

Juridisk Institut

Julebog 2000



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2000

Juridisk Institut – Julebog 2000

1. udgave, 1. oplag

© 2000 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 2000

ISBN 87-574-0566-2

ISSN-1397-6494

Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Gothersgade 133

Box 2126

1015 København K

Tlf.: 33 95 97 00

Fax: 33 95 99 97

e-mail: fl@djoef.dk

Homepage: www.djoef.dk/forlag

Forord

Juridisk Institut ved Handelshøjskolen i København fortsætter hermed traditionen med at udsende en Julebog som en jule- og nytårshilsen.

Julebog 2000 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 unge forskere, der bidrager til at øge mangesidigheden i instituttets forskningsprofil.

København, oktober 2000

Ruth Nielsen
institutleder

Indholdsfortegnelse

Om at smække kassen i - hovedmandens død og aftalelovens § 21, stk. 1, af professor, lic.jur. Lennart Lynge Andersen	9
The worries of a comparatist, af professor, dr.jur. Ole Lando	21
Informationsteknologi og konkurrence: Microsoft-sagen, af lektor, ph.d. Thomas Riis	33
Trade vs. Environment, Trade vs. Labor or Why the 1999 WTO Ministerial Got Hijacked in Seattle, af adjunkt, ph.d. Lynn Roseberry	59
Anvendelse af den komparative retsøkonomiske metode et skatteretlig eksempel, af forskningsadjunkt, cand.merc.(jur.) Christina D. Tvarnø	81
Cirkus - En rejsende kulturel virksomhed set i markedsretlig belysning, af docent Elisabeth Thuesen	101
Den virtuelle forhandler "Nye" internationale privatretlige problemstillinger, af kandidatstipendiat, cand.merc.(jur.) Kim Østergaard	123
Betydningen af udtalelser fra den danske patentmyndighed i retssager vedrørende patenters beskyttelsesomfang, af forskningsadjunkt, cand.jur. Bjørn Ryberg	151
Intet over, intet ved siden af konkurrenceloven? af adjunkt, ph.d. Ulla B. Neergaard	159

Forbrugerret og Erhvervsret. To sider af samme sag, af professor Peter Møgelvang-Hansen	207
Den interne revision i finansielle virksomheder og koncerner. Opgaver og ansvar, af professor, dr.jur. Bernhard Gomard	219
Overenskomstbeskyttelse af personselskaber ved forskellig subjekt kvalifikation, af professor, dr.jur. Niels Winther-sørensen	233
Kreta eller Hobro, af professor Kjeld Hemmingsen.	249
Forskelligt fodslag i en europæisk union? af professor, dr.jur. Jens Fejø	259
Persondata og arbejdsgiverens ledelsesret, af professor, dr.jur. Ruth Nielsen.	275
Perspektiver for den videre udvikling af EU-selskabsretten, af lektor, lic.jur. Søren Friis Hansen	299

Om at smække kassen i - hovedmandens død og aftalelovens § 21, stk. 1,

af
Lennart Lynge Andersen

Når en kontohaver dør, smækker pengeinstituttet kassen i - spærre kontoen - indtil der foreligger en skifteretsattest. Dette gælder også i tilfælde, hvor eksempelvis ægtefæller har fælleskonto. Fuldmagter anses for bortfaldet.

I artiklen, der omtaler en nykendelse fra Pengeinstitutankenævnet, gennemgås denne praksis kritisk. Det påpeges, at hverken pengeinstitutterne eller Pengeinstitutankenævnet tilsyneladende sonderer mellem, om der foreligger en fælleskonto eller ej. Det foreslås, at der søges tilvejebragt et klarere retsgrundlag for pengeinstitutternes håndtering af disse situationer.

1. Temaet

Det har i mange år været et problem, hvorledes der bør/skal forholdes med hensyn til en fuldmagt, når hovedmanden afgår ved døden. Der er som bekendt to hovedløsninger på dette spørgsmål, hvortil kommer nogle mellemløsninger. Aftalelovens § 21, stk. 1, indeholder en (klar) hovedregel om, at fuldmagten fortsat er gældende, men dels kan »særlige omstændigheder« efter bestemmelsen føre til det modsatte resultat, dels respekteres hovedreglen ikke af nogle af de vigtigste aktører, pengeinstitutterne, der i sagens forstand hyppigt kommer på banen som kontoførende.

Der findes mig bekendt ingen "autoritativ" udtalelse fra branchen om, hvad der er standpunktet, men bankpraksis er der ingen tvivl om. Det er pengeinstitutternes standpunkt, *enten* at omsorgspligten efter dødsboskiftelovens § 8 fører til, at man må spærre kontoen, *eller* at der altid i sådanne sager foreligger særlige omstændigheder som forudsat i aftalelovens § 21, stk. 1, at det fører til samme resultat.

Af hensyn til bedømmelsen af de problemer, der drøftes i det følgende, er det vigtigt at fremhæve, at pengeinstitutternes spæringspraksis også omfatter den situation, hvor to (eller flere) personer har en konto sammen, en såkaldt fælleskonto. Sådanne indretninger fungerer på den måde, at begge parter har adgang til at disponere over kontoen, medmindre der er truffet anden aftale,

der er meddelt pengeinstitutttet. En fuldmagt er ikke nødvendig i den situation - det ligger i arrangementet - men som det ses nedenfor, bliver det undertiden kombineret med en fuldmagt.

Hvem der meddeles fuldmagt til (ved en enekonto), kan der i sagens forstand ikke siges noget generelt om; det kan og vil ofte være en ægtefælle eller samboende, men det kan også være en person, som kontohaver har særlig tillid til, navnlig funderet i vedkommendes økonomiske indsigt, familieforhold o. l. Ofte er det fuldmægtigen, der varetager kontohavers økonomiske interesser. For fælleskonti gælder, at det hyppigt er ægtefæller eller samboende, der ønsker dette arrangement. Det er hyppigt kvinden i foretagendet, der ser fordele heri.

En nylig afsagt kendelse i Pengeinstitutankenævnet, der konfirmerer pengeinstitutternes standpunkt, giver anledning til at se nærmere på spørgsmålet. Det gælder eksempelvis, *om* der er hjemmel til denne praksis, *om* den er hensigtsmæssig (og så hensigtsmæssig, at der bør overvejes et sikrere lovmæssigt grundlag for den), samt *om* pengeinstitutternes praksis modsvarer af dels nogle informationspligter, dels nogle handlepligter, hvis manglende overholdelse i givet fald vil kunne sanktioneres.

Jeg omtaler under afsnit 2 de lovsteder, der er relevante, medens afsnit 3 indeholder en gennemgang af den pågældende Pengeinstitutankenævnskendelse af 4. juli 2000 i sag 101/2000. Problematiseringen sker herefter i afsnit 4.

2. Relevante lovbestemmelser

I aftalelovens § 21, stk. 1, 1. pkt., hedder det, at »Dør fuldmagtsgiver, er fuldmagten alligevel gældende, forsåvidt det ikke følger af særlige omstændigheder, at den skal bortfalde.« Resten af § 21, stk. 1, samt bestemmelsens stk. 2 er uden betydning i den sammenhæng, der drøftes her.

I § 8 i lov nr. 383 af 22. maj 1996 om skifte af dødsboer hedder det:

»Indtil beslutning om boets behandlingsmåde er truffet, påhviler det enhver, der er i besiddelse af den afdødes aktiver, at opbevare disse på betryggende måde. Kan opbevaringen ikke ske uden væsentlige ulemper eller omkostninger, fritager skifteretten den pågældende for pligten.

Stk. 2. Enhver, som har kendskab til, at den afdødes aktiver ikke opbevares på betryggende måde, har pligt til straks at give skifteretten meddelelse derom.

