedet modtages ved hjælp af elektronisk databehandlingsudstyr (herunder digital komprimering) og datalagringsudstyr, og som udelukkende sendes, rutes og modtages via tråd, radio, optiske midler eller andre elektromagnetiske midler, og »på individuel anmodning fra en tjenestemodtager«: at en tjeneste ydes ved transmission af data på individuel anmodning. Der skal således være tale om »narrow-casting« til forskel fra broad-casting (radio og tv-spredning).

En vejledende liste over tjenester, der ikke er omfattet af denne definition, findes i bilag V til direktivet om en informationsprocedure. Det siges eksplicit i forslaget at direktivet ikke skal gælde tjenester i forbindelse med radio- og tv-radiospredning.¹⁹ I præamblen til direktivforslaget om elektronisk handel siges det,²⁰ at de tjenester, der henvises til i den vejledende liste i bilag V til informationsproceduredirektivet, som ikke indebærer databehandling og -lagring, ikke er omfattet af definitionen af informationstjenester.

Den i forhold til informationsproceduredirektivet vejledende liste er således formentlig bindende i forhold til forslaget vedrørende elektronisk handel. De tjenester, der er omfattet af Bilag V, og som altså falder *uden for anvendelsesområdet* for det kommende direktiv om elektronisk handel, er:

1. Tjenester, der ikke »teleformidles«, dvs tjenester, der ydes, også under anvendelse af elektroniske anordninger, og hvor tjenesteyderen og -modtageren er fysisk tilstede, fx undersøgelse eller behandling i en lægekonsultation, hvor der anvendes elektronisk udstyr, og hvor patienten er fysisk til stede, søgning i et elektronisk katalog i en forretning, hvor kunden er fysisk til stede, bestilling af flybilletter via et computernet i et rejsebureau, hvor kunden er fysisk til stede og elektroniske spil i en spillehal, hvor brugeren er fysisk til stede.
2. Tjenester, der ikke formidles »ad elektronisk vej«, herunder tjenester med et fysisk indhold, også selv om de indebærer brug af elektroniske anordninger, fx penge- og billetautomater (pengesedler, togbilletter), adgang til vejnet, parkeringsanlæg osv. mod betaling, også selv om der ved ind- og/eller udkørsel er opstillet elektroniske anordninger

¹⁷ Regulatory transparency in the Internal Market for Information Society services, 24.7.1996, <http://www.ispo.cec.be/infosoc/legreg/docs/regtrans.html>.

¹⁸ Tele- kommer af græsk og betyder sprogligt fjært eller fjern-.

¹⁹ Se hvad det er i art 1, litra a), i direktiv 89/552/EØF.

²⁰ I pkt 2 c) i slutningen.

til kontrol af adgangen og/eller for at sikre korrekt betaling, Offlinetjenester: distribution af cd-rom og software på disketter, og tjenester, som ikke ydes via elektroniske datalagrings- og databehandlingssystemer, fx taletelefontjenester, telefax-/telextjenester, tjenester, der ydes gennem taletelefoni eller telefax, konsultation af læge, telefonisk eller pr. telefax, konsultation af advokat, telefonisk eller pr. telefax, direkte markedsføring, telefonisk eller pr. telefax.

3. Tjenester, der ikke formidles »på individuel anmodning af en tjenestemodtager«, dvs tjenester, der ydes ved datatransmission uden en individuel anmodning med henblik på at kunne modtages samtidig af et ubegrænset antal modtagere (punkt-til-multipunkt-transmission), fx tv-radiospredning (herunder near-video on-demand-tjenester) som omhandlet i artikel 1, litra a), i direktiv 89/552/EØF, radiospredning og teletekst (tv).

I EU-Kommissionen Status Report on European Union Telecommunications Policy fra marts 1999²¹ nævnes som eksempler på tjenester, der omfattes af direktivforslaget om elektronisk handel:

It would cover all information society services, both business to business and business to consumer services, including services provided free of charge to the recipient e.g. funded by advertising or sponsorship revenue and services allowing for on-line electronic transactions such as interactive teleshopping of goods and services and on-line shopping malls. Examples of sectors and activities covered include on-line newspapers, on-line data-bases, on-line financial services, on-line professional services (such as lawyers, doctors, accountants, estate agents), on-line entertainment services such as video on demand, on-line direct marketing and advertising and services providing access to the World Wide Web.

Elektronisk teleformidling kan ske gennem (i forhold til brugerkredsen) lukkede netværk (intranet) internt i virksomheder/myndigheder eller en kreds af sådanne, fx et intranet for dommere. Elektronisk teleformidling kan også ske gennem for alle brugere åbne netværk som internettet. Uanset om brugerkredsen er åben eller lukket vil det offentlige telenet ofte blive benyttet i hvert fald delvist, således, at der er tale om teletjenester i telereglernes forstand.

De apparater, slutbrugeren betjener sig af, kan være af forskellig type: computer, tv, mv, herunder forskellige mellemformer. Den tekniske udvikling går i retning af, at samme fysiske/elektriske netværk²² bliver i stand til at

²¹ EU-Kommissionen: Status Report on European Union Telecommunications Policy, March 1999, <http://www.ispo.cec.be/infosoc/telecompolicy/en/tcstatus.htm>.

²² I præamblen til Europa-parlamentets og Rådets direktiv 98/10/EF om ONP-vilkår for taletelefontjenesten og om udbud af forsyningspligtigheder på teleområdet under konkurrenceforhold siges det således (min kursivering) i pkt 4) "...efter den 1. januar 1998 bør nyinstalleret fast offentlig telefonnetinfrastruktur være af en kvalitet, der foruden tale understøtter *datakommunikation ved transmissionshastigheder, der er*

transportere et bredt spektrum af informationstjenester. Nogle af disse er teknisk nært knyttet til det underliggende telenet, mens andre har en teknisk fjernere forbindelse til de underliggende netværk. De apparater, der står til rådighed for slutbrugere, bliver i stigende grad i stand til at modtage forskellige typer af informationssignaler.

Hovedforholdet mellem tjenesteyder og modtager skal således for at være omfattet af direktivet foregå på afstand og kommunikationen mellem dem skal foregå ved hjælp af elektronisk datatransmission/behandling og ikke via radio/fjernsyn eller telefon. Der foregår imidlertid en udvikling i retning af teknisk konvergens mellem disse tele-kommunikationsformer. Markedet for informationstjenester omfatter allerede i stigende grad integrerede produkter, fx internet-telefoni²³ og WAP(WirelessApplicationProtocol)²⁴ mobiltelefoner.

I direktivforslaget²⁵ siges det som en del af begrundelsen for, at der hersker usikkerhed om retsstillingen, at nye former for tjenester skaber ny usikkerhed, bla fordi den pågældende virksomhed ikke klart kan henføres til eksisterende kategorier (fx den trykte presse, telekommunikation og den audiovisuelle sektor). Denne usikkerhed overvindes næppe ved forslagens definitioner og afgrænsninger af anvendelsesområdet, idet det til forskel fra forslaget til direktiv om elektroniske signaturer ikke er teknologineutralt, men bygger på opdelingen mellem pdes talet telefoni og radio/tv-transmission, der falder uden

anvendelige for adgang til online-informationstjenester”.

²³ Se fx http://www.telia.dk/index/frame_priv_budget-call.htm. Det fungerer på den måde, at kundens telefonopkald til telefonoperatøren, her Telia, via en GateWay hos denne konverteres til datapakker i overensstemmelse med Internet Protokollen og datatransmitteres via internettet (der også delvis benytter telefonnettet til transport) frem til en GateWay i nærheden af modtageren, hvor det konverteres tilbage til talesignaler og transporteres det sidste stykke via telefonnettet. Det er billigere end almindelig telefoni, fordi internetoperatører (formentlig pga markedsforholdene og den forskellige grad af monopolisering eller liberalisering) er billigere end telefonoperatører. Den beskrevne tjenesteydelse vil formentlig falde uden for direktivet om elektronisk handel. Kundeforholdet mellem Telia og brugeren minder om forholdet mellem fx en boghandler og en kunde, hvor boghandleren tager internettet til hjælp for at gøre sin hovedydelse bedre eller billigere. Hovedydelsen bliver ikke en informationstjeneste af, at den erhvervsdrivende bruger informationstjenester som hjælpemiddel.

²⁴ Se fx <http://www.nokia.com/corporate/wap/index.html>. Der er tale om en blanding af en telefon og en computer, hvor brugeren kan komme direkte på internettet. Handler ved hjælp af et sådant apparat må være omfattet af direktivet om elektronisk handel.

²⁵ KOM(98)586 s 11.

for direktivforslaget, og pda's datatransmission via net, herunder internettet, der er omfattet af direktivforslaget. Direktivet risikerer herved at blive teknologisk forældet i løbet af få år.

3.3. Teletjenester og informationstjenester

Der tages ikke i de direktiver og -forslag, der eksplicit angår elektronisk handel stilling til, hvordan begrebet *informationssamfundets tjenester* forholder sig til begrebet *teletjenester*. I direktivet om liberalisering af markedet for *teletjenester*²⁶ siges det i præamblen, at forskellige restriktioner (forbud mod tilkobling til telenettet, urimelige priser, mv) virker hindrende på mulighederne for at stille teletjenester til rådighed på tværs af grænserne mellem medlemsstaterne, herunder bla informationstjenester, adgang til databaser, tjenester til opbevaring og videretransmission af meddelelser, elektronisk post og transaktionstjenester, elektronisk overførsel af handelsdata, teleindkøb og telereservation. Teletjenester defineres²⁷ som tjenester, hvis ydelse helt eller delvis består i transmission og rutning af signaler gennem det offentlige telenet ved hjælp af telekommunikationsteknik, med undtagelse af radio- og tv-spredning. Telenet defineres som den offentlige telekommunikationsinfrastruktur, der giver mulighed for at transmittere signaler mellem bestemte nettermineringspunkter ved hjælp af trådforbindelse, radiobølger, optiske medier eller andre elektromagnetiske medier.

Teletjenester er således et bredt begreb, der omfatter de fleste *informationstjenester*, der benyttes i forbindelse med elektronisk handel, hvilket indebærer, at de regler, der findes om teletjenester, typisk også kan og skal anvendes på elektronisk handel. Det gælder fx direktiv 97/13/EF om tilladelser til at præstere teletjenester, som art 4, stk 2 i direktivforslaget om elektronisk handel henviser til, jf nedenfor om princippet om, at der ikke kræves forhåndsgodkendelse til etablering som informationstjenesteyder.

4. Tjenesteydere etableret i EU

Direktivforslaget gælder i princippet alle typer tjenesteydere, der leverer informationstjenester. Disse er af forskellig art. De vigtigste er netværksoperatører, der stiller den overordnede teknologi til rådighed, og netudbydere, der kan opdeles i: Content Providers, der tilvejebringer den information, der

²⁶ 90/388/EØF.

²⁷ I direktivets art 1.

er tilgængelig; Hosts, der udlejer plads på en server til kunder eller stiller nyhedsgrupper til rådighed på sin newsserver og Access Providers, der sælger adgang til net, fx internet (hvilket almindeligvis omfatter e-mail funktioner) og evt intranet.²⁸

4.1. Hvad forstås ved etablering?

Det er kun meningen, at direktivet om elektronisk handel skal gælde for tjenesteydere, der er etableret i EU. En etableret tjenesteyder defineres som

en tjenesteyder, som faktisk udøver en økonomisk aktivitet i et ubegrænset tidsrum ved hjælp af en fast indretning. Det forhold, at der findes og anvendes tekniske og teknologiske hjælpemidler, der benyttes til at levere tjenesten, medfører ikke, at tjenesteyderen er etableret.

Denne definition hviler på EF-Traktatens almindelige begreb om etablering,²⁹ som fastlagt i EU-Domstolens praksis, bla i Factortame-sagen.³⁰

Det interessante ved etableringsbegrebet i direktivforslaget om elektronisk handel er navnlig, at det eksplicit *afviser IT-specifikke, teknologiske kriterier som afgørende for, hvor en virksomhed er etableret*. Det er fx ikke afgørende, hvor den server står, som websider eller et netsted befinder sig på, eller hvor et internetsted er tilgængeligt (dette ville føre til at antage, at en operatør er etableret i flere lande, ofte i alle 15 EU-lande). Det er heller ikke afgørende, at en tjenesteyder, som er etableret i en medlemsstat, tilbyder målrettede tjenester på en anden medlemsstats område.

Denne negative afgrænsning er begrundet i det ønskelige i ikke at åbne mulighed for at undgå den regel om etableringslandskontrol, som direktivet opstiller. Hvis et teknisk hjælpemiddels placering, fx en servers placering, var afgørende, ville det være nemt for tjenesteyderne at undgå kontrol, fx ved at

²⁸ Sml Helen Holdts opdeling af internetoperatører i kapitlet om Internet og jura i Peter Blume, Helen Holdt, Ruth Nielsen og Thomas Riis: IT-retlige emner, Kbhvn 1998 s 301. Se også Betænkning nr 1377/1999 om børnepornografi og IT-efterforskning, der har overtaget denne opdeling af internetaktører.

²⁹ I forhold til selskabsretten er det omtvistet, om selskabets registreringssted eller hovedsæde er afgørende, se nærmere Søren Friis-Hansens artikel "Nekrolog over hovedsædeteorien?" i nærværende Julebog.

³⁰ Sag C-221/89, The Queen mod Secretary of State for Transport, Ex Parte Factortame Ltd mfl, Saml1991 I-3905. Præmis 20 i denne citeres i forslaget til direktivet om elektronisk handel i KOM(89)586 s 21, men ordet "ikke" er faldet ud. Det afgørende er, at der skal være tale om virksomhed på ubestemt tid.

uploade til en server uden for EU i et land med et bekvemt reguleringsniveau. Det kunne udvikle bekvemmelighedsservere parallelt med bekvemmelighedsflagene for rederier. Det har man ønsket at undgå ved at fastholde EF-Traktatens almindelige etableringsbegreb. Det er efter dette muligt, at en og samme tjenesteyder kan være etableret i flere medlemsstater. I så fald skal etableringslandets kontrol udøves af myndighederne i den medlemsstat, i hvilken den har "midtpunktet for sin virksomhed".

4.2. Ikke anvendeligt på tjenesteydere fra tredjelande

I direktivforslagets præambel siges det i pkt 20, at direktivet kun skal gælde tjenesteydere, der er etableret i et EU-land. Det er i forhold til den generelle traktatbestemmelse i art 49 EF, der udfyldes ved direktivet, en snæver afgrænsning. Art 49 EF, der er direkte forpligtende for både private og offentlige, gælder - i hvert fald som forpligtende - såvel for tjenesteydere, der er etableret i EU, som for tjenesteydere etableret i tredjelande, hvis de foretager sig noget, der har virkning på EU's territorium. Det er tilfældet, når de sender informationstjenester, der kan modtages på EU-territoriet. Allerede i Walrave-sagen fra 1974 fastslog EU-Domstolen denne fortolkning vedrørende det territoriale anvendelsesområde for art 12 EF, art 39 EF og art 49 EF:³¹

Da forbudet mod forskelsbehandling er ufravigeligt, gælder det for bedømmelsen af ethvert retsforhold, for så vidt dette, enten på grund af stedet for dets stiftelse eller på grund af stedet for dets virkninger, kan stedfæstes til Fællesskabets territorium.

Informationsmarkedet er så globaliseret, at mange af de informationstjenester, der modtages i EU, stammer fra tredjelande, fx USA. Disse vil falde uden for det kommende direktiv, men som hidtil inden for den traktatramme, navnlig art 49 EF, der ligger udenom direktivet.

5. Det indre marked og fri bevægelighed for informationstjenester

Art 1 i direktivforslaget bestemmer:

1. Dette direktiv har til formål at sikre et velfungerende indre marked, særlig den frie bevægelighed for informationssamfundets tjenester mellem medlemsstaterne.

³¹ Sag 36/74, B.N.O. Walrave, L.J.N. Koch mod Association Union Cycliste Internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie og Federacion Espanola Ciclismo, Saml 1974 s 1405 præmis 28.

Det indre marked indebærer efter art 14, stk 2 EF et område uden indre grænser med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital i overensstemmelse med bestemmelserne i EF-Traktaten. I forhold til elektronisk handel er det navnlig etableringsfriheden i art 43 EF og reglen om fri bevægelighed for tjenesteydelser i art 49 EF, der har betydning. Direktivforslaget om elektronisk handel henviser som hjemmel til EF-Traktaten generelt og særlig til art 47, stk 2 EF (om etableringsfrihed), art 55 EF (om tjenesteydelser) samt art 95 EF (den generelle hjemmelsbestemmelse vedrørende opbygning af det indre marked).