Stk. 3. Hvor forholdene gør det nødvendigt, kan skifteretten beslutte, at et bos aktiver helt eller delvis skal registreres eller tages i forvaring. Befinder aktiverne sig i en anden retskreds, kan skifteretten enten selv foretage sådanne forretninger eller begære

bistand dertil af vedkommende skifteret. Skifteretten kan udpege en midlertidig bobestyrer til at foretage de nødvendige skridt, jf. § 12.«

Jeg kommer i afsnit 4 tilbage til forarbejderne til denne bestemmelse, som pengeinstituttet påberåbte sig under sagen.

3. Pengeinstitutankenævnets kendelse af 4. juli 2000

Det er ikke den første sag ved Pengeinstitutankenævnet om spørgsmålet¹⁾, men kendelsen af 4. juli 2000 er illustrativ på alle måder for pengeinstitutternes håndtering, og - vigtigt - den ligger efter gennemførelsen af dødsboskifteloven, hvor man må formodes at have tænkt over spørgsmålet.

Forholdene var følgende: To ægtefæller havde en fælleskonto i et pengeinstitut. Ved hustruens død stod der 1.448 kr.²⁾ på kontoen. Pengeinstituttet oplyste få dage efter, at man havde spærret afdødes konti, og - ifølge sagsfremstillingen - at der først kunne disponeres over fælleskontoen, når pengeinstituttet havde modtaget en skifteretsattest. Manden protesterede og henviste i den forbindelse til, at han og hustruen i 1995 havde meddelt pengeinstituttet, at de havde lavet en gensidig generalfuldmagt bl.a. indeholdende ordene

»til også at kunne hæve og indsætte som enke/enkemand.«³⁾

Af sagen kan man se, at pengeinstituttet svarede følgende, der fortjener at blive gengivet i sin helhed:

»... oplyse, at (banken) i henhold til gældende lovgivning (ny skiftelov er trådt i kraft den 1. januar 1997) er forpligtet (sic) til at spærre konti samt eventuelle kontokort og automatiske betalinger, når vi modtager underretning om en kontohavers død. Dette gælder for såvel afdødes egne konti som for fælleskonti, hvor efterlevende ægtefælle er medkontohaver.

Som allerede meddelt, er det vort ønske at bistå Dem med råd og vejledning i den svære periode efter Deres hustrus død, herunder klarlæggelse af omfanget af de udgifter, som skal afholdes i perioden, indtil der foreligger en skifteretsattest. Det sker for at frigøre nødvendige midler, som De kan disponere over til betaling af nødvendige udgifter.

¹⁾ Således sag 425/1991.

²⁾ Allerede beløbets størrelse burde vel have fået en forsvarlig medarbejder til at tænke.

³⁾ Pengeinstituttet oplyste, at man ikke kunne se at have modtaget ægtefællernes brev.

Så snart vi modtager en skifteretsattest, vil spærringen af kontoen blive ophævet.»

Pengeinstituttets procedure for Pengeinstitutankenævnet var, at 1) det var praksis at spærre kontoen, 2) at pengeinstituttet var ikke bekendt med det indbyrdes ejerforhold mellem flere kontohavere. »For en konto tilhørende ægtefæller vil ejerforholdet først blive afklaret i forbindelse med et skifte«⁴⁾ hed det i brevet til Ankenævnet. Videre påberåbte man sig 4) dødsboskiftelovens § 8, 5) at fuldmagten fra 1995 var i strid med skifte- og arvelovgivningens regler, samt 6) at det antages, at en generalfuldmagt bortfalder ved hovedmandens død.

Pengeinstituttet påberåbte sig også instituttets Almindelige forretningsbetingelser for privatkunder, hvor det bl.a. hedder:

»Etablering af et kundeforhold

..... Når en konto etableres med flere kontohavere, vil alle kontohavere kunne disponere alene på kontoen, hvis andet ikke er udtrykkeligt er aftalt med (banken).

Fuldmagt

Kunden kan skriftligt give andre fuldmagt til at disponere på sine vegne i forhold til (banken). Hvis (banken) har fået meddelelse om en fuldmagt, gælder fuldmagten, indtil (banken) modtager skriftlig meddelelse om, at den skal annulleres. Fuldmagten ophører normalt ved død.»

Der var ikke trøst at hente i Pengeinstitutankenævnet, idet klagen blev afvist, og det skete på følgende måde:

»Efter aftalelovens § 21, stk. 1, bortfalder en fuldmagt ikke ved fuldmagtsgiverens død, medmindre andet følger af særlige omstændigheder. Denne bestemmelse kan ikke anses for fraveget ved dødsboskiftelovens § 8 om pligt for enhver, der er i besiddelse af den afdødes aktiver, til at opbevare disse på betryggende måde.

For så vidt angår indeståender i pengeinstitutter giver bestemmelsen i aftalelovens § 21, stk. 1, anledning til betydelige fortolkningsproblemer, jf. eksempelvis Østre Landsrets dom i Ugeskrift for Retsvæsen 1991 s. 742. Det kan derfor efter Ankenævnets opfattelse ikke kritiseres, at pengeinstituttet vælger i almindelighed at anse en fuldmagt - herunder den fuldmagt, som følger af, at der er tale om en fælles konto - for bortfaldet ved fuldmagtsgiverens død, således som det også er tilkendegivet i indklagedes almindelige forretningsbetingelser for privatkunder, i hvert fald ikke, hvis der samtidig udvises imødekommenhed over for anmodninger om udbetaling til afholdelse af nødvendige og sædvanlige udgifter.

⁴⁾ Tænk, at man har følt behov for at anvende dette "argument".

Selv om indklagede måtte have modtaget fuldmagten af 23. oktober 1995, finder Ankenævnet herefter ikke grundlag for at fastslå, at spærringen af den omhandlede konto var uberettiget.»

4. Problematisering

4.1. I betragtning af den markedsføring, dødsboskifteloven har fået, kunne man få den tanke, at man her havde søgt at løse problemet, eftersom det må antages, at den væsentligste praktiske problemtype (bortset fra spørgsmålet om der foreligger en enekonto eller en fælleskonto) netop er den, som den konkrete sag afspejler.

Skiftelovsudvalget, der afgav *Betænkning nr. 1270 om skifte af dødsboer*, foreslog s. 46, jf. s. 146 f, at der blev gennemført regler om sikring af boets aktiver, og man foreslog som § 8 en tekst, der blev lovens. Udvalgets overvejelser s. 146 f indeholder ikke oplysninger om, at man har overvejet pengeinstitutternes praksis - der som nævnt nedenfor få år inden havde foreligget for Østre Landsret - men udvalget havde følgende fortolkningsbidrag til § 8, stk. 3 (gengivet ovf.):

»Hvilke foranstaltninger, der i det enkelte tilfælde skal foretages for at sikre aktiverne, må afhænge af de nærmere omstændigheder. Afdødes bolig kan forsegles. Foreligger der fare for misbrug af en fuldmagt, kan konti i banker og sparekasser spærres ved henvendelse til de pågældende pengeinstitutter.«⁵⁾

Det er jo et noget andet grundlag end det, pengeinstitutterne påberåber sig, og der kan derfor gives fuld støtte til Pengeinstitutankenævnets indledende præmis, hvorefter det ikke kan antages, at man med dødsboskiftelovens § 8 har ønsket at fravige aftalelovens § 21, stk. 1. Det citerede udsagn fra betænkningen er jo reelt enten (blot) en bekræftelse af indholdet i § 21, stk. 1, 1. pkt., eller en faktisk oplysning om, at dette kan man gøre. Der er blot den markante forskel, at det i givet fald er skifteretten, der meddeler det kontoførende pengeinstitut, at man ønsker kontoen spærret.