Udgangspunktet i EF-Traktatens regler om fri bevægelighed er et restriktionsforbud, dvs en pligt til at sørge for, at der ikke er hindringer for fri etablering og den frie bevægelighed for tjenesteydelser. Denne pligt er imidlertid ikke absolut, men har karakter af en afvejningsnorm.³² Hindringer er forbudt, medmindre de kan retfærdiggøres ved henvisning til, at de forfølger et lovligt formål, er nødvendige for at opfylde dette formål og ikke går videre end nødvendigt hertil. Sålænge der ikke er sket harmonisering, udøver hvert enkelt medlemsland et skøn over, hvilke restriktioner det anser for nødvendige.

Ethvert EU-land kan kræve af tjenesteydere fra tredjelande, at de overholder art 49 EF, og kan udøve den skønsbeføjelse, de har efter art 49 EF i overensstemmelse med direktivet. De kan formentlig ikke være mere krævende over for tjenesteydere fra tredjelande end over for EU-tjenesteydere, i hvert fald ikke over for sådanne, fx US-amerikanske, i forhold til hvilke Fællesskabet har påtaget sig folkeretlige forpligtelser til ligebehandling, fx GATS-aftalen i WTO-regie. Fællesskabets folkeretlige forpligtelser udgør en integreret del af EU-retten og indgår dermed i den ramme, der ligger udenom det foreslåede direktiv.

5.1. Maksimumharmonisering

På en række områder vedrørende det indre marked er de foran omtalte nationale skønsmargener afløst af fælles harmoniserede regler for hvilke krav/restriktioner tjenesteydere kan mødes med. Direktivforslaget om elektronisk handel er et eksempel på et sådant harmoniseringsdirektiv. Det fastlægger i forhold til en række spørgsmål vedrørende kommerciel kommunikation, elektroniske kontrakter og formidleransvar hvilke krav, der kan (og skal) stilles til tjenesteydere. Når direktivet om elektronisk handel er vedtaget, hvilket ventes at ske i år 2000, har medlemslandene ikke længere beføjelser til selv at skønne over, hvilke restriktioner de finder nødvendige,

³² Se nærmere Nielsen, Ruth: EU Ret, Kbhvn 1999 kap 5-7.

men har pligt til at følge direktivet og afstå fra at stille yderligere krav, ligesom de gensidigt skal acceptere etableringslandets kontrol med, at tjenesteyderen overholder etableringslandets regler som tilstrækkelig.

Det foreslåede direktiv er således et maksimumdirektiv, der lægger loft over hvad medlemslandene kan kræve, fx højst det meget begrænsede formidleransvar, direktivet foreskriver. I forhold til dansk ret er det af interesse, at der herved også lægges *loft over forbrugerbegrebet* i forhold til elektronisk handel. Direktivet stiller strengere krav til tjenesteydere i forhold til forbrugere end i forhold til ikke-forbrugere. Et enkelt EU-land, som fx Danmark, kan derfor ikke frit gøre forbrugerbegrebet mere omfattende end den EU-retlige definition. Det ville indebære en overskridelse af direktivets maksimumkrav. Begrebet forbruger defineres i forslagens art 2 litra (f) som

en fysisk person, der i forbindelse med de af dette direktiv omfattede aftaler ikke handler som led i sit erhverv.

Denne definition er identisk med den, der er benyttet i tidligere forbrugerretlige direktiver, fx direktivet om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler³³ og fjernsalgsdirektivet.³⁴ Disse direktiver er imidlertid minimumsdirektiver, der tillader medlemslandene at indføre mere gunstige regler for forbrugerne. Ved implementeringen i Danmark pr 1.1.1995 af direktivet om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler blev der indsat en definition i aftalelovens § 38 a, stk 2, der lyder:

Ved en forbrugeraftale forstås i denne lov en aftale, som en erhvervsdrivende indgår som led i sit erhverv, når den anden part (forbrugeren) hovedsagelig handler uden for sit erhverv. Den erhvervsdrivende har bevisbyrden for, at en aftale ikke er en forbrugeraftale.

Forud for indførelsen af denne bestemmelse var det i praksis antaget, at ikke kun fysiske personer, men også juridiske personer efter omstændighederne kunne anses for forbrugere efter dansk ret.³⁵ I teorien antages det, at denne retstilstand er fortsat efter 1995.³⁶ I forhold til den daværende EU-retlige

³³ 93/13/EØF art 2 litra b).

³⁴ 97/7/EF art 2 nr 2).

³⁵ Jf U 1988, 945 om et antennelaug.

³⁶ Jf Lennart Lyng Andersen i Aftaleloven med kommentarer af Lennart Lyng Andersen og Jørgen Nørgaard, Kbhvn 1999 s 244.

ramme, der kun minimumsharmoniserede forbrugerreglerne, var der ikke noget problem heri. men når det kommende direktiv om elektronisk handel er vedtaget,³⁷ skal aftalelovens § 38a læses i en ny EU-retlig ramme, nemlig et maksimumdirektiv, der lægger loft over forbrugerbegrebet i forhold til elektronisk handel. Juridiske personer falder klart uden for ordlyden af den EU-retlige definition af en forbruger, der benytter udtrykket "fysisk person", jf foran.

5.2. Etableringslandskontrol og gensidig anerkendelse

Det er et hovedsigte med EF-Traktatens regler om fri bevægelighed for tjenesteydelser, at grænseoverskridende tjenesteydere kun skal kontrolleres én gang. Hvis de skulle kontrolleres flere gange, fx hver gang de krydsede en grænse, ville de have et handicap sammenlignet med tjenesteydere, der kun optræder inden for ét land. Denne engangskontrol foregår efter direktivforslaget om elektronisk handel i etableringslandets regie. Det foran diskuterede etableringsbegreb har navnlig betydning ved, at det udpeger det land, der er kompetent til at udøve kontrol, og gør alle andre EU-lande inkompetente.

Efter art 3, stk 1 i direktivforslaget skal hver medlemsstat påse, at de tjenester i informationssamfundet, som leveres af en tjenesteyder, der er etableret på dens område, er i overensstemmelse med de nationale bestemmelser, der gælder i denne medlemsstat. Direktivet vil således udover at lægge loft over de krav, der kan stilles i national ret, også kræve, at medlemslandene gensidigt skal anerkende hinandens nationale regler og kontrol, idet en informationstjenesteyder, der er etableret i et EU-land, kun må udsættes for kontrol fra ét land, nemlig etableringslandet. Andre EU-lande, hvor tjenesterne modtages, må ikke kræve eller udøve supplerende kontrol vedrørende de emner, direktivforslaget handler om, da det ville lægge hindringer i vejen for udveksling af tjenesteydelser over grænserne, jf art 3, stk 2 i direktivforslaget, der bestemmer:

2. Medlemsstaterne kan ikke af grunde, der henhører under det område, der er koordineret ved dette direktiv, begrænse den frie bevægelighed for tjenester i informationssamfundet fra en anden medlemsstat.

³⁷ Efter EU-Domstolens dom i Kolpinghuis-sagen, Sag 80/86, Saml 1987 s 3969 gælder pligten til EU-konform fortolkning af national ret allerede fra vedtagelsen af et direktiv og ikke først fra implementeringsfristens udløb.

Hvis fx et EU-land A tillader tilgift og et andet EU-land B forbyder det, skal B i forhold til tjenesteydere etableret i A acceptere, at salgstilbud med tilgift i forbindelse med elektronisk handel kan modtages i B. B er frit stillet til at forbyde tilgift for de tjenesteydere, der er etableret i B. Bilag II til direktivforslaget opremser dog en række tilfælde, hvor art 3 ikke skal gælde, bla uopfordret kommerciel kommunikation. I disse tilfælde kan alle EU-lande udøve kontrol. Forbrugerrådet har ud fra forbrugerpolitiske synsvinkler kritiseret, at modtagerlandene (som hovedregel) afskæres fra at udøve kontrol.³⁸

5.3. Forholdet til grundrettighederne: ytringsfriheden (art 10 EMRK) og privatlivets fred (art 8 EMRK)

I art 6, stk 2 EU bestemmes det, at EU respekterer de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved EMRK og således som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, som generelle principper for fællesskabsretten.

I forhold til det emne, der behandles her, er det navnlig *friheden til* at afgive og modtage ytringer i EMRK art 10 og privatlivets fred i EMRK art 8, der bla kan begrunde *friheden fra* uønskede informationer, der har interesse. Disse bestemmelser inddrages også i teksten til en række relevante retsakter. I informationsproceduredirektivet³⁹ udskilles problemer vedrørende ytringsfrihed fra andre retlige spørgsmål vedrørende informationstjenester, men i en række andre direktiver etableres en sammenhæng. Det gælder fjernsalgsdirektivet⁴⁰ og direktivet⁴¹ om adgangsstyrede og adgangsstyrende tjenester, der omfatter krypterede tjenester, hvor krypteringen anvendes til at sikre licensbetaling. Denne opfattelse er overtaget i forslaget til direktiv om elektronisk handel, hvor der ved ændringen af forslaget i 1999 blev indsat en ny betragtning, hvorefter den frie bevægelighed for informationssamfundets

³⁸ Høringssvar til Forbrugerstyrelsen vedrørende direktivforslag om elektronisk handel, findes på http://www.fbr.dk/politik/artikel/H_elektrohandel.htm.

³⁹ 98/48/EF om ændring af direktiv 98/34/EF. Direktivet forskriver information af EU-Kommissionen som led i og betingelse for gennemførelse af den nationale lovgivningsprocedure vedrørende de emner, bla informationstjenester, det omfatter. Dette gælder ikke spørgsmål vedrørende ytringsfriheden, fx grundlovsbestemmelser eller strafferetlige bestemmelser herom.

⁴⁰ 97/7/EF.

⁴¹ 98/84/EF.

tjenester kan være et udtryk for ytringsfriheden som defineret i EMRK art 10. Pkt 2b i præamblen lyder herefter:

(2b) den frie bevægelighed for informationssamfundets tjenester kan i mange tilfælde i fællesskabsretten også være et særligt udtryk for et mere generelt princip, nemlig ytringsfriheden, som defineret i artikel 10, stk. 1, i konventionen til beskyttelse af Menneskerettigheder og grundlæggende...

Sammenkædningen med princippet om ytringsfrihed indebærer, at Menneskerettighedsdomstolens praksis om fortolkningen af EMRK også får betydning for elektronisk handel. I den sammenhæng kan nævnes Jersild-sagen,⁴² hvor en dansk straffedom over en journalist, der havde formidlet racistiske ytringer, blev anset for stridende mod EMRK art 10. Allerede traktatrammen om elektronisk handel lægger således loft over formidleransvaret. Se nærmere nedenfor om direktivforslagets yderligere begrænsning heraf.

5.4. Undtagelser fra princippet om fri bevægelighed

EMRK art 10, stk 2⁴³ og art 46 EF⁴⁴ giver mulighed for visse undtagelser fra den frie bevægelighed. Det samme gælder efter art 45 EF og 55 EF virksomhed, der er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed. Det kan give anledning til at rejse spørgsmålet, om anskaffelse af edb og informations-tjenester til brug i den offentlige sektor er undtaget fra art 43 EF og art 49 EF.

⁴² 36/1993/431/510.

⁴³ EMRK art 10, stk 2 bestemmer om ytringsfriheden: The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

⁴⁴ Art 46 bestemmer: Bestemmelserne i dette kapitel og de forholdsregler, der træffes i medfør heraf, udelukker ikke anvendelse af love eller administrativt fastsatte bestemmelser, der indeholder særlige regler for fremmede statsborgere, og som er begrundet i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller den offentlige sundhed.

I en traktatbrudssag⁴⁵ mod Italien vedrørende introduktion af edb-systemer i forskellige dele af den offentlige sektor besvarede EU-Domstolen dette spørgsmål benægtende. Art 86, stk 2 EF, åbner mulighed for at fravige bestemmelserne i art 49 EF og art 82 EF (om misbrug af dominerende stilling), hvor anvendelsen af disse bestemmelser retligt eller faktisk ville hindre opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet teleselskaber med særlige rettigheder. Sådanne opgaver kan bestå i, at et teleselskab skal etablere og drive et net, der skal være landsdækkende, og som enhver bruger skal have adgang til på rimelige vilkår.

6. Forhåndsgodkendelse

Fri bevægelighed for tjenesteydelser kræver som udgangspunkt, at myndighedskontrol kun skal udøves i ét land (fsva elektronisk handel etableringslandet), men heraf følger ikke noget om, hvilken slags kontrol, fx forhåndsgodkendelse eller andet, der kan benyttes over for de i et givet EU-land etablerede tjenesteydere, det påhviler det pågældende land at kontrollere.

6.1. Princippet om at der ikke må kræves forhåndsgodkendelse

Direktivforslaget om elektronisk handel går et skridt længere i retning af at liberalisere markedet end hvad der følger af EF-Traktatens princip om fri bevægelighed. I forslaget art 4 fastslås det princip, at der ikke i forbindelse med etableringslandets udøvelse af kontrol må kræves forhåndsgodkendelse. Efter stk 1, der fremtræder som hovedreglen, skal medlemslandene afstå fra at indføre krav om forhåndsgodkendelse. Stk 2, der fremtræder som en undtagelse, dækker dog de fleste informationstjenester, idet det direktiv (97/13/EF), der henvises til handler om ensartede principper for generelle og individuelle tilladelser for teletjenester, der som nævnt foran er et omfattende begreb, der rummer de fleste informationstjenester. Indholdet af art 4 er derfor, at adgangen til aktiviteten som tjenesteyder i informationssamfundet kun kan gøres betinget af tilladelser i det omfang, det følger af reglerne om teletjenester. Forbudet i stk 1 berører heller ikke godkendelsesordninger, som ikke særligt og udelukkende vedrører informationstjenester. Krav i selskabslovgivningen, forsikringslovgivningen, mv skal derfor opfyldes selv om virksomheden udelukkende drives on-line. I forhold til de regulerede professioner (advokater, læger, revisorer, apoteker, mv) må det også antages,

⁴⁵ Sag 3/88, Kommissionen mod Italien, Saml 1989 s 4035 og sag C-272/91, Lottomatica, Kommissionen mod Italien, Saml 1994 s 143.

at informationstjenester, fx i form af on-line salg af lægeattester, revisorpåtegninger, mv kan kræves forhåndsgodkendt og at der som betingelse for godkendelsen kan pålægges tjenesteyderen (ikke blot contentprovideren men også hostprovideren) kontrolansvar, uden at det strider mod art 15 i direktivforslaget, se om denne nedenfor.

6.2. Giver art 86, stk 1 EF medlemslandene ret til at tildele særlige rettigheder vedrørende teletjenester?

Indtil 1980'erne var der typisk én national teleoperatør pr land, fx Deutsche Telekom, France Telecom og tilsvarende virksomheder, som EU-landene i medfør af art 86 EF havde givet særlige rettigheder kombineret med særlige pligter, fx forsyningspligt eller for radio/tv's vedkommende public service forpligtelser.⁴⁶ Ifølge art 86, stk 1 EF skal medlemslandene i forhold til offentlige virksomheder og virksomheder, der har fået særlige eller eksklusive rettigheder, afstå fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med EF-Traktatens bestemmelser, navnlig art 12 EF, der forbyder diskrimination pga nationalitet, og art 81-89 EF, der indeholder hovedbestemmelserne om konkurrence. Udgangspunktet er således, at EF-Traktatens regler, bla om konkurrence skal overholdes også i de særligt regulerede sektorer.⁴⁷

Art 86, stk 2 EF fastslår som en undtagelse herfra, at virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse (kun) er underkastet EF-Traktatens bestemmelser, navnlig konkurrencereglerne, i det omfang anvendelse af disse bestemmelser ikke retligt eller

⁴⁶ Ved Amsterdam-Traktaten blev der knyttet en protokol nr 32 til EF-Traktaten om offentlig radio- og tv-virksomhed i medlemsstaterne. Den bestemmer: DE HØJE KONTRAHERENDEPARTER, SONTAGER I BETRAGTNING, at offentlig radio- og tv-virksomhed i medlemsstaterne hænger direkte sammen med de demokratiske, sociale og kulturelle behov i de enkelte samfund og med nødvendigheden af at bevare mediepluralisme, ER BLEVET ENIGE OM følgende fortolkende bestemmelse, der knyttes som bilag til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab: Traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab griber ikke ind i medlemsstaternes beføjelse til at finansiere public service radio- og tv-virksomhed, for så vidt finansieringen ydes til radio- og fjernsynsforetagender, så disse kan opfylde deres public service-opgaver som pålagt dem, defineret og tilrettelagt af de enkelte medlemsstater, og denne finansiering ikke ændrer handels- og konkurrencevilkårene i Fællesskabet i et omfang, der strider mod de fælles interesser, idet der tages hensyn til opfyldelsen af disse public service-opgaver.

⁴⁷ Se generelt om anvendelse af konkurrencereglerne på regulerede markeder Ulf Bernitz og Eva Edwardsson (red): Konkurrence på regulerede marknader - hur långt kan konkurrenslagen tillämpas, Stockholm 1999.