I kommentaren til loven har problemet fået en drejning, idet forfatterne ikke omtaler, hvad der er sagt i betænkningen, men i stedet nævner, hvad der er pengeinstitutternes praksis. Det hedder hos *Mogens Kjærgaard Møller, Per Holkmann Olsen, Jytte Scharling & Finn Taksø-Jensen: Dødsboskifteloven* (1998) s. 76 - under overskriften Pengeinstitutter - at pengeinstitutterne foretager daglig opdatering vedrørende tilførsler til det centrale Personregister og herved underrettes om dødsfald. Herefter hedder det, at "Det er almindelig

⁵⁾ Man genfinder disse ord hos *Finn Taksø-Jensen: Skifte af dødsboer* (1998)

praksis, at pengeinstitutterne varetager deres omsorgspligt ved at spærre afdødes konti for udbetaling, når pengeinstituttet bliver bekendt med dødsfaldet." - I betragtning af forfatterens deltagelse i det lovforberedende arbejde forekommer det at være en noget beskeden vejledning om det retlige problem.⁶⁾

4.2. Som det ses af ordlyden af aftalelovens § 21, stk. 1, 1. pkt., er det lovens udgangspunkt, at en fuldmagt opretholdes. Det var ikke på forhånd givet, at det skulle være sådan, idet det var den almindelige opfattelse før aftaleloven (af 1917), at en fuldmagt bortfaldt ved fuldmagtsgiverens død i den situation.⁷⁾ I den kommission, der forberedte aftaleloven, var man mest stemt for en mellemløsning, der bestod i lovens nuværende hovedregel med modifikationer, idet det i *Udkast til Lov om aftaler og andre Retshandler på Formuerettens Omraade med tilhørende bemærkninger* (1914) s. 52 hedder⁸⁾, at

».... Denne Løsning i de Tilfælde, hvor Spørgsmaalet om Indvirkningen af Fuldmagtsgiverens Død paa Fuldmagten faar praktisk Betydning, gennemsnitlig vil stemme bedst saavel med Parternes formodede Vilje som med Boets og Arvingernes Interesse. Boet og Arvingerne ville for de meste være bedst tjente med, at alt indtil videre fortsættes i samme Spor som hidtil, saa en rolig Fortsættelse eller Afvikling af Fuldmagtsgiverens Virksomhed bliver mulig. Et pludseligt Ophør af Fuldmagten kunde let hindre dette og paaføre Boet og Arvingerne Tab. En hel anden Sag er, at det i mange Tilfælde kan være naturligt, at Fuldmagtsgiverens Bo eller Arvinger tilbagekalder Fuldmagten; hertil maa de naturligvis være berettigede.«

4.3. Det er herefter spørgsmålet, hvad der får en jo i øvrigt kyndig banksektor til at lukke kassen i.

Man mærker sig selvsagt, at der er søgt taget højde for problemet i de Almindelige forretningsbetingelser for privatkunder. Nu indtager sådanne dokumenter en lidt omtvistet tilværelse (og har vistnok altid gjort det, bl.a. fordi de er ensidigt udfærdigede), og det er først i nyere tid, at man finder tilløb til balance mellem parterne. De har altid været præget af noget uklar tale, men

⁶⁾ Jørgen Nørgaard og jeg overvejede udsagnet i forbindelse med udarbejdelsen i 1999 af 3. udgave af vor kommentar til aftaleloven, men på grund af udsagnet uklarhed valgte vi at skrive, at omsorgspligten efter § 8 efter vor opfattelse ikke udelukker, at en efterlevende ægtefælle kan disponere over kontoen, *men* at man muligvis kunne finde en anden opfattelse hos forfatterne af dødsboskiftelovskommentaren.

⁷⁾ Smh. Lennart Lynge Andersen og Jørgen Nørgaard: Aftaleloven med kommentarer (3. udg. 1999) s. 117 ff.

⁸⁾ Se hertil Henry Ussing i TfR 1930 s. 16 og *samme*: Aftaler (3. udg. 1950) s. 318 ff.

tendensen - at det var pengeinstituttet, der bestemte - har der sprogligt aldrig været været tvivl om. Dette spørgsmål kan vi lægge til side her, eftersom det efter min bedømmelse må være klart, at der intet dispositivt står om problemets løsning i den gengivne del af forretningsbetingelserne.

Ser man nærmere på teksten, er der intet ejendommeligt i de to første sætninger, idet pengeinstituttet alene meddeler det selvfølgelig, at kunden er berettiget til at give fuldmagt til andre, og at pengeinstituttet skal have meddelelse om tilbagekaldelse af denne. Herefter siger man: »Fuldmagten ophører normalt ved død.«

Det forekommer noget vidtgående, som det sker i Pengeinstitutankenævnets kendelse, overhovedet at tillægge disse ord retlig betydning, eftersom de sprogligt kun fremstår som en gengivelse af aftalelovens § 21, stk. 1, og tilmed i en tilpasset form. Pengeinstituttet vender jo lovens regel om, og der er hverken i loven eller i dennes forarbejder grundlag for, at man har været så sikker på resultatet netop ved dette problem. Pengeinstituttet kan orientere kunderne om alt muligt interessant og det modsatte, men man kan ikke skabe sig en bedre retsstilling på denne måde.

Den konkrete sag er speciel derved, at ægtefællerne havde forsøgt at gardere sig mod pengeinstituttets adfærd ved udtrykkeligt at skrive i fuldmagten, at den også omfattede tiden efter den førstes død. Skrivningen synes ikke at have gjort indtryk på Pengeinstitutankenævnet. Det er noget vanskeligt at se, at ægtefællerne kunne skrive det, man ønskede, tydeligere; læren af sagen er selvsagt, at man nødsages til at træffe konkrete aftaler med pengeinstituttet (hvad dette næppe er særlig indstillet på) med henblik på den fremtidige situation, men det burde ikke være nødvendigt.

Det er min bedømmelse, at selv *hvis man som hovedregel anerkendte pengeinstituttets standpunkt* - der utvivlsomt deles af størstedelen af branchen - er resultatet ikke rigtigt i en situation, hvor to parter (der ikke behøver at være ægtefæller - det illustrerer sammen med beløbets størrelse kun det stødende i den konkrete sags resultat) har tænkt sagen igennem og har bemyndiget den længstlevende til at disponere. Dansk ret indeholder ikke noget grundlag for at afskære, at partsviljen slår igennem i denne situation, smh. *Henry Ussing: Aftaler* (3. udg. 1950) s. 318, hvorefter det må være afgørende, om der foreligger sådanne særlige omstændigheder, at bemyndigelsen må falde bort. Hvis bemyndigelsen vedvarer trods dødsfaldet - som her - er der ifølge *Ussing* »ingen grund til, at fuldmagten skal ophøre.«

Som nævnt påberåbte pengeinstituttet sig endelig, at en generalfuldmagt ⁹⁾ bortfalder ved hovedmandens død. Jeg har på det generelle plan megen sympati for dette standpunkt, men det atter konstateres, at det ikke kan tillægges betydning ved bedømmelsen af den konkrete tvist, hvor hovedmanden udtrykkeligt har ønsket det modsatte.

Der er heller ikke støtte for resultatet i domspraksis. Problemer af denne karakter når i almindelighed ikke frem til domstolene (den efterlevende har andet at tænke på, før eller senere ophører spærringen o. s. v.), og det er måske karakteristisk, at den eneste (trykte) dom fra nyere tid, hvor spørgsmålet har været oppe, var anlagt af boet efter kontohaver mod pengeinstituttet med påstand om, at fuldmægtigen havde overtrådt sin bemyndigelse, og pengeinstituttet burde have indset dette. I *U 1991.742 Ø* havde en søn haft fuldmagt til moderens konto i 16 år. I forbindelse med moderens død rettede han henvendelse til pengeinstituttet, der udtalte, at han kunne »disponere i rimeligt omfang i forbindelse med begravelsen.« Landsretten udtalte, at fuldmagten omfattede »beskedne og rimelige« udgifter på 3.417 kr. til blomster og bespisning af følget efter begravelsen. Jeg vender tilbage til denne sag - hvor man altså ikke tager stilling til rækkevidden af aftalelovens § 21, stk. 1, 1. pkt. - under 4.4.