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.

6.2.1. EU-Domstolens praksis

I løbet af 1990'erne er der foregået en kraftig liberalisering af markedet for telekommunikation, dels gennem EU-Domstolens (om)fortolkning af art 86 EF, dels gennem vedtagelse af teledistributivsdirrektiver. Indtil begyndelsen af 1990'erne var den herskende fortolkning af art 86 EF, at den tillod medlemsstaterne, at give virksomheder særlige eller eksklusive rettigheder, hvis de anså det nødvendigt "af ideelle grunde i offentlighedens interesse".

Til støtte herfor kan henvises til Sacchi-dommen.⁴⁸ Sagen handlede om det italienske monopolselskab RAI, der havde eneret til tv-transmission i Italien, inklusive udsendelse af tv-reklamer. Sacchi drev en ikke autoriseret teledistributionsvirksomhed (TELEBIELLA), der udsendte tv-reklamer, og blev straffet for dette, hvilket gav anledning til præjudicielle spørgsmål om foreneligheden af det italienske monopol med fri bevægelighedsreglerne og art 86 (dengang 90) EF. EU-Domstolen fastslog, at art 90 EF [nu art 86 EF] tillader medlemsstater at tildele særlige eller eksklusive rettigheder, og at der ikke var noget i EF-Traktaten, der forhindrer en medlemsstat i "for considerations of public interest, of a non-economic nature"⁴⁹ at fjerne radio og tv-transmissioner fra området for konkurrence ved at tildele særlige eller eksklusive rettigheder. I Sacchi-dommen synes EU-Domstolen at anerkende, at EF-Traktaten overlod medlemslandene skønnet over, hvad der skal anses for offentlige interesser af ikke-økonomisk karakter, som skal anses for tilstrækkelige til at fravælge markedsmekanismer og konkurrence.

Overført på IT-tjenester, fx internetadgang og e-mail, ville retsstillingen efter Sacchi-dommen formentlig være, at et EU-land havde en traktatsikret ret til at give en virksomhed eneret til at levere internetadgang og e-mail, hvis det var begrundet med, at det pågældende land anså det for vigtigt af offentlige hensyn⁵⁰ at sikre alle billig og god adgang til internet og e-mail, og at dette bedst kunne opnås ved monopolvirksomhed. Skønnet over, hvad der var offentlige hensyn af ikke-økonomisk art, og hvad der bedst kunne varetages

⁴⁸ Sag 155-73, Giuseppe Sacchi, Saml 1974 s 409.

⁴⁹ I den danske version lyder det: "af ideelle grunde i offentlighedens interesse". Den fanske tekst svarer til den engelske "Considérations d' intérêt public, de nature non économique"

⁵⁰ Fx befolkningens generelle kompetenceudvikling i forhold til IT-kommunikation og det ønskelige i at undgå en opsplitning af befolkningen i dem, der kan, og dem, der ikke kan kommunikere elektronisk.

ved hjælp af virksomheder med særlige og eksklusive rettigheder, lå efter EU-Domstolens vurdering i Sacchi-dommen på nationalt niveau. Bedømt i forhold til EU-retten, som den var i midten af 1970'erne, ville den foreslåede bestemmelse i art 4, stk 1 i direktivforslaget om elektronisk handel derfor formentlig være traktatstridig, fordi medlemslandene havde en traktatsikret ret til at tildele monopolstilling eller særlige rettigheder.

Fra begyndelsen af 1990'erne har EU-Domstolen imidlertid skiftet fortolkning af art 86 EF og væsentligt indskrænket (men ikke afskaffet) medlemsstaternes kompetence til at tildele særlige rettigheder.⁵¹ EU-Domstolen fastslog i en sag anlagt af Frankrig mod EU-Kommissionen⁵² om annullation af direktivet om liberalisering af markedet for teleterminaludstyr, at ikke blot lovligheden af udøvelsen af, men også selve eksistensen af særlige eller eksklusive rettigheder skulle vurderes efter konkurrencereglerne. Denne fortolkning har EU-Domstolen fastholdt op gennem 1990'erne.

6.2.2. Teleliberaliseringsdirektiver

Efter art 86, stk 3 EF skal EU-Kommissionen påse, at bestemmelserne i art 86 EF bringes i anvendelse, og den skal, såfremt det er påkrævet, meddele medlemsstaterne passende direktiver eller beslutninger. Her er således hjemmel for, at EU-Kommissionen direkte på grundlag af EF-Traktaten uden mellemkommende Rådskommunikationer kan udstede direktiver. Denne bestemmelse er blevet benyttet og udgør det primære retlige hjemmelsgrundlag for den bølge af teleliberalisering i EU, som er foregået siden slutningen af 1980'erne.⁵³ Spørgsmålet, om art 86, stk 3 var/er tilstrækkeligt hjemmelsgrundlag har været forelagt EU-Domstolen i flere annullationssøgsmål.⁵⁴ EU-Domstolen har i det væsentligste opretholdt de anfægtede

⁵¹ Se generelt herom Ulla B Neergaard: Art 90 i 90'erne, i Juridisk Instituts Julebog 1998 s 119 ff og Anthony Gardner: The Velvet Revolution: Article 90 and the Triumph of the Free Market in Europe's Regulated Sectors, European Competition Law Review, 1995 s 78 ff.

⁵² Sag C-202/88, Frankrig mod Kommissionen, Samling 1991 I-1223.

⁵³ Se generelt om denne Peter Crowther: Competition in a Liberalised European Telecommunications Environment, HHK 1998 (phd-afhandling).

⁵⁴ Sag C-202/88, Frankrig mod Kommissionen, Samling 1991 I-1223 vedrørende og forenede sager C-271/90, C-281/90 OG C-289/90, Spanien, Belgien og Italien mod Kommissionen, Samling 1992 I-5833.

direktiver, hvoraf de vigtigste er fuld konkurrence-direktivet⁵⁵ og samtrafik-direktivet.⁵⁶ Det direktiv, der henvises til i art 4, stk 2 i direktivforslaget om elektronisk handel er Europa-Parlamentets og Rådets direktiv⁵⁷ om ensartede principper for generelle tilladelser og individuelle tilladelser for teletjenester. Udgangspunktet er, at teletjenester kan udbydes enten uden tilladelser eller på grundlag af generelle tilladelser, men der er dog en vis kompetence for medlemsstaterne til at kræve, at en tjenesteyder skal have individuel tilladelse navnlig i tilfælde, hvor der disponeres over knappe ressourcer, fx radiofrekvenser, eller for at sikre at særlige pligter, fx forsyningspligt eller public service-forpligtelser, bliver opfyldt.

7. Kommerciel kommunikation

Kommerciel kommunikation omfatter fx reklamer og direkte markedsføring. I forhold til forbrugere findes der mere vidtgående beskyttelsesregler i en række direktiver, bla vedrørende fjernsalg,⁵⁸ og reklame for tobaksvarer.⁵⁹ Art 5 i direktivforslaget tager sigte på oplysninger vedrørende tjenesteyderen. Art 6 fastslår det princip, at kommerciel kommunikation klart skal kunne identificeres som sådan.⁶⁰ Den fysiske eller juridiske person, for hvis regning den kommercielle kommunikation foretages, skal også klart kunne identificeres. Det samme gælder reklametilbud som rabatter, præmier og tilgift, når de er tilladt af den medlemsstat, hvor tjenesteyderen er etableret, og betingelserne for at opnå dem skal være let tilgængelige og fremlægges præcist

⁵⁵ Kommissionens direktiv 96/19/EF af 13. marts 1996 om ændring af direktiv 90/388/EØF for så vidt angår gennemførelse af liberaliseringen af markederne for teletjenester, senere ændret ved Kommissionens direktiv 1999/64/EF.

⁵⁶ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/51/EF af 6. oktober 1997 om ændring af Rådets direktiv 90/387/EØF og 92/44/EØF med henblik på tilpasning til konkurrenceforhold på telekommunikationsområdet. Se også Trediepartsadgang til væsentlige faciliteter - især på netværksområdet af Kári á Rógví Olsen og Jógvan E. Winther Poulsen, Justitita nr 2/99.

⁵⁷ 97/13/EF.

⁵⁸ 97/7/EF.

⁵⁹ 98/43/EF.

⁶⁰ Sml De nordiske Forbrugerombudsmænds Fælles holdning til handel og markedsføring på Internettet og i tilsvarende kommunikationssystemer. Se også Electronic-Commerce und Online Marketing - zur Zulässigkeit von E-Mail-Werbung, <http://www.compuserve.de/recht/ressort1/emailwerbung.html>.

og utvetydigt. Art 7 omhandler den såkaldte "spamming", dvs uopfordret kommerciel kommunikation via elektronisk post. Den skal klart og utvetydigt være angivet som sådan, når modtageren modtager den. Med forbehold af direktiverne om persondatabeskyttelse (97/7/EF og 97/66/EF), skal medlemsstaterne træffe foranstaltninger for at sikre, at tjenesteydere, der fremsender uopfordret kommerciel kommunikation via elektronisk post respekterer og regelmæssigt efterser "opt-out"-registre, hvor fysiske personer, der ikke ønsker at modtage meddelelserne, kan lade sig registrere. Modtagerne skal således have mulighed for at fravælge kommerciel kommunikation, et resultat som harmonerer med art 8 EMRK om privatlivets fred.

Art 8, stk 1 i direktivforslaget fastsætter det generelle princip, at det skal være tilladt i de lovregulerede erhverv (læger, advokater, revisorer, mfl) at præstere informationssamfundstjenester under overholdelse af faglige regler om uafhængighed, værdighed, faglig etik samt tavshedspligt og loyalitet over for klienter og fagfæller. Medlemsstaterne og Kommissionen opfordrer faglige sammenslutninger og organisationer til at udarbejde adfærdskodekser på fællesskabsplan for nærmere at angive, hvilke oplysninger der kan gives on-line. I dag er der i betydeligt omfang forbud i national ret mod reklamer for disse erhverv, således at direktivet på dette punkt formentlig vil medføre en opblødning. Det nærmere indhold vil dog afhænge af den udfyldning, der sker ved selvregulering i form af adfærdskodekser. Hvis de regulerede professioner vil foretage egentligt salg, fx af attester og påtegninger, og/eller levering, fx af rådgivning eller terapi on-line, må medlemsstaterne kunne kræve forhåndsgodkendelse, i hvert fald som betingelse for at knytte offentligretlige virkninger, herunder betaling af det offentlige, til ydelserne, og pålægge både content- og hostprovideren kontrolansvar, jf foran om art 4 og nedenfor om art 15.

8. Elektroniske kontrakter

De gældende aftaleretlige regler kan et langt stykke vej anvendes på alle former for kommunikation, herunder digital kommunikation. Hultmark konkluderede således i 1998:⁶¹

“De särskilda problemställingar som elektronisk handel ger upphov till är i hög grad möjliga att hantera inom ramen för redan existerande avtalsrättsliga regler och principer.”

⁶¹ Hultmark Christina: Elektronisk handel och avtalsrätt, Stockholm 1998 s 101.

I direktivforslaget er man imidlertid gået ud fra, at de nationale regler om formkrav og aftalers indgåelse, og navnlig forskellene mellem de nationale retssystemers regler herom, kan udgøre en hindring for den frie bevægelighed for informationstjenester.

8.1. Formkrav

Art 9 i direktivforslaget bestemmer, at medlemsstaterne skal drage omsorg for, at deres lovgivning gør det muligt at indgå kontrakter ad elektronisk vej. For at gennemføre denne artikel skal de nationale myndigheder ifølge forslaget sørge for:

- at ophæve de bestemmelser, som klart forbyder eller begrænser anvendelsen af elektroniske midler,
- ikke at hindre brugen af visse elektroniske systemer som fx intelligente elektroniske moduler,
- ikke at give kontrakter indgået ad elektronisk vej en begrænset retsvirkning, hvilket i praksis ville være det samme som at begunstige anvendelsen af kontrakter udfærdiget på papir,
- at tilpasse de formkrav, som ikke kan opfyldes ad elektronisk vej, eller som oftest giver anledning til retsusikkerhed, fordi det er uklart, hvordan de skal fortolkes eller anvendes på kontrakter indgået ad elektronisk vej. Dette vedrører ikke kravet om signatur, som er omfattet af forslaget til direktiv om en fælles ramme for elektroniske signaturer.

Medlemsstaterne kan bestemme, at art 9, stk 1 ikke skal anvendes på kontrakter, som kræver medvirken af en notar, kontrakter, som for at være gyldige kræver registrering hos en offentlig myndighed, familieretlige kontrakter og arveretlige kontrakter.

I dag er hovedreglen, at der ikke stilles formkrav i dansk og europæisk ret. I nyere tid er formkrav dog blevet indført på en del områder, en udvikling som EU har bidraget meget til, idet der i de seneste år er opstillet en række skriftlighedskrav, fx i direktiverne om ansættelsesbeviser,⁶² forbrugerkredit⁶³ og urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler,⁶⁴ og i udbudsdirektiverne.⁶⁵ I de

⁶² 91/533/EØF.

⁶³ 87/102/EØF med ændringer ved direktiv 90/88/EØF.

⁶⁴ 93/13/EØF.

⁶⁵ 92/50/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, 93/36/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, 93/37/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter som ændret ved 97/52/EF samt 93/38/EØF

nyeste direktiver søges der dog taget højde for behovet for digital kommunikation.⁶⁶ Det må formentlig blive en konsekvens af direktivet om elektronisk handel, at skriftlighedskravene i EU's egne direktiver skal omfortolkes eller ændres, således at de ikke står i vejen for elektroniske handler, bortset fra de specielle kontraktsituationer, der kan holdes uden for direktivet. Der foregår også på nationalt niveau⁶⁷ et arbejde med at tilpasse formkrav til moderne kommunikationsformer, et arbejde som vil være nødvendigt for at implementere det kommende direktiv om elektronisk handel.

8.2. Oplysningspligt

Efter art 10 skal medlemsstaterne i deres lovgivning fastsætte, at betingelserne for indgåelse af en elektronisk kontrakt skal forklares klart og utvetydigt forud for kontraktens indgåelse af tjenesteyderen, medmindre parterne er erhvervsdrivende og har aftalt andet. Oplysningerne skal bla omfatte:

- (a) de forskellige led i forbindelse med kontraktens indgåelse
- (b) oplysninger om, hvorvidt den indgæede kontrakt opbevares eller ej, og adgangen til kontrakten
- (c) mulighederne for at rette indtastningsfejl.

8.3. Hvornår er en kontrakt indgået?

Art 11 i direktivforslaget bestemmer om tidspunktet for kontraktens indgåelse:

1. Medlemsstaterne fastsætter i deres lovgivning, at kontrakten, medmindre parterne er erhvervsdrivende og har aftalt andet, når det kræves af en tjenestemodtager, at denne for at acceptere et tilbud fra en tjenesteyder giver udtryk for sit samtykke ved hjælp af teknologiske hjælpemidler, såsom at klikke på en ikon, er indgået, når tjenestemodtageren ad elektronisk vej fra tjenesteyderen har modtaget en bekræftelse på modtagelsen af tjenestemodtagerens accept. Der gælder følgende principper:

om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation som ændret ved 98/4/EF.

⁶⁶ Jf fx direktiv 97/52/EF og direktiv 98/4/EF, der bla tilsigter at lette muligheden for elektronisk licitation.

⁶⁷ Se i forhold til tysk ret Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr vom 19. Mai 1999, BMJ, IB 1 - 3414/2 (pdf/zip, ca. 22 kB) und Begründung (pdf/zip, ca. 80 kB), der kan ses på <http://www.dud.de/dud/dudstart.htm> og i forhold til fransk ret Projet de loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique, <http://www.legifrance.gouv.fr/citoyen/actua.htm>.

(a) modtagelsesbekræftelsen anses for at være modtaget, når tjenestemodtageren kan få adgang hertil

(b) tjenesteyderen skal straks sende modtagelsesbekræftelsen

2. Medlemsstaterne fastsætter i deres lovgivning, at tjenesteyderen, medmindre parterne er erhvervsdrivende og har aftalt andet, skal stille hensigtsmæssige midler til rådighed for tjenestemodtageren på en effektiv og tilgængelig måde, så denne kan få kendskab til og rette sine indtastningsfejl og transaktioner foretaget ved en fejltagelse inden kontraktens indgåelse. Kontraktvilkår og almindelige betingelser i forholdet til forbrugeren skal stilles til rådighed på en sådan måde, at denne kan lagre og udskrive dem.

For erhvervsdrivende skal den foreslåede regel således kun være deklaratorisk. EU-Kommissionen vedtog den 19. oktober 1994 en henstilling⁶⁸ om de retlige aspekter af elektronisk dataudveksling (EDI), hvor det henstilles, at erhvervsdrivende og organisationer, der gennemfører deres handelsaktiviteter via EDI, benytter EF's EDI-standardkontrakt, og at medlemsstaterne fremmer brugen af EF's EDI-standardkontrakt og stiller de bedst egnede midler til rådighed til dette formål. Art 3, stk 3 i standardkontrakten bestemmer, at en kontrakt, der indgås ved hjælp af EDI, skal anses for at være indgået på det tidspunkt og det sted, hvor den EDI-meddelelse, der indeholder accepten af tilbuddet, når frem til tilbudsgiverens edb-system. Den deklaratoriske regel om tidspunktet for kontraktens indgåelse, der foreslås i art 11 i direktivforslaget om elektronisk handel, er således anderledes end den regel, EU-Kommissionen henstiller, at parterne aftaler i EDI-aftaler.

8.4. Hvilken relevans har det, hvornår en kontrakt anses for indgået?

Det varierer fra retssystem til retssystem og fra retsforhold til retsforhold, hvilken relevans tidspunktet for kontraktens indgåelse har.

8.4.1. Forbrugerkontrakter

Ved forbrugerkontrakter vil der efter fjernsalgsdirektivet⁶⁹ typisk være fortrydelsesret, der for tjenesteydelsers vedkommende som hovedregel løber fra den dato, hvor aftalen indgås. Den foreslåede bestemmelse præciserer, hvornår det er. Ved varekøb løber fortrydelsesretten fra varens modtagelse. Det vil også fortsat gælde on-line køb.

⁶⁸ EFT 1994 L 338.

⁶⁹ 97/7/EF art 6.

8.4.2. *Forholdet til retssystemer som det danske, hvor tilbud er bindende*

I dansk ret gælder efter aftalelovens § 1, at tilbud og svar på tilbud er bindende. Det indebærer, at tidspunktet for kontraktens indgåelse ikke er et særligt afgørende tidspunkt, idet der opstår retlige forpligtelser inden dette tidspunkt. Dansk ret bygger på den såkaldte løfteteori, hvorefter tilbud er bindende fra de kommer til tilbudsmodtagerens kundskab og altså inden tilbudsmodtageren bliver bundet. Til forskel herfra går overenskomstteorien ud på, at der først opstår forpligtelser, når kontrakten er indgået.⁷⁰ I Zweigert og Kötz⁷¹ komparativretlige fremstilling fra 1998 skriver de:

The problem of the binding nature of an offer has produced three different solutions: the offeror is least bound in the Anglo-Saxon legal family and most strongly bound in the German systems, the Romanistic legal family adopting an intermediate position.

Direktivforslaget er således ikke lige relevant i forhold til alle de nationale aftaleretlige systemer i EU. Det passer bedst til retssystemer som engelsk ret, der bygger på overenskomstteorien, mens det er lidt ved siden af i forhold til fx dansk ret. Der er ingen modstrid mellem ordlyden af direktivforslaget om elektronisk handel og den danske aftalelov, og det kan ikke antages, at direktivet vil forpligte Danmark til at skifte over til overenskomstteorien, men hvis vi fastholder aftalelovens § 1, får direktivets art 11 (uden for forbrugerforhold, jf. foran) ikke megen praktisk effekt i de tilfælde, hvor dansk ret finder anvendelse på kontrakten.

I forhold til aftalelovens § 1 er det interessante, hvornår der foreligger et bindende tilbud og hvornår en bindende accept. Udstilling af varer med angivelse af pris på en hjemmeside må efter dansk ret formentlig ligestilles med udstilling af prismærkede varer i et forretningsvindue. Her har det været diskuteret, om det er en opfordring til at gøre tilbud eller et tilbud. I praksis⁷² er det antaget, at der er tale om et tilbud. Hvis prisangivelsen beror på en fejl, kan aftalelovens § 32 efter omstændighederne anvendes

⁷⁰ Se om løfte- og overenskomstteorien Ussing, Henry: *Aftaler*, Kbhvn 1950 s 53.

⁷¹ Zweigert, Konrad and Hein Kötz: *An Introduction to Comparative Law*, 3rd edition, Oxford 1998 s 357.

⁷² U 1985,877.

9. Formidleransvar

Direktivforslaget bestemmer i art 12, 13 og 14, at medlemsstaterne kun i meget begrænset omfang må pålægge tjenesteydere, der foretager elektronisk transmission, caching og oplagring af informationer, ansvar for *indholdet* af de informationer, der transporteres, kopieres eller oplagres. Disse bestemmelser begrænser ikke adgangen til at nedlægge forbud. Host-provideren kan efter art 14 pålægges ansvar, hvis han havde eller burde have konkret kendskab til, at indholdet er ulovligt og ikke tager skridt til at trække informationen tilbage eller stoppe for adgang hertil. Europa-Parlamentet og EU-Rådet har vedtaget en flerårig EF-handlingsplan til fremme af en mere sikker anvendelse af Internettet ved bekæmpelse af ulovligt og skadeligt indhold på globale net.⁷³ Her lægges der først og fremmest op til selvregulering, fx i form af adfærdskodekser, hvilket stemmer godt med direktivforslaget om elektronisk handel.

EU-Rådet har også med hjemmel i art 34 EU, der indgår i EU's søjle 3⁷⁴ og handler om politisamarbejdet og samarbejdet i kriminelle sager, fastlagt en fælles holdning vedrørende forhandlingerne i Europarådet om udkastet til konvention om Internetkriminalitet.⁷⁵ Formålet angives bla at være at forhindre, at den kommende konvention i Europarådets regie bliver uforenelig med de instrumenter, der udarbejdes i EU. Denne retsakt illustrerer, at direktivforslaget om elektronisk handel også skal ses i den bredere EU-retlige ramme, som søjle 3 samarbejdet udgør.

Ansvar for andet end indholdet, fx for fejl ved datatransmission og -sikkerhed kan pålægges såvel inter partes som over for tredjemænd.⁷⁶

9.1. Transport-, caching og oplagringstjenester

Begrænsningen af ansvaret gælder kun ren transmission, caching og oplagring. Der kan ikke slutes analogt til andre informationstjenester. I forslaget nævnes som eksempel, at et on-line rejsebureau, der formidler salg af flybilletter for et flyselskab, ikke er omfattet af ansvarsbegrænsningen. Tilsvarende gælder

⁷³ EFT 1999 L 33.

⁷⁴ Se om denne i den EU-retlige litteratur, fx Nielsen, Ruth: EU Ret, Kbhvn 1999.

⁷⁵ EFT 1999 L 142.

⁷⁶ Se fx Karstoft, Susanne: Elektornisk dokumentudveksling - retlige aspekter, Kbhvn 1994 s 25 ff. Se også Thomas Hoeren: Zivilrechtliche Haftung im Internet, <http://www.humboldt-forum-recht.de/2-1998/Drucken.html>.

fx on-line boghandlere, on-line aviser mv, der kan behandles efter samme regler som tilsvarende virksomheder, der ikke opererer on-line.

9.2. Funktionel ikke personel afgrænsning

Art 12 til 14 gælder de angivne funktioner: transmission, caching og oplagring, uanset hvem der gør det. Den foran nævnte opdeling af informations-tjenesteydere i netværksoperatører, host providere, access providere og content providere passer derfor ikke helt til direktivets systematik. Man kan dog i almindelighed sige, at content leverandørens ansvar aldrig begrænses ved de foreslåede bestemmelser, men det er ikke helt præcist at sige, at art 12 handler om netværksoperatører.⁷⁷ Som det anføres i begrundelsen for forslaget⁷⁸ tages der ikke sigte på kategorien af operatører, men på de forskellige typer aktiviteter. Art 12 handler om ren datatransport, der kan leveres såvel af netværksoperatører som af andre tjenesteydere.

9.3. Ulovligt indhold

Det ulovlige indhold kan være af mange typer, fx injurier, (børne)pornografi, ophavsretskrænkende materiale, konkurrencekrænkelse, overtrædelse af markedsføringsregler, mv. Specielt med hensyn til ophavsretskrænkelser siges det dog i præamblen til direktivforslaget om elektronisk handel, at det er vigtigt at direktivet om elektronisk handel vedtages nogenlunde samtidig med direktivet om ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet,⁷⁹ idet formidleransvar vedrørende ophavsretskrænkelser skal afgøres efter sidstnævnte.⁸⁰

⁷⁷ Se for denne udtryksmåde Mads Bryde Andersen: Ansvar for ulovlig informationsspredning på Internet, s 12, Det 35. nordiske juristmøde, Oslo 1999.

⁷⁸ KOM(1998)586 s 29.

⁷⁹ KOM(97) 628, Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet, ændret forslag KOM(99)250.

⁸⁰ Se om ophavsret Kaspar Heine: Medvirkensansvaret for ophavsretskrænkelser på Internet, <http://www.cbs.dk/departments/law/matsamlinger/ithoejskolen/kasper.PDF>

9.4. Forbud mod at benytte informationstjenesteydere til kontrol

Art 15 i direktivforslaget, der har overskriften "Ingen tilsynsforpligtelse", bestemmer, at medlemsstaterne *ikke* med hensyn til levering af de i art 12 og 14 omhandlede tjenester må pålægge tjenesteyderne en *generel forpligtelse* til at føre tilsyn med den information, de fremsender eller oplager, eller en *generel* forpligtelse til aktivt at efterforske forhold eller omstændigheder, der tyder på ulovlig virksomhed. Det berører ikke målrettet og midlertidig tilsynsvirksomhed, som kræves af de nationale judicielle myndigheder i henhold til national lovgivning, når det er nødvendigt af hensyn til statens sikkerhed, forsvaret, den offentlige sikkerhed og til forebyggelse, efterforskning, afsløring og forfølgning i straffesager.

Forbrugerrådet kritiserer i sit ovennævnte høringssvar denne regel for at være for vidtgående. Der ligger dog en begrænsning i valget af ordet "generel". Det må betyde, at mere specielle tilsynspligter kan pålægges. I den udstrækning, der kan stilles krav om, at informationstjenesteydere skal opfylde generelle eller specielle vilkår, jf om art 4 foran, må der også kunne knyttes vilkår hertil om indholdskontrol. I forbindelse med on-line salg af lægeattester, revisorpåtegninger og lignende, som det offentlige knytter retsvirkninger til, må den tjenesteyder, der optræder som vært (host-provideren), også kunne pålægges kontrolfunktioner, uden at det kan anses for uforeneligt med forbudet i art 15 i direktivforslaget mod en *generel* tilsynspligt.

9.5. Direktivforslagets ansvarbegrænsning i forhold til national ret

Sverige og Tyskland har vedtaget lovgivning om informationstjenesteyderes ansvar for fremmed indhold. Den svenske Lag⁸¹ om ansvar för elektroniska anslagstavlor pålægger i 4. og 5. § tjenesteyderen, at holde opsigt med tjenesten og fjerne ulovligt indhold fra den. Sverige pålægger således tjenesteydere (host providere) ansvar i videre omfang end direktivet tillader. Tysk ret synes at svare til direktivforslaget. Den tyske Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste⁸² bestemmer i § 5:

(2) Diensteanbieter sind für fremde Inhalte, die sie zur Nutzung bereithalten, nur dann verantwortlich, wenn sie von diesen Inhalten Kenntnis haben und es ihnen technisch möglich und zumutbar ist, deren Nutzung zu verhindern.

⁸¹ SFS 1998:112.

⁸² BT-Drs. 13/7934 vom 11.06.1997.

(3) Diensteanbieter sind für fremde Inhalte, zu denen sie lediglich den Zugang zur Nutzung vermitteln, nicht verantwortlich. Eine automatische und kurzzeitige Vorhaltung fremder Inhalte auf Grund Nutzerabfrage gilt als Zugangsvermittlung.

I dansk ret har vi ikke tilsvarende eksplicitte regler. Den almindelige medvirkensregel i strfl § 23 vil typisk ikke gælde de former for medvirken, der på forhånd afkriminaliseres i direktivforslaget, der derfor næppe indebærer nogen væsentlig ændring i forhold til nugældende dansk ret.

10. Elektronisk konfliktløsning

Efter art 17 i direktivforslaget skal medlemsstaterne drage omsorg for, at deres lovgivning i tilfælde af uenighed mellem en tjenesteyder og en modtager af en tjeneste i informationssamfundet gør det muligt faktisk at anvende ordninger for udenretslig bilæggelse af tvisten, herunder ad hensigtsmæssig elektronisk vej.

11. Konklusion

Direktivforslagets *retlige design* har en række af de typiske karakteristika for *indre markedsdirektiver*. Det er baseret på principperne om fri bevægelighed, gensidig anerkendelse, markedsdreven udvikling og selvregulering i videst muligt omfang. Det vedrører imidlertid et emne, hvor traktatgrundlaget er baseret på en balance mellem en række offentlige hensyn af ikke-kommerciel karakter og de markedsorienterede hensyn. Retorikken i direktivet er ret ensidigt orienteret mod det indre marked, hvilket ikke ændrer ved, at gældende ret skal fastlægges under inddragelse også af de i direktivforslaget ikke-omtalte offentlige hensyn, jf foran.

I direktivforslaget om elektronisk handel siges det, at alle spørgsmål bør behandles i *én og samme retsakt*.⁸³ Denne målsætning opfyldes kun i begrænset omfang. Direktivforslaget omfatter ikke en række væsentlige emner, navnlig international privatret, skatte- og afgiftsproblemer og betalingsproblemer i netværk. Forståeligheden af direktivforslaget er også i meget høj grad afhængig af, at andre retsakter og domme inddrages. Som eksempel kan nævnes, at man hvis man vil vide, hvad direktivet handler om, må slå op i et andet direktiv,⁸⁴ hvis man vil vide, hvad der skal forstås ved etablering, må man læse EU-Domstolens praksis om EF-Traktatens etableringsbegreb, hvis

⁸³ KOM(1998)586 s 16.

⁸⁴ 98/48/EF, der ændrer 98/34/EF, der definerer informationssamfundets tjenester.

man vil vide, i hvilket omfang der kan kræves forhåndsgodkendelse, må man slå op i EF-Traktaten og telereglerne,⁸⁵ og hvis man vil vide noget om formidleransvar for ophavsretskrænkelser, må man læse infosoc-direktivet.⁸⁶ Direktivet om elektronisk handel berører mange emner af relevans for elektronisk handel, men regulerer ingen af dem til bunds. Det er derfor i højere grad end sædvanligt i forhold til dansk lovgivning nødvendigt at læse det kommende direktiv i den mere omfattende EU-retlige kontekst, det indgår i.

I nyere EU-retlig litteratur⁸⁷ siges EU rettens struktur undertiden at ligne en russisk dukke.⁸⁸ Denne metafor passer godt på det emne, der er behandlet i denne artikel. EU-reglerne om elektronisk handel danner flere retlige rammer, der ligger uden om og ind i hinanden. Direktivet om elektronisk handel vil kun blive en af de indre dukker i den komplekse reguleringsstruktur, den samlede EU-regulering om emnet udgør.

Efter min vurdering er en af de mest klagende bestemmelser i direktivforslaget definitionen af etableringsbegrebet. Det klagende ligger mest i det negative, at det fastslås, hvad der ikke indebærer etablering, idet der som nævnt tages *eksplicit afstand fra et IT-specifikt etableringsbegreb*.

I forhold til dansk ret indebærer direktivforslaget, at der lægges loft over forbrugerbegrebet i forhold til de emner, der reguleres i direktivet, og at Danmark skal møde andre EU-landes forbrugerretlige beskyttelsesniveau med gensidig anerkendelse, således at on-line sælgere etableret i andre EU-lande med lavere beskyttelsesniveau end Danmark har krav på, at deres tjenester kan modtages i Danmark, uden at der lægges hindringer i vejen. Formkrav, der står i vejen for elektronisk indgåelse af kontrakter, skal afvikles, og der skal fastsættes regler om kontraktens indgåelse, der gennemfører kravene om oplysninger og mulighed for rettelser af indtastningsfejl i overensstemmelse med art 10 og art 11 i direktivforslaget. Det kan ikke antages, at direktivet vil forpligte Danmark til at skifte fra løfteteorien til overenskomstteorien, jf foran. Reglerne om formidleransvar ændrer næppe nugældende dansk ret.

⁸⁵ Navnlig direktiv 97/13/EF.

⁸⁶ KOM(97)628, Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet, ændret forslag KOM(99)250.

⁸⁷ Sml Curtin, Deirdre og Ige Dekker: *The EU as a 'Layered' International Organization: Institutional Unity in Disguise* i Craig, Paul and Gráinne de Búrca (eds): *The Evolution of EU Law*, Oxford 1999 s 83.

⁸⁸ Billeder af russiske dukker kan fx ses på <http://www.russiandoll.com/>, der er en on-line dukkehandel.