Trods dette - stærke - udgangspunkt kunne det jo være, at der er fornuft i pengeinstitutternes praksis. Man kan næsten kende miljøet for bare at forstå pengeinstitutternes tankegang. På overfladen er det en tilsyneladende korrekt adfærd, hvor man vil sikre, at alt går pænt og rigtigt til. Bankfolk kan (som skifteretsfolk) fortælle historier om, at konti søges ribbet, før liget er blevet koldt. Man forsøger at legitimere praksis ved - som det hedder i sagsreferatet - at indlede en »dialog med efterlevende for at få klarlagt omfanget af de udgifter, der skal afholdes i perioden, til der foreligger en skifteretsattest.« Det reelle hensyn må dog snarere tolkes som et forsøg på enten at undgå ansvarssager eller et ønske om at holde på midlerne, medens det undersøges, om pengeinstituttet har noget krav mod afdøde. I den konkrete sag dækkes det ind under, at man efter loven er forpligtet til at spærre kontiene.

4.4. Endelig er der spørgsmål, hvad der får et i øvrigt kyndigt Pengeinstitut-ankenævn (med stemmerne 5-0, således at forbrugerrepræsentanterne, der ellers ikke plejer at holde sig tilbage, heller ikke har ment, at der var noget at komme efter) til at acceptere pengeinstituttets standpunkt og dermed sektorens praksis.

⁹⁾ Se om generalfuldmagter ("vedvarende fuldmagter") *Dorthe Buss* i *Juristen* 1997 s. 345 ff og *Svend Danielsen* i *Juristen* 1999 s. 1 ff.

Pengeinstitutankenævnet forholder sig ikke til den konkrete fuldmagts ordlyd, idet man blot afslutter kendelsen med, at selv om (= hvad enten) pengeinstitutttet havde modtaget fuldmagten, var spærringen ikke uberettiget. Også ordene »vælger i almindelighed« mere end antyder, at Ankenævnet ikke har tillagt dette - i sagen væsentlige - moment særlig betydning, idet man kunne have anerkendt pengeinstitutttets generelle standpunkt, men samtidig ladet bemyndigelsen været afgørende.

Kendelsen illustrerer også Ankenævnets ulyst til at sondre mellem fælleskonti og enekonti, jf. ndf. under 4.5.

Herefter søger Ankenævnet grundlaget for sit resultat i to yderligere forhold, hvor af det ene må forekomme noget ujuridisk og irrelevant. Henvisningen til pengeinstitutttets Almindelige forretningsbetingelser for privatkunder har jeg omtalt ovenfor.

For det første udtaler Ankenævnet, at afgørelsen refereret i *U 1991.742 Ø* illustrerer, at indeståender i pengeinstitutter ofte giver anledning til »betydelige fortolkningsproblemer«. Det står der ikke noget om i dommen, og der forekommer ikke efter denne afgørelse at være grundlag for at male fanden på væggen. Det er muligt, at de repræsentanter for pengeinstitutterne, der har deltaget i behandlingen af sagen, under voteringen har udtalt dette, og det kan også tænkes, at man har belyst synspunktet med nogle eksempler. Det kan imidlertid konstateres, at 1991-dommen ikke giver støtte til udsagnet. Det var efter min bedømmelse en sag, der aldrig burde været ført, men det kan der være flere meninger om ¹⁰⁾. Det afgørende ved bedømmelsen af boniteten af Pengeinstitutankenævnets kendelse må være, at dommen intet belyser om den problemstilling, der forelå for Ankenævnet.

For det andet søger Pengeinstitutankenævnet at legitimere resultatet ved at fremhæve, at der ikke er grundlag for kritik »... i hvert fald ikke, hvis der samtidig udvises imødekommenhed over for anmodninger om udbetaling til afholdelse af nødvendige og sædvanlige udgifter.« Dette - ujuridiske - argument burde man have undladt. Der er tale om et retligt spørgsmål - er fuldmagten bortfaldet efter aftalelovens § 21, stk. 1, eller er den det ikke. Spørgsmålet kan besvares bekræftende eller benægtende, men § 21, stk. 1, 's rækkevidde kan ikke antages at være afhængig af, om fuldmægtigen/den efterlevende på anden måde kan få lov til at trække på kontoen. Hverken aftaleloven, dødsboskifteloven eller almindelige retsgrundsætninger indeholder holdepunkter for, at pengeinstitutterne i denne situation kan eller skal påtage sig rollen som den barmhjertige samaritan. Er der optræk til misbrug, må der rettes henvendelse til skifteretten, se også ndf. Der er ingen grund til at støtte

¹⁰⁾ Man noterer sig dog, at byretten vil dømme banken.

pengeinstitutternes selvpåtagede barnepigerolle, hvorefter man »går i dialog«, »bistår med råd og vejledning i den svære periode« eller lignende fraser, der blot slører den reelle problemstilling, og som konkret kan betyde, at efterlevende skal stå med hatten i hånden for at få dækket udgifter til mad o. l. i mange tilfælde af egne midler.

4.5. Jeg har ovenfor behandlet det retlige spørgsmål som et fuldmagtsproblem. Det skyldes navnlig, at dette ofte vil være tilfældet, og som sagen viser, har såvel pengeinstituttet som Pengeinstitutankenævnet behandlet sagen som et fuldmagtsproblem.¹¹⁾

Det mest tankevækkende er på en måde, at den konkrete sag på det principielle plan ikke handler om fuldmagtens rækkevidde, eller om fuldmagtens bortfald ved førstafdødes død. Ved sin handlemåde afskærer pengeinstituttet en kontohaver fra en helt legitim ret til at råde over sine egne midler, og det sker under dække af, at man har en omsorgspligt efter dødsboskiftelovens § 8, og at fuldmagten er bortfaldet. Efter mine erfaringer på området vil et pengeinstitut spærre kontoen i alle tilfælde, d. v. s. hvad enten der som i den konkrete sag står meget beskedne beløb på kontoen, eller kontoen er velpolstret, ligesom man vil spærre kontoen, selv om man ved, at den afdøde ægtefælle ikke bidrog med indbetalinger til kontoen.

På den måde tager pengeinstitutternes praksis sig noget anderledes ud. Det er altså ikke en sag, hvor man kan fortolke på aftalelovens § 21, stk. Pengeinstitutternes synspunkt (=forsvar) må her - som i fuldmagtssituationen - antages at være, at alle i denne situation er potentielle tyve, og at man netop i den førte praksis har et effektivt middel til at forhindre, at der trækkes uretmæssigt på kontoen.

Det er et drastisk skridt, der må kræve en klar og tydelig hjemmel, og jeg har ikke kunnet finde den.

Det er min bedømmelse, at de synspunkter, jeg har gjort rede for, fører til et andet resultat end det, Pengeinstitutankenævnet nåede til. Min analyse har godtgjort, at pengeinstitutternes praksis hviler på et meget tyndt grundlag både ved enekonti og ved fælleskonti, selv om jeg er opmærksom på, at behovet for en hurtig reaktion kan være stærkere ved enekonti, hvor en "fremmed" har fuldmagt til kontoen.

Nu vedrørte kontoen altså ægtefæller, og hvis der stadig måtte være skeptikere, kan der være grund til at henvise til dødsboskiftelovens § 75, stk. 1, hvorefter den efterlevende ægtefælle beholder rådigheden over sin del af

¹¹⁾ Klageren i sagen oplyste, at generalfuldmagten var udfærdiget, efter at ægtefællerne havde læst i en avis, hvilke problemer man kan komme ud for i forhold til sin bank ved den ene ægtefælles død.

fællesejet. Denne bestemmelse er ikke ny, idet den også fandtes i § 58, 1. pkt., i skifteloven af 1874. Bestemmelsen kan være noget vanskelig at praktisere, hvis pengeinstitutterne har lov til bare at spærre kontiene.¹²⁾

4.6. Med det resultat, der foreligger, er der grund til at spørge, om pengeinstitutterne på alle måder har opnået det gunstigste resultat, eller spurgt på en anden måde, om det markante standpunkt, man indtager i sager af denne karakter, modsvares af visse forpligtelser.

Nu har Pengeinstitutankenævnet undladt at udtale kritik af praksis, og hvis man på tankeplanet lægger til grund, at dette er gældende ret, rejser der sig spørgsmål om konsekvenserne.

For det første er det ikke tilstrækkeligt, at pengeinstitutterne gemmer deres retsopfattelse i de Almindelige forretningsbetingelser. Orienteringen må være mere klar og tydelig, og navnlig ved fælleskonti kan der være behov for, at pengeinstituttet meddeler kunderne, at der kan blive problemer, når den første afgår ved døden.

For det andet må pengeinstitutterne reagere, hvis man ikke ønsker at respektere en fuldmagt som den, ægtefællerne havde udfærdiget i sagen.

For det tredje må pengeinstitutterne gøre sig klart, at det ikke nødvendigvis er gratis at gøre sig til barnepige for andre. Ved at lukke for kassen, overtager man ansvaret for, at aftaler, der involverer træk på kontoen, overholdes, hvilket betyder, at pengeinstituttet må påse, at regninger o. l. bliver betalt, medmindre kontohavers død gør det klart, at regningen netop ikke skal betales.

Pengeinstitutterne er ikke retsløse i denne situation; de kan til enhver tid rette henvendelse til skifteretten, hvis man mener, at der er (optræk til) problemer.

5. Konklusion

Jeg håber, at det er fremgået, at jeg mener, at Pengeinstitutankenævnet kunne have anlagt en lidt anden bedømmelse af sagen.

Sagen illustrerer, at der er grund til, at der fra officiel side tages stilling til den førte praksis. Det er muligt, at dette fører til, at man finder tingene tilfredsstillende, men i så fald bør der skabes et klarere retsgrundlag, såvel i fuldmagtsituationen som ved fælleskonti.

¹²⁾ Efter § 75, stk. 2, kan *skifteretten* fratage den efterlevende ægtefælle rådigheden over aktiver, der helt eller delvis er fælleseje, såfremt der er nærliggende risiko for, at den efterlevende ægtefælle på utilbørlig måde vil disponere til skade for boet. Ifølge *Mogens Kjærgaard Møller m. fl.: Dødsboskifteloven* (1998) s. 357 forudsættes bestemmelsen kun anvendt i sjældne, meget grove tilfælde.

THE WORRIES OF A COMPARATIST ¹⁾

af
Ole Lando

In French a *comparatiste* is a person whose task it is to compare. In the legal science it is a lawyer who compares legal systems. In this meaning the word has found its way into the English language, where formerly it was used to describe a specialist in comparative linguistics or literature. In his translations from German of *Zweigert & Kötz*, Introduction to comparative law, *Tony Weir* has used it as designation of a comparative lawyer, and it is probably now well established.

A comparatist is not a carefree person

In the preface to one of the editions of *'Les grands systèmes de droit contemporains'* René David wrote that he had used much time to read and reflect. This, I believe, implied that he had also been *worrying*. He shared that with other comparatists.

I do not think that René David had any reason to doubt the value of his work. Comparative law has always been needed both for academic lawyers and practitioners. As *Samuel Johnson* said, "A generous and elevated mind is distinguished by nothing more certainly than an eminent degree of curiosity, nor is that curiosity ever more agreeable or usefully employed, than in examining the laws and customs of foreign nations" ²⁾

The worries of the comparatist are about what he writes, his selection of topics, his descriptions, his conclusions and his evaluations.

Any legal writer has worries. He asks himself constantly: Is it correct what I write? Is it adequate and relevant? Is it properly systematized? Is it clear to the reader? Will it bore him or her? However, the comparatist who depicts foreign legal systems, mostly several systems, is worse off than his colleague

¹⁾ First published in *Mélange en l'honneur de Denis Tallon. D'ici, d'ailleurs: Harmonisation et dynamique du droit*, Paris 1999.

²⁾ Boswell=s *Life of Johnson* 1(ed. Hill and Powell, Oxford 1934) 89, here cited from the preface to *Zweigert & Kötz*, Introduction to comparative law, 3d. ed. 1998 p. V

who writes about his own law. Although he knows several languages, and, possessing "an eminent degree of curiosity", reads a lot and does not hesitate to ask questions and discuss problems with his colleagues abroad, the comparatist has not been educated in the systems he describes. He has not lived with them all his life. He is an alien. He must realize that he will make mistakes and that the lawyers of the foreign legal systems, (hereinafter the natives) will then come down on him. In their reviews of his books and articles they will not hesitate to point out his mistakes. Most comparatists I know are vain people. Their reputation as scholars and writers is dear to them.

And even *Ernst Rabel* who was reckoned as an outstanding comparatist knew that he was not above reproach. He once wrote that in their explorations on foreign territory comparatists will come upon natives lying in wait with their poisonous arrows ³⁾. It seems as if *Ernst Rabel* himself had felt some arrows. And they were in fact let off. His four volume work, the *Conflict of Laws, A Comparative Study* ⁴⁾, covers a great number of legal systems. I have met natives of more than one country who have told me that, although they considered *Rabel* to be a great writer and lawyer, you should not rely on what he wrote about the conflict of laws of *their* legal system. The words of a French colleague: "*Méfiez vous de Monsieur Rabel!*", still ring in my ears.

The problem of fully understanding a concept

An example may illustrate the troubles and scruples of the comparatist.

In French law a lawful cause is a requirement for the validity of a contract. When a foreign comparatist is to describe *cause* he will find different conceptions in the French literature of what *cause* is. To cover them all will carry him very far, and if he does not wish to write a monography on cause he has to choose. He must try and find the prevailing view.

Cause seems to comprise both the end pursued by assuming a contractual obligation - you promise to pay for getting a car -, and the motive for assuming the obligation, - you wish to use your car in your profession as a doctor. In a report on French law to the "*Principles of European Contract Law*" *Denis Tallon* who was asked to give a - as short as possible - description of *cause* pointed out that *cause* has two aspects: one which is "objective and abstract" and another which is "subjective and concrete". Under the first the *cause* must exist and may not be erroneous. Thus, a promise to pay a debt already paid has a false *cause*. Under the second aspect the *cause* must be legal. Therefore, the

³⁾ *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationale Privatrecht* 16 (1951) 341.

⁴⁾ I-III, 2 ed., Ann Arbor 1958-1964, IV Ann Arbor 1958.

sale of an object intended to be used for committing a crime is void ⁵⁾. Some authors are *anti-causalists* and wish to abolish the concept, but in France they have not carried the day. Although he has difficulties in understanding what the good of *cause* really is the comparatist has to describe it. Whichever description he chooses he may be sure that some French lawyers will criticize it. In the criticism it may be said or hinted that the writer is a foreigner and that only the French lawyers should be permitted to write about French law.

Can you describe a system when you do not know the language of that system?

Most comparatists in Europe know English, French and German, and some know other European languages as well. A few who are specialized in the laws of the Far East can read Chinese or Japanese. Nobody can, as far as I know, read all languages.

What do you do if you wish to describe a system and you cannot read the texts in the original language?

On some laws there is an abundant literature in English, French or German, but on other laws it is somewhat restricted. Not many foreign lawyers can get a detailed knowledge of Greek law. To my knowledge we have not yet got a complete translation in French, English or German of the Portuguese Civil Code.