Skat og straf

af
Kjeld Hemmingsen

1. Kriminalisering af skattesvig

Skattestrafferetten har i Danmark ført en omtumlet tilværelse.¹⁾ Oprindeligt var strafferetlige sanktioner for afgivelse af urigtige oplysninger til skattemyndighederne af ordensmæssig karakter, idet den samfundsmæssige interesse i sanktionering af den urigtige erklæring over for det offentlige ansås for væsentligere end strafpålæg for uberettiget berigelse. Desuden var hensynet til samfundsøkonomien med fortidens beskedne skattetryk og skatteprovenu uvæsentligt.

For at markere forskellene i forseelsernes grovhed blev bødestrafpen udmålt som multipla af den unddragne skat.

I det videre forløb blev der med vedtagelsen af kontrolloven i 1946 hjemlet frihedsstraf for skattesvig, og med virkning fra 1972 blev der - samtidig med vedtagelsen af en ny skattekontrollov - indsat en bestemmelse i straffelovens § 289, som ligestiller skattesvig af særlig grov karakter med smugleri af samme grove karakter.

§ 289, som placeredes blandt de klassiske berigelsesforbrydelser, giver mulighed for idømmelse af indtil 4 års fængsel.

De lovbestemte multiplumbøder i den hidtidige kontrollov blev afløst af en bøderegel, som skulle give mulighed for individuel tilpasning af bødestørrelserne.

Den nugældende skattekontrollov (forkortet SKL) straffer den forsætligt skatteunddragelse med bøde, hæfte eller fængsel indtil 2 år, og stadig således, at den særlig grove skattesvig kan henføres til straffelovens § 289 med straf på indtil 4 års fængsel.

¹⁾ Jan Pedersens "Skatteudnyttelse" (disputats), 1989, og "Skatte- og afgiftsstrafferet", 1996, er de væsentligste samlede fremstillinger af skattestrafferetten. En oversigt over senere års praksis på området findes desuden i Henrik Dam, Kjeld Hemmingsen og Finn Taksøe-Jensens "Skatteret. Speciel del", som er under udgivelse

Ved grov uagtsomhed er straffen bøde, idet en i SKL § 13, stk. 2, hjemlet mulighed for at idømme hæftestraf ikke benyttes i praksis.

Den skitserede udvikling understreger lovgivers ændrede og strengere bedømmelse af især den grove skattesvig, men står i et vist misforhold til de faktisk idømte straffe.

Det er således den absolutte undtagelse, at selv forsætlige skatteunddragelser i millionklassen, som ofte implicerer samtidige forsætlige momsunddragelser og anvendelse af falske dokumenter, udløser strengere frihedsstraffe end 1-1½ års fængsel samt en tillæggsbøde på 1 gang de undtagne skatte- og afgiftsbeløb. Kun i et enkelt tilfælde, som skal omtales nærmere nedenfor, er overtrædelse af straffelovens § 289 resulteret i en straf, der går ud over skattekontrollovens maksimumstraf på 2 års fængsel. Hertil kan føjes, at et betydeligt antal frihedsstraffe er gjort betingede, således at den udmålte tillæggsbøde ofte er den eneste umiddelbart mærkbare følge af den begåede skattesvig.

Det er et indtil nu ubesvaret spørgsmål, om dette tilsyneladende modsætningsforhold skyldes et generelt lempeligere syn på de af straffelovens kapitel 28 omfattede forbrydelser eller kan henføres til skatteunddragelserne som en mindre strafværdig forbrydelsesart.

Til støtte for den sidste antagelse kan anføres, at skatteunddragelse om ikke ligefrem er en folkeforlystelse, så dog optræder med en sådan hyppighed og i et sådant omfang, at fænomenet formentlig er uden sidestykke på noget andet retsområde, færdselslovgivningen måske undtaget.

Selv forsigtige skøn baseret på indirekte opgørelser tyder på, at de udeholdte indtægter hvert år beløber sig til to-, formentlig trecifrede milliardbeløb. Dette spørgsmål skal ikke forfølges i nærværende forbindelse, men anvendelsen af straffebestemmelserne og strafudmålingen i den enkelte sag er selvsagt uløseligt forbundet med domstolenes vurdering af den underliggende forbrydelse.

Spørgsmålet om kriterier for og konsekvens i strafudmålingen vil blive omtalt i det følgende, hvor også mere traditionelle juridiske afgrænsningsproblemer som sondringen mellem forsæts- og uagtsomhedsdelikterne og spørgsmålet om straf for medvirken vil blive berørt.

1.1. Skattesvig og valg af sanktioner

SKL § 13 opererer med forsætlig og groft uagtsom skatteunddragelse baseret på afgivelsen af urigtige eller vildledende oplysninger til skattemyndighederne,

og lovens §§ 15-16 omhandler den tilsvarende passive skattesvig, som kan følge af undladelsen af at indgive selvangivelse. Navnlig undladelsen af at meddele, at en skønsmæssigt ansat indkomst er for lav, sidestiller skatteyderens passivitet med afgivelsen af positivt urigtige eller vildledende oplysninger, og de i bestemmelserne angivne strafferammer er da også identiske.²⁾

Det bemærkes, at den særlig grove skattesvig omhandlet af straffelovens § 289 omfatter forsætlig skatteunddragelse af den i SKL § 13, stk. 1, nævnte karakter, men hverken den passive skatteunddragelse eller uagtsomhedsforbrydelserne.

Det er et særkende for skattestrafferetten, at skatteunddragelse som udslag af simpel uagtsomhed er straffri og alene udløser et krav om efterbetaling af de for lidt erlagte skatter.

1.1.1. Skattesvig

SKL § 13 og straffelovens § 289 omhandler den klassiske skattesvigssituation, hvor en person for at unddrage det offentlige skat afgiver urigtige eller vildledende oplysninger om skattepligtsspørgsmål eller om forhold vedrørende selve skatteansættelsen eller skatteberegningen.

De hyppigst forekommende tilfælde omfattet af skattesvigsbestemmelserne drejer sig om urigtige eller vildledende oplysninger til brug ved skatteansættelsen, og det svigagtige forhold består typisk i, at skattepligtige indtægter holdes uden for selvangivelsen, eller ikke eksisterende eller ikke fradragsberettigede udgifter fratrækkes. Der er ikke kun urigtige eller vildledende oplysninger givet i forbindelse med indgivelse af selvangivelse, men også oplysninger givet i forbindelse med skattemyndighedernes senere behandling af skatteansættelsen, der omfattes af bestemmelsen.

Begrebet forsæt omfatter såvel det direkte forsæt som sandsynligheds- og eventualitetsforsæt, når andet ikke fremgår af lovteksten.

Da spørgsmålet om subjektiv tilregnelser er et spørgsmål om personlige motiver og viden, må man i praksis benytte en række objektive støttekriterier, som med større eller mindre vægt kan indgå i bevisbedømmelsen.

Der kan for det første være tale om rent ydre omstændigheder, som i mange tilfælde kun kan forklares som resultat af en planlagt skatteunddragelse.

²⁾ Der bortses herved fra den nævnte, men i praksis ikke benyttede mulighed for at idømme hæftestraf i uagtsomhedstilfælde omfattet af SKL § 13, stk. 2

Konstateres der således fiktive poster i regnskabet, herunder ikke eksisterende udgifter, eller forfalskede bilag, er mistanken om forsætlig skattesvig sædvanligvis bekræftet. I samme retning trækker mere eksotiske og ikke særligt understøttede forklaringer om, at regnskabs- og bilagsmaterialet er brændt eller bortkommet.

Uorden eller rod i regnskabsførelsen kan ikke tillægges samme indicerende betydning, men må bedømmes individuelt. Det kan i den forbindelse have betydning, om der er tale om tidligere påtalte forsømmelser, som i gentagelses-tilfælde kan lede tanken hen på den bevidste skatteunddragelse.

Gentagne unddragelser vil i det hele taget bestyrke mistanken om forsætlig skatteunddragelse, og netop dette bevismoment fremhæves da også i adskillige retsafgørelser.

For det andet kan forhold, der falder uden for det sædvanlige virksomhedsmønster, bestyrke mistanken om forsætlig skatteunddragelse.

Undlader en tandlæge eksempelvis at indtægtsføre et større beløb fremkommet ved salg af tandguld, som han over en årrække har udtaget af patienternes tænder, kan den udeholdte indkomst vanskeligt henføres til mere undskyldelige forsømmelser i de daglige rutiner, men må ses som forsætlig skatteunddragelse.

Samme betragtningsmåde vil ofte føre til antagelse af forsæt, når indtægter, som i den pågældende skatteydere økonomi er af relativt betydelig størrelse, ikke selvangives. Selvom skatteyderen måtte have uorden i regnskaber, økonomi eller personlige forhold, har det formodningen mod sig, at relativt betydelige indtægter kan være holdt uden for selvangivelsen blot ved en forglemmelse eller anden uagtsomhed.

Anvendelsen af dette sidste støttekriterium fører til det mere principielle spørgsmål, i hvilket omfang skatteundragelsers absolutte størrelse bør indvirke på forsætsbedømmelsen.

I mange tilfælde vil den nævnte usædvanlighedsbetragtning kunne anvendes, idet modtagelsen af absolut set betydelige beløbsstørrelser nok for de fleste skatteyderes vedkommende vil prente sig så meget i hukommelsen, at rene forglemmelser forekommer usandsynlige. I visse virksomhedsforløb kan det dog ikke udelukkes, at modtagelsen af større beløb er så dagligdags forekommende, at baggrunden for en manglende registrering kan være en anden end forsætlig skatteunddragelse og derfor må undersøges nærmere.

Beløbsstørrelserne fremhæves ofte i straffedommenes præmisser, og der er er ikke tvivl om, at store undragelsesbeløb indgår som et væsentligt moment i bevisbedømmelsen.³⁾

En tredje gruppe af tilfælde er særligt velorganiserede og omfattende skattetækningsprojekter, som viser sig at være gået ud over skattelovgivningens rammer og derfor ikke får de tilsigtede skattemæssige virkninger.

Da der sædvanligvis er tale om fortolkning af skattereglerne på vanskeligt overskuelige grænseområder, og projekternes holdbarhed ofte har været støttet af sagkyndige erklæringer, må forsæt til skatteunddragelse som udgangspunkt være udelukket.

Men netop arrangementernes hel- eller halvprofessionelle karakter og den uddannelse eller baggrundsviden, initiativtagerne som regel har, kan modificere dette udgangspunkt.

Som nævnt kan forsæt foreligge i skikkelse af eventualitetsforsæt, og netop i tilfælde af den her beskrevne art har initiativtageren måske ikke regnet med, at et ulovligt resultat af handlingen ville være det mest sandsynlige, men at sandsynligheden herfor dog ikke har været helt ubetydelig. Han i øvrigt valgt at lade stå til og tage risikoen.⁴⁾

I disse tilfælde er der sjældent tale om urigtige, men om vildledende oplysninger, som er med til at fremstille et begivenhedsforløb uden reel substans.

I UfR 1983 s. 705 H havde en særlig skatteretskyndig, københavnsk advokat indrettet et administrationssystem, som over en 10 års periode gav ham mulighed for at foretage låne- og renteposteringer inden for systemet mellem sig og klienterne og mellem disse indbyrdes. Posteringsne, som blev opgivet til skattemyndighederne, gav advokaten og klienterne betydelige skattefordele, men blev anset for indholdsløse, hvorfor oplysningerne afgivet til skattemyndighederne havde været urigtige.

Under hensyn til omfanget og varigheden af den begåede skattesvig og den systematiske tilrettelæggelse heraf ændrede landsretten byrettens dom, som kun havde pålagt advokaten bødestraf, til 4 års fængsel og en tillægsbøde på 4 mio. kr. samt frakendelse af retten til at udøve advokatvirksomhed for bestandig.

³⁾ Ved anvendelsen af strafumålingsprincipperne vejer undragelsesbeløbenes størrelse tungt, og det kan ikke udelukkes, at det er denne fokusering på absolutte beløbsstørrelser, der har virket afsmittende på forsætsdiskussionen

⁴⁾ Jan Pedersen omtaler i "Skatte- og afgiftsstrafferet" side 56 den paradoksale situation, at en lavere retsinstans ikke vil anfægte det underliggende retsforhold eller skattetækningsarrangement, hvorefter arrangementet underkendes ved en højere instans med den virkning, at skatteyderen - under samme retsvildfarelse som den lavere retsinstans - straffes for forsætlig skatteunddragelse

I Højesteret var der enighed om bedømmelsen af forholdet som forsætlig skatteunddragelse af særlig grov karakter. Det blev heved lagt til grund, at det beskrevne administrationssystem var opbygget med skatteunddragelse for øje, at advokaten havde holdt systemets opbygning og mangel på reelt indhold skjult for myndighederne, og at han fortsatte, også efter at nogle skattemyndigheder havde nægtet at anerkende dispositionerne. Desuden fremhævedes den betydelige størrelse af de skattebeløb, som var unddraget og forsøgt unddraget. Et mindretal (2 dommere) var desuden enig med flertallet (5 dommere) i fastsættelsen af en tillægsbøde til frihedsstraffen på 1 mio. kr. og i frakendelse af tiltaltes ret til at udøve advokatvirksomhed indtil videre.

Under hensyn til, at advokaten bl.a. med sin særprægede tankegang havde haft en forstilling om, at han kunne overbevise myndighederne om, at det sindrigt opbyggede system burde godkendes, ville mindretallet fastsætte frihedsstraffen til 1 års fængsel, mens flertallet med den refererede begrundelse fandt en frihedsstraf på 3 års fængsel passende.

Som det fremgår af den refererede afgørelse, var der hos domstolene ingen tvivl om forsætsspørgsmålet, men afgørelsen viser med byrettens, landsrettens og Højesterets væsensforskellige strafudmålinger, at det er strafudmålingen mere end selve kvalificeringen af unddragelsesforbrydelserne, der kan give anledning til diskussion.

1.1.2. Strafudmåling ved forsætlig skatteunddragelse

I alle uagtsomhedstilfælde og i tilfælde af forsætlig skatteunddragelse, hvor der ikke skønnes at blive tale om højere straf end bøde – hvilket i praksis antages, når de undtagne beløb ikke overstiger 100.000 kr. – har skatteyderen mulighed for at undgå almindelig retsforfølgning ved at ingå en aftale med skattemyndighederne om betaling af en administrativt fastsat bøde, SKL § 20. Dette forudsætter, at skatteyderen erkender sig skyldig i lovovertrædelsen, og det kan ikke udelukkes, at en skatteyder kan være fristet til at erklære sin skyld for at slippe for offentlig rettergang. I praksis synes den lovhjemlede adgang til administrativ afslutning af sagerne dog at fungere også til skatteydernes tilfredshed.

Til brug for den administrative bødefastsættelse har Told- og Skattestyrelsen i et bødecirkulære⁵⁾ institueret en række såkaldte normalbøder, som også anvendes af domstolene, når sagerne ikke har kunnet afsluttes administrativt. Ved forsætlig skatteunddragelse er bøden normalt 2 gange de undtagne skatter, dog kun 1 gange den del af den forsætlige unddragelse, der ikke overstiger 30.000 kr. En forsætlig skatteunddragelse på eksempelvis 80.000 kr. udløser således en bøde på 130.000 kr.

⁵⁾ TSCIR 1990-32

Bødecirkulæret indeholder herudover særlige bestemmelser om nedsættelse eller forhøjelse af bøderne under formildende eller skærpende omstændigheder. Også disse reguleringer er i vidt omfang standardiserede med nærmere angivne nedsættelses- eller forhøjelsesbrøker.

Medens normalbødesystemet ikke giver anledning til mange overvejelser bortset fra de betænkeligheder, man kan have over for et sanktionssystem, der næsten udelukkende indrettes efter skatteunddragelsernes størrelse, viser den ovenfor refererede højesteretsdom, at principperne for idømmelse af frihedsstraf med eventuel tillægsbøde og rettighedsfrakendelse er mere usikre.

I flertallet af de afgjorte sager er der dog også her tale om en vis standardisering af straffene, idet der sædvanligvis idømmes 14 dages hæfte for skatteunddragelser lige over 100.000 kr., stigende til 20 og 30 dages hæfte, når unddragelsen ligger på omkring 200.000 kr.

Under skærpende omstændigheder, f.eks. hvor skatteunddragelsen er gennemført på en sådan måde, at kontrol og opdagelse vanskeliggøres, eller der er tale om mere betydelige undragelsesbeløb, straffes typisk med fængsel i 40, 50 eller 60 dage stigende til 3-6 måneders fængsel, når unddragelsen har været forbundet med dokumentfalsk eller andre straffelovsovertrædelser.

Ved unddragelser over 500.000 kr. straffes efter straffelovens § 289 med fængsel fra typisk 4-6 måneders fængsel til 1-1½ års fængsel, når der er tale om meget store undragelsesbeløb. I en enkelt sag er der som tidligere omtalt idømt 3 års fængsel.