Some comparatists abstain from writing about legal systems, when they do not read the language of the texts in which they are written. However, they may then miss important perspectives of their comparisons. Therefore, most comparatists will describe the laws and other legal material they cannot read in the original. Every legal system has its atmosphere, and many legal issues in a system can only be accurately understood if you are familiar with that atmosphere and sacrifice much time and effort to make yourself acquainted with the issues with all the nuances needed. Then you must also be able to read the language. It is a handicap not to be able to do so. I see it most clearly when I read authors who have written about the Nordic laws without having read them in the original. Although it is not wrong what they write it is as if a veil had been put over their texts. You do not recognize the spirit of the Nordic laws. However, in most cases they have got the essential things which they need for their comparison, and I believe that they did right in writing about Nordic law.

⁵⁾ See Terré, Simler and Lequette, *Droit civil, Les Obligations* 1993 n° 312 ff and Ghestin, *Traité de droit civil, La Formation du Contrat*, 3 ed 1993 N° 813 ff. An excellent and very objective survey is given by Nicolas, *The French law of contract* 2 ed 1992 118136.

The difficult choice of which legal systems to describe

The choice of the legal systems to describe depends on the purpose of your work. If you consider a reform of your own law you choose those legal systems which offer solutions which may be used in your country and which at the same time may bring about the needed reform. To find and select such systems is sometimes difficult.

You will generally have to include the major legal systems. French law is inevitable. Who does, not admire France, its people and its culture, its writers of fiction, drama and poetry and its scholars? A people which has shown eminence in these respects must also have produced laws which are worth writing about, and it certainly has so in many fields. The Code Napoléon has been the greatest legal export article ever seen. It reflected the spirit of the Enlightenment and the newly gained freedom and equality; its pithy language resembled that of the great writers. It is still the legal foundation of many countries.

The country whose legal system is most thought through is, I believe, Germany. The Germans have made the most cerebral systematisation of private law and the most disciplined conceptual framework. The German literature and published cases bring a richness of material which you do not find elsewhere. Well made bibliographies help the reader to find what he needs. The Germans are often reproached for their abstract ideas and for their doctrinarianism. It has therefore been gratifying to discover how much common sense and social consciousness the German lawyers, and especially the German courts, have shown.

Almost any continental comparatist likes to study and deal with the common law. He is fascinated by English law, by the strength of its history, and the way in which it is developed by the courts. He who has learned to deduce from principles established in statutes has seen how the law can be created from case to case, how the experience gained from a case can become a rule, and how the scope and operation of the rule is tried and refined again and again in the cases. Although English law is bound by traditions it seems to have more vigour and spirit than many Civil law systems. I have never heard anybody in England describe lawyers as being dull and unimaginative.

If your purpose is to contribute to the unification of the private law of the European Union you must take account of the sixteen existing systems⁶⁾. That is in itself a time consuming and difficult task, and some writers, notably the comparatists of the great nations, fall for the temptation to show more attention

⁶⁾ The United Kingdom is considered to furnish two, English and Scottish law.

to the big and influential systems such as the English, French and German than to the laws of the small countries. If, as the present writer, you belong to a small country you often feel a catch in the heart when you see how negligently your system is being treated by foreign writers. When you do the same to the laws of other small nations you will, of course, get a bad conscience.

It may be advisable to search for the legal systems who have contributed with original and useful innovations in the subject you are writing about. You find them also in small systems. If your subject is not one of those which already have been investigated by comparatists you will have to undertake the voyage of discovery among the systems yourself. It may be a long journey. It may be very difficult to make sure that you have not overlooked a system which may be useful for your investigation.

The need for sociological research

When describing a foreign legal system the comparatist may wish to give a picture not only of what the rules of the law are, but also how they operate in the society where they are enacted. Do the law enforcing authorities follow them, do the citizens know them, and do they abide by them?

The article by *Stewart Macaulay*, *“How do businessmen behave when making and enforcing contracts”*⁷⁾ attracted much attention when it was published in the sixties. *Macaulay* had investigated how business people behaved in Wisconsin. He had interviewed representatives of companies and law firms. His investigation showed that when making and enforcing contracts businessmen rarely made use of the law rules. They did not write contracts, and they settled their disputes amicably. It seems to have been a widespread opinion what one businessman said: “You can settle any dispute if you keep the lawyers and accountants out of it. They just do not understand the give-and-take needed in business”. *Macaulay's* study has been followed by later investigations of the same kind some of which have reached similar results as *Macaulay*⁸⁾. However, an inquiry into the Danish building industry which some of my students made some eight years ago showed that the builders and their contractors made proper contracts, and that they followed and enforced the terms of the contracts quite meticulously. One reason for this was that a great part of the builders were state and municipal agencies whose accounts were audited by public auditors, and they imposed upon the builders to make proper

⁷⁾ American Sociological Review 1963, 55 ff.

⁸⁾ See Beale and Dugdale, *Contracts between Businessmen*, (1975) British Journal of Law and Society 45 ff.

contracts and to enforce them against the contractors. This attitude rubbed off on the building contracts of the private sector.

On the whole it is difficult to find information of that kind in the foreign systems. It is rarely given by those who report to foreigners on their legal system, and very often you do not find it in the legal literature written for domestic purposes. To describe the black letter rules without knowing whether they have had any impact upon the society in which they are given is futile. However, if such investigations are not available in the country in question, it is often not possible to give a true picture of the situation in that country. That, of course, is very frustrating.

The "double speak"

I was recently in the company of German law professors. In a candid and confidential conversation they told me that the legal writings often did not always give a true picture of a problem and of how it is solved in practice. Decision makers and writers sometimes give false reasons for their findings or hide the true reasons. They have to do so for political and tactical reasons. It is in the private conversation of lawyers that the truth is told which you cannot write about.

Sometimes it is the courts that give false reasons for their decisions, and sometimes the writers do so or hide the true motives for their findings. It happens that the decided cases or the writings themselves betray the hidden policies and motives, but very often you have to learn it from mouth to mouth. In this respect the Americans appear to be more honest and outspoken than the Europeans. This probably has historical reasons. Many emigrants left Europe to get away from its intolerance, taboos and hypocrisy. They wanted to establish a world of freedom and honesty. Several American writers, notably the so-called realists⁹⁾, have been searching for the true motives of lawyers and politicians. Some of these scholars have taken great pleasure in unveiling the double speak, the conventional lies and the covert technique of judges and writers which they found in the United States. And the behaviour they found and unveiled had a striking similarity with the behaviour of some European lawyers.

One of the reasons why the comparatist often goes abroad is to seek out the natives and get the truth. It may happen that for fear of disclosure his sources

⁹⁾ See on Jerome Frank, Karl N. Llewellyn and others Alf Ross, *Ret og Retfærdighed* 1953, 57 and on David F. Cavers, Lando, *Homo Judicans*, in *Essays in Memory of Malcolm Evans*, *Uniform Law Review* 1988.

dare not tell him the truth. Sometimes he gets it, but with orders not write about it. This may be very unpleasant.

On some issues the law is unclear

A law is unclear when the sources do not say anything about an issue or do not speak clearly to it.

If you are supposed to state how the laws of the major legal systems or the laws of the European Union treat a specific problem you are sometimes in trouble. The law of some of the systems is unsettled, either because the problem has not come up or because the sources are silent. The issue is dealt with neither in the statutes nor in the case law, and even the authors have not mentioned it.

The validity and effects of merger clauses may illustrate the problem. A merger clause is a clause in a contract which provides that the written document made by the parties embodies all the terms of the contract; any prior statements, undertakings and agreements which are not in the writing do not form part of the contract. These clauses are becoming more and more frequent in international contracts.

Merger clauses are considered valid under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, see art 2.17¹⁰⁾. Although not enforceable under the American common law such clauses are valid in sales contracts under the Uniform Commercial Code.

However, in many of the Member States of the Union the law seems to be unsettled.

This is so in England. English law shows how complicated a situation may be. At one time English law prohibited the bringing of "parol evidence" (that is, evidence of terms which were not contained in the document) to add to, vary or contradict a written document, which was meant to provide the terms of the contract. However, when faced with clear evidence that the parties had in fact agreed on some term which was not in the document, the courts evaded the rule by the simple expedient of saying that the contract was not wholly in writing, so that the rule did not apply. As the Law Commission points out, this renders the rule meaningless, and many English lawyers agree that there is at most a presumption that the written document contains all the terms of the

¹⁰⁾ See at note 15 below.

contract ¹¹⁾. It is generally thought that a merger clause will do no more than add weight to this presumption ¹²⁾, but the courts have not yet spoken clearly to the issue.

In France, Luxembourg and Spain merger clauses are reported to be rare, and there does not seem to be literature about them. Also the Dutch, Greek and Italian laws are unsettled.

The Commission on European Contract Law decided to make individually made merger clauses enforceable. However, not individually made merger clauses, such as clauses appearing as standard terms, may only establish a presumption that the parties intended prior statements and agreements to form part of the contract. This latter rule may not be excluded or restricted by the parties, see art 2:105. ¹³⁾

L'embarras de richesse

The comparatist also has the problem that the legal material of each country, even the smaller countries, is so rich. The amount of reported cases and literature is growing and is now so voluminous that the comparatist, and even his colleagues who report to him about their laws, cannot be faulted for overlooking cases or articles which may treat a problem.

However, if you describe the foreign laws, the immensity troubles you. Especially if there might be cases which have been overlooked. If you are supposed to inform practitioners who may consult your work in order to know whether they may provide a merger clause in their contract or whether they can challenge an existing one the boundless is very embarrassing. Then it may also be wrong not to have reported on an article. A counsel who considers to bring or defend an action should know also the not so important literature.

The law may be pluralistic

A law is pluralistic when the sources speak but give conflicting answers to a problem. There may be antinomies in the statutes which the courts have not

¹¹⁾ See Treitel, *Law of Contract*, 9 ed. 1996. 178.

¹²⁾ Law Commission Report nr 154. *Law of Contract, the Parol Evidence Rule*, Cmd 9700 1986.

¹³⁾ See *Principles of European Contract Law, Parts I and II* prepared by the Commission on European Contract Law, edited by Ole Lando and Hugh Beale, 530 pp, The Hague London Boston, ISBN 90-411-1305-3. The Principles are distributed by Order Department, Kluwer Law International Distribution Centre, PO Box, 3300 AH Dordrecht, Pays Bas.

solved, and there may be conflicting decisions of the supreme court(s) or, when they have not taken a stand on the issue, of the lower courts.

These conflicts may make it difficult to describe the law of a foreign country. It is not always clear what the courts will do if the issue comes up. In every country the law has established a hierarchy of legal sources, but it is not always followed. For example, a holding of an elder case may be contradicted by an obiter dictum in a newer case. Can you rely on the former to express the law of to day? On the Continent the case law relating to an issue is sometimes criticized by a distinguished writer, one of the gurus, whom the courts often listen to. Will they follow him, on this issue?

In Europe you will often find a disagreement: between what the French call *l'école* and *le palais*, between a unanimous doctrine and the courts. In the old days many Continental writers looked down upon the courts. In a foreword to a textbook on private international law written in the early years of the 20.th century the Swedish professor Reuterskiöld confessed that he had not paid much heed to the Swedish court decisions. He had only used them as illustrations. It would be wrong to base a scholarly work on these decisions. The legal writing, he said, should be given at least the same rank as the decisions. In reality they were only a more or less correct application of the doctrine ¹⁴⁾. In his famous text book on criminal law the Austrian professor Anselm Feurbach had written: "The author thinks, that he has acted wisely in not entirely passing over the judicial decisions much though he hates that cushion of literary indolence, that support of blind arbitrariness".

Before the first World War and even some time after many Continental authors of textbooks simply ignored the cases. On the other hand, the judges did not always take the advice of the professors.

On some of these issues the doctrine carried the day. On other issues the courts persevered and the writers, or at least some of them, eventually associated themselves with the courts. On several issues there is still a cleavage between *l'école* and *le palais*. Where there is, the comparatist will have to describe it, and the doubts which it causes. But may he conclude that to day the law of the country is that which the courts will do and not what the writers say they should do?

Such questions also occupy the minds of lawyers who are faced with their own system. They, however, are the professionals, whereas the foreign comparatist who studies and describes their law is an amateur, a dilettante.

¹⁴⁾ C. A. Reuterskiöld, *Handbok i svensk internationell rätt*, Stockholm 1907, Preface.

May the comparatist evaluate the rules of the foreign systems?

Is it permissible for such a dilettante to pass value judgments the rules of a foreign legal system? Every system is built on its own premises and is linked to the history, social conditions, economy and culture of the country. This is most clearly seen when you study the laws of a foreign civilisation. The legal values in Japan are to some extent specific for that country. You cannot judge Japanese law and society by European standards.

In many cases the value judgments are not needed. The evaluation of the rules and institutions is not necessary when the comparatist merely is to describe a legal system. For instance, he does not have to evaluate whether cause is a useful institution in a comparative description of French contract law. There may be some satisfaction in trying to be as objective as possible, and then let the reader who wants to judge draw his own conclusions.

An evaluation presupposes that it serves a purpose, and that there is a common basis for the evaluation among the lawyers in Europe or in the Western Countries, that there are common legal values in the countries whose laws are planned to be harmonized.

Are there such common values among the lawyers of the so-called Western Civilisation?

Lawyers who have read foreign court decisions have often discovered that a foreign court which has applied rules which are different from those governing in his own country has come to a result which in a similar situation his own courts had arrived at. These lawyers have wondered whether this was a coincidence or whether there was any regularity in this phenomenon. This made some scholars search for what is called the common core of the legal systems. In the nineteen sixties Rudolf B. Schlesinger conducted the Cornell project to find this out. His investigation covered the formation of contracts, and his results were published in a book of two volumes which disclosed that in spite of the fact that the courts used very different techniques for the solution of legal problems there was a certain harmony between the various legal systems in the outcome of many problems ¹⁵⁾.

The Court of Justice of the European Communities has judges from all the Member Countries and some of these Judges have told me about a similar experience. Of course, the harmony should not be exaggerated, but it has been noticed.

¹⁵⁾ Rudolph B. Schlesinger *Formation of Contract. A study of the Common Core of the Legal Systems*, MI 1968. Today a similar research work is being carried out by the so-called Trento Group headed by professors Ugo Mattei and Mauro Bussani.

The UNIDROIT Working Group which drafted the Principles of International Commercial Contracts ¹⁶⁾ and the members of the Commission on European Contract Law ¹⁷⁾ often found the common core in the positive law. In the discussions and when preparing the meetings the participants would consider how the courts of their own country had or would have reacted to the problems discussed. They often found that the laws would reach the same results when they discussed the problems and tried to illustrate them with decided or imaginary cases. The consensus was greater than one should think when one compared the legal rules and techniques of the various countries. The same was discovered when they discussed how the law should be. There were some differences of opinion. Most of them, however, did not reflect national attitudes but rather the political attitude of the individual members, notably on how much freedom the parties should have to make their contracts.

Since the values are very often the same the comparatist may have some justification for an evaluation also of foreign laws.

It is, of course importunate when a non-French comparatist tries to tell the French that their rules and institutions are not good for the French. However, some authors, and I am one of them, have sometimes felt that they had to be obtrusive.

We have dared to do this when the question was whether a solution should be used in a uniform law. The comparatist who is to participate in a decision as to whether a rule or an institution such as the *cause* is to be adopted in The Principles of European Contract Law ¹⁸⁾ which are meant as a future uniform law for Europe, has to take a stand. If then the majority of the members of the Commission on European Contract Law decides to abstain from using *cause*, they will, of course, get many arrows in them. Whatever the comparatist does he will have opponents. That, however, he has to live with, and there is no reason to wail about it. What is worse is that on some occasions he is in doubt as to whether he did the right thing. Did he know enough about *cause* to

¹⁶⁾ Published in English, French, Spanish and other languages by UNIDROIT, Rome. The English and French versions were published in 1994. Denis Tallon has been a member and reporter of the Working Group.