I alle de nævnte tilfælde suppleres frihedsstraffen med hjemmel i straffelovens § 50, stk. 2, typisk med en tillægsbøde på 1 gange det undtagne skattebeløb, og der kan i visse tilfælde ske rettighedsfrakendelse efter straffelovens § 78, stk. 2, jf. § 79, stk. 1 og 2.

Af særlig betydning for en vurdering af sanktionsniveauet er strafudmålingen, når der i den enkelte sag foreligger formildende omstændigheder.

Ud over anvendelsen af traditionelle strafnedsættelsesgrunde som høj alder, sygdom og andre personlige forhold, kan det nævnes, at der ved strafudmålingen i stigende grad tages hensyn til lange sagsbehandlingstider og overhovedet lange tidsforløb mellem lovovertrædelser og sagens pådømmelse.

I spørgsmålet om idømmelse af tillægsbøde har det specielt været diskuteret, om lovovertræderens manglende betalingsevne skal tages i betragtning, idet en supplerende tillægsbøde i kraft af reglerne om forvandlingsstraf ellers vil virke som en forøgelse af frihedsstraffen.

Domspraksis er ikke helt entydig, men landsretten har ved flere lejligheder ændret byretsdomme, som har undladt idømmelse af tillægsbøde under de

nævnte omstændigheder, og har henvist skatteyderen til at søge tillægssbøden eftergivet. Dette gælder måske især, når frihedsstraffen er gjort betinget, og der derfor findes behov for at anvende en mærkbar sanktion.

Om anvendelsen af betingede domme skal i øvrigt bemærkes, at anvendelse af sådanne finder sted i ganske mange skattesvigsager.⁶⁾

Betimeligheden af under visse omstændigheder at anvende betinget frihedsstraf skal ikke anfægtes, men det kan måske diskuteres, om den udstrakte brug af betingede domme er særlig velegnet som præventiv foranstaltning netop på skattesvigsområdet.

Forbrydelsens art og den typiske skatteundragers ønske om for enhver pris at undgå at betale skat betyder formentlig, at undrageren i dette rent økonomiske spil ofte vil ligestille en betinget frihedsstraf med en advarsel og opfatte tillægssbøden på 1 gange det unddragne beløb som den egentlige strafferetlige sanktion.

I lyset af de administrative normalbøder på 2 gange den unddragne skat, som pålægges i mindre graverende tilfælde, kan dette måske afstedkomme visse forståelsesmæssige vanskeligheder.

1.1.3. Ukendskab til retsreglerne

En ofte påberåbt formildende omstændighed er manglende kendskab til eller misforståelse af enten de regler, der forbyder eller påbyder en bestemt handlings foretagelse, eller de komplicerede materielle skatteregler, som ofte ligger bag skatteunddragelserne.

Selvom ukendskab til skattestraffereglene eller den øvrige skattelovgivning ikke er nogen generel strafnedsættelsesgrund, giver straffelovens § 84, stk. 1, nr. 3, mulighed for strafnedsættelse eller –bortfald, hvis den tiltalte har handlet i undskyldelig uvidenhed om eller undskyldelig misforståelse af retsregler, der forbyder eller påbyder den pågældende handlings foretagelse.

Handlemåden betegnes som bekendt i strafferetten som udslag af *egentlig retsvildfarelse*. Det kunne i skattestrafferetten f.eks. være ukendskab til bestemmelserne i SKL § 16 om pligten til at underrette skattemyndighederne om en for lav skatteansættelse.

Ukendskabet eller misforståelsen som sådan udelukker ikke strafansvar og forhindrer navnlig ikke, at der kan være forsæt til lovovertrædelsen, men åbner fakultativ adgang til strafnedsættelse eller –bortfald.

⁶⁾ Nils Hansens undersøgelse af 94 domme, TfS 1991, 330, viser, at frihedsstraffen i 47 tilfælde blev gjort betinget

Kender skatteyderen den pågældende straffebestemmelse, men er ubekendt med eller har misforstået de underliggende materielle regler, hvilket i eksemplet førte til, at skatteansættelsen blev for lav, er der tale om *uegentlig retsvildfarelse*.

I sådanne tilfælde er det ikke et spørgsmål om at anvende straffelovens nedsættelses- eller bortfaldsregel. Den strafferetlige effekt af en uegentlige retsvildfarelse er, at vildfarelsen udelukker forsæt til lovovertrædelsen. Der kan derfor højst blive tale om ansvar for grov uagtsomhed.

I praksis kan det undertiden være vanskeligt at afgøre, om der formelt set er tale om egentlig eller uegentlig retsvildfarelse. De foreliggende retsafgørelser synes da også i højere grad at foretage en helhedsbedømmelse af handlemåden og de nærmere omstændigheder omkring denne, således at handlemåden ses i et bredere perspektiv.

En sådan helhedsvurdering synes velbegundet, idet "undskyldelighedskriteriet" ikke blot indgår ved bedømmelsen af den egentlige retsvildfarelse, men også i den uegentlige retsvildfarelses sondring mellem simpel og grov uagtsomhed.

Uanset om retsvildfarelsen er af den ene eller den anden karakter, bærer skatteyderen bevisbyrden for den undskyldelige uvidenhed om strafbarheden henholdsvis det manglende subjektive moment ved realiseringen af lovbruddet. Ved vurderingen af skatteyderens forklaringer har der efterhånden dannet sig nogle bevismønstre, som supplerer den individuelle bevisbedømmelse.

Det er således vanskeligere at påstå ukendskab til retsregler, som forudsættes bekendt af stort set alle skatteydere, end til kompliceret lovgivning, hvis rækkevidde står uklart selv for skatteretseksperten.

Det betyder dog ikke, at det er diskulperende at holde sig uvidende om komplicerede skatteforhold. Skatteyderen må selv i fornødent omfang søge professionel bistand til at afklare retstilstanden, og navnlig hvis han befinder sig på skattetænkningens overdrev, viser praksis, at der ikke er nogen lydhørhed over for hans påståede uvidenhed.

Har skatteyderen søgt bistand hos kompetente skatterådgivere eller myndigheder, vil han ofte kunne udelukke både forsæt og uagtsomhed under forudsætning af, at han ikke har haft særlig grund til at betvivle rådgivningens lødighed.⁷⁾ I denne sammenhæng spiller skatteyderens uddannelse og

⁷⁾ På afgiftsområdet er der adskillige eksempler på ufuldstændig eller helt manglende administrativ vejledning om vanskelige tekniske og juridiske spørgsmål, jf. Kjeld Hemmingsen m.fl. "Grønne afgifter", side 67-68 om mangelfuld vejledning på energiafgiftsområdet, og de frifindende domme TfS 1995, 719 V og TfS 1998, 710 V om eksportmomsreglerne

almindelige kendskab til regnskabmæssige og juridiske forhold en væsentlig rolle.

2. Medvirken til skattesvig

Spørgsmålet om skatterådgiveres, ansattes og andres bistand kan have en anden dimension end den netop nævnte, idet de pågældende efter omstændighederne kan medvirke aktivt til hovedmandens skatteunddragelse.

Efter straffelovens §§ 23 og 24 straffes den medvirkende efter samme regler som hovedmanden, men med mulighed for, at straffen kan nedsættes eller bortfalde.

Strafnedsættelse for trediemands medvirken kan begrundes med, at der ikke er det umiddelbare incitament til lovovertrædelsen, som straffebestemmelserne mod hovedmanden skal modvirke, selvom der er navnlig for familiemedlemmers, men også for ansattes og professionelle rådgiveres vedkommende ofte vil være personlige eller økonomiske interesser på spil.

I TfS 1998, 187 V havde den daglige bestyrer af og regnskabsfører for en restaurant efter aftale med ejeren nedskrevet omsætningen i restauranten.

Bestyreren havde tidligere været gift med ejeren, men havde på tidspunktet for uregelmæssighederne ikke noget økonomisk fællesskab med ham bortset fra fælles husholdning. Hun forklarede, at der ikke var udeholdt beløb i omsætningen, idet de øl og Gammel Dansk, der ikke var medregnet i omsætningen, var givet til ansatte og musikere og som kortspilpræmier. Disse genstande blev i den daglige opgørelse angivet som salg, selvom pengene ikke indgik i kassen. Efter aftale med ejeren blev omsætningen derfor nedskrevet med 10 pct., og hun har ikke foretaget sig andet. Hun har ikke været med til at foretage indberetninger til toldvæsenet eller til udarbejdelse af ejerens selvangivelse, og hun, som var på fast løn, havde ikke haft nogen økonomisk fordel af nedskrivningerne.

Ved byretten var bestyreren efter SKL § 13, stk. 1, og momsloven straffet for forsætlig medvirken til skatte- og momsunddragelse med en betinget hæftestraf på 20 dage og en tillægsbøde på 150.000 kr.

Landsretten frifandt bestyreren for medvirken til skatte- og afgiftsunddragelse, idet retten lagde vægt på, at domfældelse for medvirken som udgangspunkt forudsætter, at den pågældende har bistået umiddelbart ved indgivelser af det urigtige afgiftstilsvar eller urigtige oplysninger til skattevæsenet. Hun har efter anvisning af ejeren foretaget de beskrevne nedskrivninger og overgivet oplysningerne om den beregnede omsætning til revisoren, hvilket efter rettens opfattelse ikke er grundlag for at statuere forsæt til medvirken til skatte- og momsunddragelse.

Har trediemands medvirken med andre ord været af mere indirekte karakter, hvilket også kan være tilfældet ved deltagelse i forretningsmæssige transaktioner af tvivlsom karakter, er dette ikke hidtil blevet betragtet som medvirken til medkontrahentens skattesvig. Problemstillingen kan bl.a. foreligge i skattetømmersager og i forhold vedrørende sort arbejde.

Denne snævre opfattelse af medvirkensbegrebet støttes især på UfR 1989 s. 128 H, som med henvisning til lovforarbejderne til SKL § 13, stk. 1 fastslår, at der som udgangspunkt skal være tale om *umiddelbar* bistand f.eks. ved udarbejdelsen af en urigtig selvangivelse. Højesteret tilføjer dog, at en konkret vurdering med hjemmel i straffelovens § 23 kan føre til et andet resultat.

Som følge af et politisk ønske om at udvide medvirkensansvaret til bistand af mere indirekte karakter er det nu med virkning fra den 1. juli 1999 i SKL § 13, stk. 1 som 2. punktum tilføjet, at medvirken straffes på samme måde som hovedforbrydelsen, og der henviser herved udtrykkelig til straffelovens § 23. Med denne henvisning har man ønsket helt klart at tilkendegive, at straffelovens brede ordvalg "... alle, der ved tilskyndelse, råd eller dåd har medvirket til gerningen" må indebære, at domstolenes forsigtighed med at statuere medvirkensansvar opgives. Også medvirken af mere indirekte karakter kan således nu inddrages under strafbarhedsområdet i SKL § 13, stk. 1, og det gælder både forsætlig og groft uagtsom medvirken.

For at understrege denne præcisering er det samtidig i en ny SKL § 13 B bestemt, at virksomheders udstedelse af fakturaer med urigtigt indhold eller anden urigtig dokumentation, som er egnet til – men som ikke behøver være anvendt til – at danne grundlag for opgørelse af skattepligtig indkomst, er strafbar. Begås handlingen forsætligt, er straffen bøde, hæfte eller fængsel indtil 2 år. Ved grov uagtsomhed er straffen bøde.

For at begrænse aftagernes medvirken til sort arbejde bestemmes det desuden i en ny SKL § 13 C, at virksomheder, der aftager varer eller tjensteydelser på sådanne fordelagtige vilkår, at de indser, at leverandøren eller yderen ikke vil opfylde sin selvangivelsespligt eller sin pligt til skatteafregning, straffes med bøde hæfte eller fængsel indtil 2 år. Begås handlingen af grov uagtsomhed, er straffen bøde.

Om private skatteydere undtagelsesvis vil kunne straffes for aftagelse af sorte varer eller ydelser, beror på, om de objektive og subjektive betingelser for at anvende den almindelige medvirkensregel i SKL § 13, jf. straffelovens § 23, er opfyldt.

3. Uagtsom skatteunddragelse

Hovedvægten er i det foregående lagt på den forsætlige skatteunddragelse og de støttekriterier, der tages i anvendelse for at påvise eller afvise forsætlig adfærd.

Foreligger der ikke forsæt til skatteunddragelse, afhænger det af de nærmere omstændigheder, om en skatteyder, der har overskredet grænsen til de

hændelige og undskyldelige fejltagelser, kan siges at have handlet groft eller kun simpelt uagtsomt.

I grænsetilfælde er denne sontring lige så vanskelig som sontringen mellem den forsætlige og den groft uagtsomme skatteunddragelse, men er som nævnt af helt afgørende betydning for straffespørgsmålet. Ved grov uagtsomhed sanktioneres skatteunddragelsen, omend kun med bødestraf. Ved simpel uagtsomhed er handlemåden – selvom skatteyderen ikke har handlet som det ved almindelig agtpågivenhed kunne forventes af ham under de foreliggende omstændigheder – straffri.

Grænsedragningen må nødvendigvis foretages under hensyn til skiftende tiders behov for strafforfølgning af medborgere, som optræder på et komplekst retsområde med utallige muligheder for sjuskefejl og forglemmelser.

I TfS 1999, 368 V havde en skatteyder foretaget et rentefradrag på 51.779 kr. to gange, dels under posten rentefradrag, dels som et fradrag i det med selvangivelsen indsendte virksomhedsregnskab, som i øvrigt var udfærdiget korrekt af skatteyderens ægtefælle. Retten fandt, at skatteyderen nok havde udvist uagtsomhed ved ikke at kontrollere den indgivne selvangivelse, men ikke grov uagtsomhed, idet retten måtte anse fejlen som en ren indførselsfejl ved starten af ny virksomhed.

4. Konklusion

Skattestrafferetten præsenterer sig som en del af den almindelige strafferet, og lovgrundlaget giver ikke grund til at antage, at området skulle være af særegen natur.

Særlig grove lovovertrædelser omfattes af straffeloven, og speciallovgivningen anvender sædvanlige afgrænsningsprincipper med traditionelle sontringer mellem forsæt og uagtsomhed, med sontringer mellem aktiv og passiv kriminalitet og med strafferammer afpasset til forholdenes karakter og grovhed.

Retsanvendelsen står imidlertid i et vist misforhold til det formelle apparatur, idet strafferammerne for det første slet ikke udnyttes. Straffen for selv den allergroveste skattesvig overstiger kun i et enkelt tilfælde skattekontrollovens maksimumgrænse, hvilket viser, at straffelovens § 289 har haft mere psykologisk og politisk end praktisk betydning.

Ved at knytte både kvalificeringen af de enkelte lovovertrædelser og strafudmålingen så tæt til skatteunddragelserne størrelse får anvendelsen af straffelovens § 289 dernæst den negative effekt, at det tilsløres, at der i mange af de til skattekontrolloven henførte tilfælde er udvist en – bortset fra beløbstørrelsen – lige så belastende kriminel adfærd som i forhold pådømt efter straffeloven (gentagne overtrædelser, brug af falske dokumenter etc.).

Den udstrakte anvendelse af betingede frihedsstraffe er måske heller ikke et ubetinget gode i betragtning af, at den forsætlige skattesvig er af særdeles håndfast økonomisk karakter. I et miljø af skattetænkende unddragere er idømmelsen af tillægsgbøder, der er mindre end de korresponderende normalbøder, næppe så afskrækkende, at bøderne kan erstatte en ubetinget fængselsstraf. Endelig kan det nævnes, at det med rette er blevet kritiseret, at der først nu tages skridt til også at straffe medvirken i tilfælde, hvor bistanden har været af mere indirekte karakter såsom professionel rådgivning eller deltagelse i indbyrdes forretningsaktiviteter. Det er også først nu, at aftageren af sort arbejde eller sorte varer risikerer medvirkensansvar, selvom det altid må have været indlysende, at visse priser kun kan forklares med modpartens ulyst til at selvangive indkomsten. Kun tiden kan vise, om skeptikere har ret i, at disse sidste tiltag næppe får større praktisk betydning end straffelovens løftede pegefinger.

Om risikoforøgelse ved privatkaution for banklån

af
Peter Møgelvang-Hansen

Det er et centralt element i et kautionssløfte, at kautionisten i forhold til banken overtager (en del af) den økonomiske risiko for hovedpersonens opfyldelse af hovedfordringen. Det kan på denne baggrund hævdes nærmest at følge af kautionsinstituttets idé, at det er kautionisten (og ikke banken), det bør gå ud over, hvis efterfølgende forhold bevirker, at risikoen for, at kautionisten lider tab bliver større, end den var, da kautionen blev stiftet. Selv om det på aftaletidspunktet stod klart for alle involverede, at kautionisten ikke ville have påtaget sig kautionen, dersom havde ligget på det rene, at han ville lide et tab derved, er kautionisten som udgangspunkt bundet af kautionssløftet. Dette hænger ganske enkelt sammen med, at kautionisten i forhold til banken ved kautionssløftet har påtaget sig en økonomisk risiko, som ellers var bankens, på samme måde som et forsikringsselskab ved indgåelsen af forsikringsaftale overtager sikredes økonomiske risiko som nærmere beskrevet i parternes aftale..¹⁾ Ligeså klart er imidlertid også, at risikoforøgelse, som skyldes bankens forsømmelighed eller culpøse adfærd i øvrigt, normalt ikke bør gå ud over kautionisten, men banken. Jf. i det hele U 1991.156 H, som statuerede, at det var kautionistens risiko, at supplerende sikkerhed i et ejerpantebrev var bortfaldet på en tvangsauktion, idet bortfaldet ikke skyldtes bankens forsømmelighed.

Anvendelsen af disse i og for sig enkle sætninger kompliceres af, at det ikke ved alle typer af risikoforøgelse er givet, hvornår bankens adfærd kan betegnes som "forsømmelighed". Den tvivl, som kan gøre sig gældende i så henseende, synes at hænge sammen med det forhold, at dansk rets regler om kaution i altovervejende grad er ulovbestemte, og at de nærmere retningslinjer, der i

¹⁾ Se herved U 1998.566 H, hvor kautionisten (der handlede erhvervsmæssigt) i forholdet til banken havde accepteret at overtage risikoen ikke alene for den fremtidige udvikling (bristende forudsætning), men også for værdien af effekter, der befandt sig på havets bund (urigtig forudsætning).

tidens løb har fæstnet sig i teori og praksis, i vid udstrækning bygger på ældre retspraksis vedrørende navnlig kaution i kommercielle forhold. Som på så mange andre områder inden for bankjuraen synes retsudviklingen på kautionsområdet i forholdsvis lang tid at have været nærmest immun over for de forbrugerbeskyttelsessynspunkter, som inden for andre sektorer har præget retsudviklingen ikke alene vedrørende de lovregulerede kontrakttyper, men også på de ulovbestemte områder. Selv om oprettelsen af Pengeinstitutankenævnet (etableret 1988) har ført til ændrede forhold i så henseende, i form af øget hensyntagen til forbrugerbeskyttelsessynspunkter ved anvendelsen af de ulovbestemte principper, har udgangspunktet, også for Pengeinstitutankenævnets retsanvendelse, selvsagt været de indarbejdede, i ældre teori og retspraksis funderede, retningslinjer, som i temmelig høj grad indebærer, at de nærmere forhold i det enkelte tilfælde bliver afgørende.

Endvidere er det en komplicerende faktor, at det kan give anledning til tvivl at fastslå, hvad der i det enkelte tilfælde er den retlige konsekvens af sådan "forsømmelighed". I så henseende synes navnlig ældre teori at have været mest tilbøjelig til at anskue forholdet ud fra aftaleretlige synspunkter, således at den retlige konsekvens, når risikoen for de ændrede forhold var bankens, blev helt eller delvis tilsidesættelse af kautionsløftet baseret på synspunktet bristende forudsætninger og/eller et prorataprintip om, at kautionisten ikke var bundet i videre omfang, end han/hun måtte antages at ville have forpligtet sig, hvis de ændrede forhold havde været kendt på aftaletidspunktet (dvs. uden hensyntagen til de ændrede forholds konkrete betydning for omfanget af kautionistens tab). Retspraksis synes derimod at have bevæget sig i retning af anvendelse af erstatningsretlige synspunkter ved retsfølgens fastsættelse, for så vidt som der lægges afgørende vægt på "forsømmelsens" konkrete betydning for kautionistens økonomiske stilling (dvs. konkret tabsudmåling ud fra en kausalitetsregel).

Udviklingen i de øvrige nordiske lande synes i det store hele at have været parallel med den, der efter det anførte kendetegner Danmark: I mangel af præciserende lovregler afhænger retsstillingen af almindelige, fællesnordiske principper, som generelt set både med hensyn til betingelserne for deres anvendelse og (navnlig) følgerne af deres tilsidesættelse i høj grad afhænger af forholdene i det enkelte tilfælde.

Jf. herved den svenske Högsta Domstolens sammenfatning af retsstillingen i NJA 1994.381:

»Vid ingående av borgensförbindelse för en skuld uppkommer det mellan borgensmannen och borgenären ett kontraktsförhållande, som innefattar ömsesidiga förpliktelser. HD har vid några tillfällen under senare år prövat frågan hur försummelser från borgenärens sida återverkar på borgensmannens skyldighet att infria borgensförbindelsen. Borgenären har därvid ansetts ha en skyldighet att se till

att borgensmannens regressrätt gentemot gäldenären inte går förlorad. Det har ansetts vara av särskild betydelse att borgensmannen underrättas om förhållanden av vikt för regressrättens utövande, när det inte kan förutsättas att han själv hållar sig informerad härom. I fall då en borgenär underlåter att göra vad som rimligen kan krävas för att borgensmannens rätt skall tillvaratas kan denne bli fri från sitt betalningsansvar mot borgenären i den mån försummelsen orsakat borgensmannen skada i fråga om regressrätten. Vad som därvid närmare bör krävas av en borgenär beror av omständigheterna i det enskilda fallet (NJA 1992 s 551 och 1993 s 163).«

I Finland og Norge er dog inden for de senere år (henholdsvis 1994 og 1999) gennemført lovregler af betydning for spørgsmålet. Disse lovregler, som er udformet specielt med henblik på forbrugerbeskyttelse, sætter (nogle af svaghederne) ved de aktuelle danske regler i relief, se nærmere nedenfor.

Om anvendelsen af de traditionelle principper og regler²⁾

Bankens forpligtelser over for kautionisten i relation til spørgsmålet om risikoforøgelse kan groft grupperes, som følger:

(1) *Bankens aktive risikoforøgelse:* Som et udslag af den almindelige loyalitetspligt over for kontraktpart har banken en almindelig pligt til at afstå fra selv aktivt at bidrage til at forøge kautionistens risiko gennem f. eks. ydelse af betalingshenstand, frigivelse af anden sikkerhed etc.

Ved at give hovedpersonen henstand med betalingen af ellers forfaldne ydelser bidrager banken aktivt til at øge kautionistens risiko. Mens der tidligere var en tendens til ud fra aftaleretlige synspunkter om forudsætningsvigt at lade henstandsydelsen føre til bortfald af kautionsforpligtelsen,³⁾ er udviklingen i retspraksis gået i retning af, at henstandsydelse (uden samtykke fra kautionisten⁴⁾) alene kan begrunde nedsættelse af kautionistens hæftelse, i det omfang henstanden i det konkrete tilfælde har ført til en forringelse af

²⁾ Se til det følgende *Hans Viggo Godsk Pedersen: "Kautiön"* (5. udg. 1999) s. 59 ff, *Lennart Lyngé Andersen og Erik Werlauff: Kreditretten* (1995) s. 278 ff, *Bernhard Gomard: Obligationsret*. 4. del (1994) s. 26 ff og 65 ff, *Lennart Lyngé Andersen og Peter Møgelvang-Hansen: Bankretlige Emner* (1994) s. 135 ff. alle med yderligere henvisninger. Om svensk ret se *Gösta Walin: Borgen och tredjemanspant* (2. uppl. 1996) s. 122 ff og om norsk ret *Carsten Smith: Kausjonsrett* (3. utg. ved Marianne Olsson og Terese Smith, 1997) s. 129 ff.

³⁾ Se nærmere om udviklingen i Danmark *Hans Viggo Godsk Pedersen: "Kautiön"* (5. udg. 1999) s. 60f med yderligere henvisninger.

⁴⁾ I danske bankers kautionsdokumenter forekommer almindeligvis et fortrykt standardvilkår, hvorefter kautionisten giver sit forhåndssamtykke til henstandsydelse i hovedforholdet. Det synes at være den almindelige opfattelse, at sådant generelt forhåndssamtykke er gyldigt. Strækker den bevilgede henstand sig over 6 måneder, har banken imidlertid oplysningspligt efter bank- og sparekasselovens § 41, som ikke kan fraviges ved aftale.

kautionisten mulighed for regres. Ved henstandsydelse⁵⁾ synes der i afgørelsespraksis at være en generel tendens til at lade bevismæssig tvivl vedrørende forholdets konkrete betydning for regreskravets gennemførelse gå ud over banken.

Det står klart, at banken ikke uden kautionistens samtykke er berettiget til at frigive medkautionister eller supplerende pant, som ifølge kautionsaftalen skulle tjene til sikkerhed for hovedforholdet og dermed begrænse kautionistens risiko. Det samme gælder, hvis den supplerende sikkerhed i øvrigt på grund af bankens culpa (f. eks. manglende sikring af pant i forhold til tredjemand eller anvendelse af sikkerheden til fyldestgørelse af andre krav end det kautionsikrede) ikke kommer kautionisten til gode i det på aftaletidspunktet med rette forudsatte omfang.⁶⁾

Udviklingen synes også her at have bevæget sig i retning af, at det afgørende for kautionspligtens opretholdelse er forholdets konkrete betydning for kautionistens mulighed for at begrænse sit tab - i disse tilfælde via regres mod den frigivne medkautionist eller det frigivne mv. supplerende pant. Ligesom ved henstandsydelse synes eventuel bevistvivl på dette punkt at gå ud over banken. Jf. således svensk Högsta Domstolen i NJA 1991.277 (ND 1991.232) om frigivelse af supplerende pant, som banken hævdede var værdiløst.

(2) *Bankens passive risikoforøgelse*: Banken har i et vist omfang pligt til på eget initiativ loyalt at varetage kautionistens interesser, herunder til i visse tilfælde at give meddelelse til kautionisten, således at denne får mulighed for at reagere og begrænse sit tab, hvis der er særlig indikation for, at kautionen bliver aktuel, hvilket f. eks. kan være tilfældet ved hovedpersonens betalingsmisligholdelse etc., eller når risikoen forøges af andre grunde, f. eks. bortfald af supplerende pant.

De svenske Finansinspektionens allmänna råd angående borgensförbindelse av fysisk person (FFFS 1993:22) punkt 1.4 fastslår som almindelig pligt for banken snarest at underrette kautionisten om »sådana djupgående och varaktiga försämringar av kredittagarns ekonomi, som bedöms medföra risk för att borgensförbindelsen kan komma tas i anspråk«. Pligten gælder dog normalt ikke, hvis kautionisten ved kautionens etablering havde "insyn" i hovedpersonens økonomi. Som modstykke hertil gælder en almindelig civilretlig underrettningspligt, hvis tilsidesættelse fører til nedsættelse af kautionshæftelsen, i det omfang forholdet konkret har forringet regreskravet, jf. nærmere ovenfor med citat af NJA 1994.381. Banken har ikke

⁵⁾ Se under (2) om "faktiske restancer".

⁶⁾ Se f. eks. U 1992.488 V.

underretningligt, hvis den har rimelig grund til at gå ud fra, at kautionisten holdt sig informeret ad anden vej, jf. herved NJA 1993.163 (ND 1994.188), hvor dette blev antaget i et tilfælde, hvor kautionisterne var hovedpersonens søskende og bosatte i samme (mindre) by. Bankens underretningligt udløses principielt straks ved konstateringen af, at der ikke betales til forfaldstid, jf. således NJA 1992.351 (ND 1992.439), hvor underretning fremstod som "særskilt angelåget" under hensyn til, at banken de følgende 2 år intet foretog sig med henblik på at inddrive gælden hos hovedpersonen.

Ved samme dom er fastslået, at tvivl med hensyn til, om kautionistens regresret konkret blev forringet som følge af den manglende underretning, går ud over banken, som i den konkrete sag på grund af manglende oplysninger om hovedpersonens økonomiske forhold mistede ethvert krav mod kautionisten.

Efter svensk ret beror spørgsmålet om bankens underretningspligt på kriterier, som også kan føre til, at der efter omstændighederne statueres en sådan pligt for banken ved anteciperet misligholdelse i hovedforholdet. Jo fjernere forholdet er fra aktuel misligholdelse, des mere ekstraordinære forhold synes at skulle foreligge, for at de kan udløse underretningspligt.

I Danmark indeholdt allerede de første love om tilsyn med banker og sparekasser en beskyttelsespræceptiv regel om bankens underretningligt vedrørende hovedpersonens betalingsmisligholdelse. Reglen er videreført uændret i den senere tilsynslovgivning og findes nu i bank- og sparekasselovens § 41:

»Er der stillet kaution for lån ydet af et pengeinstitut, og udebliver låntager med hovedstol, afdrag eller renter, skal der inden 6 måneder efter de pågældende ydelsers forfaldsdag ved anbefalet brev gives meddelelse til enhver af kautionisterne eller til den eller dem af disse, der er bemyndiget til at modtage meddelelsen på samtlige kautionisters vegne. Undladelse heraf medfører, at pengeinstituttet taber sit krav over for kautionisterne i det omfang, disses regreskrav mod låntageren er blevet forringet ved undladelsen.«

§ 41 fremtræder som en undtagelse fra den traditionelt antagne almindelige regel om, at kreditor ikke har underretningspligt over for kautionister. Bestemmelsen er således et tidligt udtryk for, at der bør stilles strengere krav til bankerne end andre kreditorer. Den er da også funderet i et ønske om »at fremme sunde forretningsprincipper i vore pengeinstitutters administration af

kautionslån, der efter deres natur bør afdrages regelmæssigt inden for det aftalte tidsrum«. ⁷⁾

Bestemmelsen tager umiddelbart kun sigte på kautionssikrede lån, der skal afdrages regelmæssigt efter en fast plan (faste lån). Det er dog i flere afgørelser antaget af Pengeinstitutankenævnet, at den tillige kan anvendes (analogt) på kautionssikrede kassekreditforhold mv., hvor hovedpersonen har ret til at trække op til en vis beløbsgrænse. I sådanne tilfælde har nævnet således statueret, at overtræk, der varer mere end 6 måneder, udløser underretningspligt for banken i overensstemmelse med bank-og sparekasselovens § 41. ⁸⁾

Betingelserne for bankens underretningspligt fremgår klart af § 41, og man skulle tro, at det var en enkel sag for bankerne at tilrettelægge deres forretningsgang således, at underretning blev givet rutinemæssigt og automatisk. Hidtidig praksis ved Pengeinstitutankenævnet viser imidlertid, at bestemmelsen ikke har stor gennemslagskraft i bankernes praksis.

I langt de fleste af de forholdsvis mange sager, hvor Pengeinstitutankenævnet har konstateret, at § 41 er tilsidesat, har nævnet måtte afstå fra en stillingtagen til retsvirkningen heraf, idet det på grund af manglende oplysninger om hovedpersonens økonomiske stilling ikke har været muligt at tage stilling til, om oplysningspligtens tilsidesættelse har forringet kautionistens regresmuligheder. Afgørelse af denne del af sagerne er derfor anset for uegnet til nævnbehandlig. Sagernes udfald på dette punkt må ses i sammenhæng med fordelingen af bevisbyrden vedrørende regresmulighedens forringelse. I dansk rets- og Pengeinstitutankenævnspraksis lægges således til grund, at det (alt andet lige) er kautionisten, der i første omgang må sandsynliggøre, at regresmuligheden er forringet, jf. f. eks. U 1995.77 V. ⁹⁾

I Pengeinstitutankenævnets praksis er det statueret, at den yderligere belastning af hovedpersonens økonomi og dermed den forøgelse af kautionistens risiko, som følger af en udvidelse af hovedpersonens samlede kredit i banken ikke uden særlige holdepunkter herfor udløser

⁷⁾ Jf. *Eken og Hartvig Jacobsen*: Bankloven af 15. april 1930. Håndbog i dansk banklovgivning (1952) s. 261.

⁸⁾ Jf. f. eks. flertalsafgørelsen i Pengeinstitutankenævnets sag 147/1994 om længerevarende overtræk af kassekredit, der var sikret ved beløbsmaksimeret kaution med alskylderklæring, og de enstemmige afgørelser i sagerne 258/1998 og 52/1999

⁹⁾ *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff*: Kreditretten stiller s. 284 forslag om, at bevisbyrden (ligesom efter svensk retspraksis som er omtalt ovenfor) pålægges banken.

underretningspligt¹⁰⁾ endsige bortfald af kautionsforpligtelsen. I dansk nævnspraksis synes der således kun helt undtagelsesvis at kunne blive tale om at statuere underretningspligt i tilfælde af anteciperet misligholdelse i hovedforholdet.

(3) *Bankens svarpligt*: For det tredje har banken formentlig en almindelig pligt til loyalt at besvare kautionistens spørgsmål om udviklingen i hovedforholdet. Det må antages, at banken har pligt til at besvare kautionistens spørgsmål om, hvorvidt hovedforholdet afvikles planmæssigt, jf. således udtrykkeligt punkt 2.1 i den finske Finansinspektionens anvisninger (nr. 5.09) af 11. februar 1992. Der synes ikke at foreligge afgørelser herom. Lige så lidt som bankens almindelige tavshedspligt afskærer den fra at opfylde underretningspligten, jf. svensk NJA 1993.163 (ND 1994.188),¹¹⁾ kan det antages, at den kan begrunde, at banken nægter loyalt at bistå en kautionist, der ønsker at følge med i, hvorledes afviklingen af hovedforholdet forløber. Det er usikkert, hvilke civilretlige konsekvenser - om nogen - der er forbundet med bankens manglende svar.

De forbrugerbeskyttende lovregler i Finland og Norge

I Finland indføjes ved lag 540/1994 enkelte kautionistbeskyttende regler i handelsbalkens kap. 10, §§ 14-15. Disse regler indeholder punktvis ændringer på nogle områder, hvor der fandtes at være et særligt behov for forbedring af kautionistbeskyttelsen. Blandt ændringerne¹²⁾ var en regel, der pålægger bankens at underrette kautionisten om betalingsmisligholdelse i hovedforholdet inden en måned. Strækker misligholdelsen sig over en måned, og har underretning ikke fundet sted, er banken i det hele afskåret fra at kræve rente, forsinkelsesrente eller lignende tidsbunden ydelse af det forsinkede beløb for tiden, indtil der gives underretning.

¹⁰⁾ Jf. f. eks. Pengeinstitutankenævnets sag 147/1994 og sag 52/1999 ("ikke godtgjort, at der var indgået aftale om, at debtors engagement ikke måtte udvides uden samtykke fra klageren. Da kautionen er begrænset til 200.000 kr., blev klagerens forpligtelse ikke forøget som følge af kreditudvidelsen").

¹¹⁾ Högsta Domstolen udtalte: »Det kan anmärkas att reglerna om banksekretess i princip inte torda hindra att bankerna lämnar ut information av det slag som nu har angetts. [yderligere kreditter til hovedpersonen og alvorligere förvärring af dennes økonomi] Åtminstone när gäldenären själv har anvisat borgensman får det normalt förutsättas att gäldenären samtycker till att borgensmannen får sådana uppgifter som har betydelse för borgensåtagandet (se vidare Nial, Banksekretess, 5 uppl s 34 och 72).«

¹²⁾ Ændringerne angik i øvrigt bankens oplysningspligt forud for kautionsforholdets etablering og begrænsning af alskyldklausulers gyldighed

Efter hidtidig norsk ret er det som udgangspunkt kautionisten, der selv må søge oplyst, om hovedfordringen afvikles planmæssigt, idet banken dog antages at have en almindelig varslingspligt, hvis nærmere indhold afhænger af omstændighederne i det enkelte tilfælde, herunder underretningens konkrete betydning for kautionisten. I praksis synes spørgsmålet om bankens underretningspligt at blive afgjort meget konkret.

Med gennemførelsen af lov nr. 46 af 25. juni 1999 om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven) er imidlertid (blandt meget andet¹³⁾) gennemført en gennemgribende revision af kautionsreglerne, som findes i lovens kap. 4 (§§ 57-74). Loven træder i kraft 1. juli 2000.¹⁴⁾

Den del af lovens kapitel 4, som angår de her omtalte spørgsmål vedrørende risikoforøgelse, er sålydende:

§ 63. Varslingsplikt ved mislighold, betalingsutsettelse m.v.

(1) Institusjonen skal varsle kausjonisten skriftlig om mislighold fra låntakerens side senest tre måneder etter at misligholdet inntraff. Varsel til kausjonisten kan likevel unnlates for forbigående mislighold. Som forbigående mislighold regnes mislighold som ikke overstiger to måneder, og som heller ikke sett i sammenheng med tilsvarende tidligere mislighold gir grunn til å frykte for svikt i låntakerens betalingsevne.

(2) Etter at institusjonen har varslet kausjonisten om mislighold, skal institusjonen holde kausjonisten informert om den videre utviklingen i låneforholdet. Dersom kausjonisten har grunn til å tro at låneforholdet er brakt i orden etter et varslet mislighold, gjelder ny varslingsplikt etter første ledd ved mislighold av en senere termin.

(3) Institusjonen plikter uten ugrunnet opphold å varsle kausjonisten skriftlig hver gang det avtales utsettelse med betaling av avdrag eller renter utover tre måneder.

(4) Blir institusjonen kjent med at låntakeren er død, at det er åpnet gjeldsforhandling eller konkurs i låntakerens bo, eller at låntakeren har fremsatt søknad om gjeldsforhandling etter gjeldsordningsloven for namsmannen, skal kausjonisten varsles uten ugrunnet opphold.

§ 64. Opplysningsplikt etter kausjonistens forespørsel

Kausjonisten kan på ethvert tidspunkt kreve at institusjonen opplyser om

- a) hvilket aktuelt beløp kausjonisten hefter for
- b) hvilken rente og hvilke gebyrer som gjelder i låneforholdet

¹³⁾ Lovens kap. 1 (§§ 1-8) inneholder regler om lovens anvendelsesområde og andre almindelig regler, kap 2 (§§ 9-43) regulerer "Innskudd og betalingsoppdrag", kap. 3 (§§ 44-56) "Låneavtaler mv", kap. 5 (§§ 75-84) "Finansmegleroppdrag mv", og kap. 6 (§§ 85-90) "Agent- og rådgivningsoppdrag".

¹⁴⁾ Til grund for loven ligger NOU 1994:19 Finansavtaler og finansoppdrag samt Ot.prp.nr. 41 (1998-99).

c) resultatet av eventuelle undersøkelser som långiveren har foretatt av låntakerens evne til å oppfylle forpliktelsene etter låneavtalen, eller av verdien av de sikkerheter som er stilt for långivers fordring og som skal utnyttes før kaucjonsansvaret.

§ 65. Endring av kaucjonskravet og innsigelser om hovedforholdet

(1) Institusjonen kan ikke forbeholde seg rett til ensidig å endre vilkårene i kaucjonsavtalen til skade for kaucjonisten.

(2) Ved endring av kaucjonsavtalen til kaucjonistens skade gjelder §§ 59 og 61 tilsvarende så langt de passer.¹⁵⁾

(3) Endring av låneavtalen til kaucjonistens skade har ingen virkning for kaucjonisten. Samtykker kaucjonisten i endringen, gjelder annet ledd tilsvarende. Bestemmelsen i leddet her gjelder ikke for økning av rentesats, gebyrer og andre kostnader når institusjonen i forhold til låntakeren har rett til ensidig å foreta endringen, jf. § 49 annet ledd.

(4) Vilkår i en kaucjonsavtale med en forbruker om at kaucjonisten skal være avskåret fra å gjøre gjeldende innsigelser eller motkrav i hovedforholdet, er ugyldig når ikke annet følger av lov.

§ 66. Frigivelse av sikkerhet m.v.

(1) Uten uttrykkelig samtykke fra kaucjonisten har institusjonen ikke rett til å frigi pant eller annen sikkerhet som var stilt eller forutsatt stilt da kaucjonsavtalen ble inngått. Dette gjelder ikke når det stilles annen sikkerhet som er minst like god for kaucjonisten som den sikkerheten som frigis, eller frigivelsen ikke har betydning eller bare har meget begrenset betydning for kaucjonistens stilling. Samtykke etter første punktum kan bare gis i tilknytning til en nær forestående frigivelse av en bestemt angitt sikkerhet.

(2) Hvis pant eller annen sikkerhet frigis i strid med bestemmelsene i første ledd, er kaucjonisten ikke lenger bundet av kaucjonsavtalen.

(3) Bestemmelsen i første og annet ledd gjelder tilsvarende dersom pant eller annen sikkerhet ikke blir stilt i samsvar med det som var forutsatt da avtalen ble inngått. I kaucjonsavtalen kan institusjonen likevel ta særskilt og uttrykkelig forbehold om at en bestemt sikkerhet ikke blir stilt som forutsatt ved kaucjonsavtalens inngåelse.

§ 67. Reduksjon og bortfall av kaucjonsansvar

(1) Ved låntakerens betaling av renter, avdrag eller andre forpliktelser til långiveren reduseres kaucjonsansvaret i det omfang kaucjonen omfatter slike forpliktelser.

(2) Kaucjonsansvaret reduseres dessuten, uten hensyn til låntakerens betaling, som om lånet var blitt nedbetalt i samsvar med låneavtalen. Dersom långiveren har gitt betalingsutsettelse, reduseres kaucjonsansvaret når det er gått seks måneder etter opprinnelig betalingsfrist, med mindre kaucjonisten uttrykkelig har samtykket i den utvidelsen av kaucjonsansvaret som utsettelsen innebærer.

¹⁵⁾ §§ 59 og 61 angår bankens opplysningsplikt mv. inden kaucjonsforholdets stiftelse.

(3) Kausjonsansvaret reduseres ikke i den utstrekning långiveren godtgjør at varsel om mislighold er sendt i samsvar med reglene i § 63 første ledd. Er varsel sendt senere enn det som følger av § 63 første ledd, reduseres ansvaret for terminer som forfalt tidligere enn tre måneder før varslet ble sendt.

(4) Ansvarstiden for kausjonen er begrenset til ti år fra kausjonsavtalen ble inngått. For kassakreditt og lignende rammekreditt samt lån uten fastsatt tilbakebetalingstidspunkt, er ansvarstiden begrenset til fem år. Hvis låntakeren før utløpet av ansvarstiden har misligholdt sin betalingsforpliktelse, bortfaller ikke kausjonsansvaret dersom varsel om mislighold er sendt i samsvar med reglene i § 63 første ledd. Begrensningene i leddet her gjelder ikke for pant stilt av tredjeperson (realkausjon).

De nye norske regler medfører en betydeligt mere præcis regulering af parternes retsstilling:

Gives der henstand, stilles kautionisten som om de pågældende beløb var betalt, når henstanden har strakt sig over 6 måneder, og kautionisten ikke i mellemtiden har samtykket i henstandsydelsen, se nærmere § 67, nr. 2, sammenholdt med § 65, nr. 2 og 3. Under alle omstændigheder har banken pligt til at underrette kautionisten, hvis der gives henstand ud over 3 måneder, jf. § 63, nr. 3.

Og efter § 66 er retsvirkningen af bankens frigivelse af supplerende sikkerhed i form af pant normalt, at kautionisten ikke længere er bundet af aftalen.

§ 63 pålægger banken at underrette kautionisten om misligholdelse, senest 3 måneder efter, den indtraf, medmindre misligholdelsen ikke varede længere end 2 måneder, og der ikke i lyset af tidligere forhold var grund til at befrygte svigtende betalingsevne. Manglende overholdelse af underretningspligten medfører bortfald af kautionistens hæftelse for ydelser, der ifølge aftalen i hovedforholdet skulle være betalt, se nærmere § 67, nr. 2-3.

§ 64 opstiller præcise regler om indholdet af bankens svarpligt.

Om ændringsbehovet i Danmark

Spørgsmålet om omfanget og indholdet af bankens loyalitetspligt over for kautionisten under kautionsforholdets forløb samt retsvirkningen af, at banken tilsidesætter sine forpligtelser i så henseende, er som fremhævet ikke underkastet særligt præcise regler efter dansk ret. Hertil kommer, at den civilretlige sanktionering af bl.a. underretningspligten virker ret svag, bl.a. fordi sanktioneringen i det enkelte tilfælde afhænger af en konkret bedømmelse af, om kautionisten har lidt tab som følge af, at han/hun ikke blev underrettet af banken. Afgørende for fastsættelsen af den civilretlige retsvirkning er således, om man - på et tidspunkt, da det har vist sig, at hovedpersonen ikke er betalingsdygtig - kan fastslå, hvorvidt hovedpersonens

økonomi på et givet tidligere tidspunkt var af en sådan beskaffenhed, at kautionistens regresmulighed havde været bedre, om banken havde handlet anderledes (f. eks. havde undladt at give hovedpersonen henstand eller havde underrettet kautionisten om misligholdelse i hovedforholdet). En stillingtagen hertil forudsætter tilvejebringelse af forholdsvis udførlige oplysninger om hovedpersonens betalingsevne og øvrige økonomiske forhold samt deres udvikling over tid. Det siger næsten sig selv, at sager, hvor bevistemaet er sådanne oplysninger vedrørende en tredjemand, hvis økonomi typisk er brudt sammen, forholdsvis hyppigt må afgøres på et ufuldstændigt og tvivlsomt faktaunderlag. Bevisbyrdefordelingen mellem parterne får derfor forholdsvis stor betydning i praksis. Uanset hvorledes den bevismæssige risiko fordeles mellem parterne, synes den vel nærmest uundgåelige, ret høje grad af bevismæssig tvivl i almindelighed at være egnet til at vanskeliggøre, at banken og kautionisterne når frem til mindelige løsninger.

I hvert fald med hensyn til de praktisk vigtigste former for risikoforøgelse, dvs. bankens henstandsydelse og hovedpersonens misligholdelse, synes der at være behov for helt anderledes klare og let praktikable regler, som kan træde i stedet for (eller supplere) de vage principper.¹⁶⁾

Af Rådgivningsudvalgets betænkning (1362/1998) s. 155 ff fremgår da også, at det havde været den overvejende opfattelse i et underudvalg, at banken bør have pligt til at give underretning inden 3 måneder efter misligholdelse, og at manglende underretning bør medføre, at kautionshæftelsen bortfalder, i det omfang banken ikke kan bevise, at forsømmelsen ikke har påført kautionisten tab, dvs. en regel der følger princippet i bank- og sparekasselovens § 41, men forkorter fristen og pålægger banken bevisbyrden med hensyn underretningens effekt på kautionistens regresmulighed. Rådgivningsudvalget arbejdede imidlertid ikke videre med spørgsmålet, idet det faldt uden for kommissoriet.

Selv om der kan argumenteres for, at kautionisten bør underrettes om enhver uregelmæssighed i afviklingen af hovedforholdet, ville et krav herom være at skyde gråspurve med kanoner. Varslingspligten bør således først indtræde efter en vis tid, idet det afgørende bør være, at der er gået så lang tid, at det i almindelighed kan lægges til grund, at uregelmæssigheden i afviklingen ikke blot er et rent forbigående problem, men et symptom på alvorlige økonomiske problemer.

Når det drejer sig om lån med faste, jævnlige tilbagevendende ydelser, der normalt forfalder til betaling en gang om måneden, synes misligholdelse i mere end en måned at burde udløse bankens varslingspligt. Er der stadig en restance

¹⁶⁾ I sin "anmeldelse" i U 1999 B.290 ff af Rådgivningsudvalgets betænkning (1362/1998) finder *Lennart Lyngé Andersen* behovet for en regulering af kautionsområdet meget påtrængende. Se også *Erik Werlauff: Bank og kunde* (1997) s. 76 ff.

efter 2 betalingsterminer tyder forholdene på, at hovedpersonen har et ikke ganske kortvarigt betalingsproblem. Da de fleste private kautioner formentlig stadig stilles for lån med fast tilbagebetalingsplan, og da det må anses for vigtigt at opstille en præcis regel, synes der at være grund til at operere med en generel regel, hvorefter banken skal underrette kautionisten om enhver misligholdelse og anden uregelmæssighed i afviklingen af hovedforholdet, når forholdet strækker sig over en måned. Dette ligger på linje med, hvad der er fastsat i kap. 10 i den finske handelsbalken § 14, stk. 3, men det er naturligvis en skønssag om, man skal vælge denne løsning eller den almindelige 3 måneders regel, der fastsat i den nye norske lovs § 63, nr. 1.

Erfaringerne fra det praktiske liv tyder på, at bankerne har svært ved at tage varslingspligten helt alvorlig, selv hvor den udløses af præcise regler. I lyset af de hidtidige danske erfaringer kan det ikke anses for tilstrækkeligt at fastsætte sammen civilretlige følge, som er fastsat i den nævnte finske lovbestemmelse (tab af rente mv. af det pågældende beløb). Af de grunde, som er anført ovenfor opfordrer erfaringerne med bank- og sparekasselovens § 41 ej heller til en videreførelse af en regel, der lader retsfølgen afhænge af en konkret bedømmelsen af, hvorvidt bankens forsømmelse har påført kautionisten tab. Ønskes en effektivt virkende og let administrerbar regel bør varslingspligten, ligesom efter den nye norske lov, sanktioneres således, at kautionistens hæftelse for det pågældende beløb ganske enkelt bortfalder. Vælges denne løsning, er der muligvis ikke behov for, at operere med forskellige regler om henholdsvis henstand og faktisk restance, som bygger på en sondring, der kan være svært at gennemføre i praksis.¹⁷⁾

-- § --

¹⁷⁾ Jf. herved *Michael Camphausen* i *Justitia* 4/1995