¹⁷⁾ See Lando and Beale (eds), *Principles of European Contract Law, Part I*, Deventer 1995, and *Principes du droit européen du contrat, Version française*: Isabelle de Lamberterie, Georges Rouhette, Denis Tallon, Paris 1997. Denis Tallon is a member and reporter of the Commission; see also *Principles of European Contract Law, parts I and II*, prepared by the Commission on European Contract Law, ed. Ole Lando & Hugh Beale, The Hague, London, Boston, 530p.

¹⁸⁾ The Commission decided not to make *cause* a requirement for the validity of a contract, see art2:101 (1) of the Principles of European Contract Law.

recommend to abandon it?

However, doubt would certainly also have haunted him if he had chosen. to adopt cause.

As has been shown the comparatist has several worries, but comparative law is not all worries.

In the novel, by Anatole France, *La rôtisserie de la reine pédaque* the young Jacques Tourne Broche wonders, why he so often finds his elderly teacher Abbé Coignard in the library. The abbé then confesses to his young friend that he goes to the library because studies and cognition bring him what he calls sensual enjoyment.

I believe that in their study or library many comparatists have felt the same enjoyment as did Abbé Coignard.

Informationsteknologi og konkurrence: Microsoft-sagen

af
Thomas Riis

Konkurrenceretten er i sin natur tæt knyttet til økonomiske forhold på de markeder der er genstand for den konkurrenceretlige regulering. En grundlæggende ændring i de økonomiske forhold må derfor antages at influere på konkurrenceretten. Markeder baseret på informationsteknologiske produkter har i mange tilfælde økonomiske karakteristika der adskiller dem fra andre markeder, men om de har en sådan karakter at det begrunder en særegen konkurrenceretlig regulering er et omtvistet spørgsmål som skal behandles nærmere i det følgende. De amerikanske konkurrencemyndigheders undersøgelse af softwareproducenten Microsoft der senest har resulteret i en underretsafgørelse fra foråret 2000, har belyst nogle af de konkurrencemæssige problemer der er forbundet med informationsteknologi, med særlig henblik på edb-programmer. Skønt den nu foreliggende afgørelse næppe er den endelige løsning af konflikten, vil sagen, når den engang er afsluttet, angiveligt føje sig til rækken af amerikanske antitrustsager med vidtrækkende konsekvenser for fremtidens konkurrenceforhold og markedsstruktur. Sagen kan formentlig ikke siges at få direkte betydning for europæiske retsforhold, men informationsteknologiens internationale karakter i kombination med sagens i konkurrenceretlig henseende nye problemstillinger kan indirekte få betydning for hvorledes lignende problemer vil blive grebet an i Europa.

1. Konkurrenceforhold og den informationsteknologiske udvikling

Der er blandt såvel praktikere som teoretikere bred enighed om at konkurrenceforholdene i de højteknologiske brancher adskiller sig fra konkurrenceforholdene i traditionelle lavteknologiske brancher. Men enigheden ophører når diskussionerne vedrører konsekvenser heraf for den konkurrenceretlige regulering.¹⁾

¹⁾ Jf. David Balto & Robert Pitofsky: "Antitrust and high-tech industries: the new challenge", Antitrust Bulletin 1998.583, s. 584, 603.

Konkurrencen i den informationsteknologiske sektor er ofte kendetegnet af inkrementel innovation afbrudt af teknologiske paradigmeskift der kan ændre markedsandelene radikalt.²⁾ Udviklingen i den dominerende computerplatform har således ændret sig fra 60'ernes mainframe-computer over 70'ernes minicomputer og 80'ernes pc'er og workstation til det mere sammensatte billede i 90'erne der omfatter mainframe-computer, minicomputer, pc/workstation samt LANs.³⁾

I den økonomiske faglitteratur er der fra flere sider udtrykt tvivl om hvorvidt traditionel konkurrenceret er egnet til en hensigtsmæssig regulering af den informationsteknologiske sektor.⁴⁾ Ud fra denne opfattelse konkluderes det at konkurrencemyndighederne i det store hele bør afholde sig fra at intervenere i disse brancher - eller alternativt at de faktiske forhold vedrørende informationsteknologi burde føre til en på visse punkter lempeligere konkurrenceretlig bedømmelse. Synspunktet støttes bl.a. på at teknologiske paradigmeskift angiveligt er mere udtalte i IT-sektoren sammenlignet med mange andre sektorer i samfundsøkonomien, og monopoliseringstendenser hævdes derfor at være midlertidige da de forholdsvis hyppige teknologiske paradigmeskift sikrer en effektiv konkurrence på længere sigt.⁵⁾ Teknologiske paradigmeskift skaber endvidere en betydelig risiko for de virksomheder som er aktive inden for de relevante brancher, og kan begrunde en højere gevinst som kompensation for den relativt højere risiko.

Andre økonomer finder dog ikke væsentlige problemer ved at anvende traditionel konkurrenceret i forbindelse med informationsteknologi, blot det sker under behørig hensyntagen til de særlige økonomiske forhold der gør sig gældende i denne sektor.⁶⁾ Heri ligger ikke implicit en opfattelse af at

²⁾ Konkurrencesituationen ligner den der beskrives af *Joseph Schumpeter* i "Capitalism, socialism, and democracy", 3rd ed., Harper, New York 1950. Ifølge *Schumpeter* er monopoler hyppigt forekommende i den moderne kapitalisme, men de elimineres jævnligt af en "perennial gale of creative destruction" (s. 84). Kilden til denne "creative destruction" er ikke priskonkurrence, men konkurrencen fra ny teknologi.

³⁾ Jf. *David J. Teece & Mary Coleman*: "The meaning of monopoly: anitrust analysis in high-technology industries", *Antitrust Bulletin* 1998.801, s. 807.

⁴⁾ F.eks. *Teece & Coleman*, 1998, op. cit., og *Donald J. Boudreaux & Burton W. Folsom*: "Microsoft and Standard Oil: radical lessons for antitrust reform", *Antitrust Bulletin* 1999.555.

⁵⁾ Jf. *Teece & Coleman*, 1998, op. cit., s. 808 ff.

⁶⁾ F.eks. *Michael L. Katz & Carl Shapiro*: "Antitrust in Software Markets", (1998), (<http://haas.berkeley.edu/Faculty/directory/shapiro.html>), og *Daniel L. Rubinfeld*: "Antitrust enforcement in dynamic network industries", *Antitrust Bulletin* 1998.859.

informationsteknologiske virksomheder skal være genstand for en lempeligere konkurrenceretlig regulering end andre virksomheder.

Ved siden af den hurtige teknologiske udvikling med teknologiske paradigmeskift er der flere særegne økonomiske forhold der gør sig gældende med særlig styrke i den informationsteknologiske sektor, og de understøtter synspunktet om at den traditionelle konkurrenceretlige regulering bør modificeres i forskellige henseender. De nok væsentligste af disse forhold er netværkseksternaliteter og "switching costs".

Informationsteknologiske produkter - f.eks. edb-programmer - er endvidere som mange andre immaterialretligt beskyttede frembringelser kendetegnet ved store udviklingsomkostninger og få eller næsten ingen distributionsomkostninger - det vil sige lave marginale omkostninger i forhold til de gennemsnitlige omkostninger; og det indebærer at der er ganske betydelige stordriftsfordele ved bl.a. softwareproduktion.

2. Netværkseksternaliteter

Visse goder er kendetegnet ved at den nytte eller værdi en bruger har ved anvendelsen af det pågældende gode, øges med antallet af andre brugere som anvender det samme gode.⁷⁾ Eksempelvis vil den nytte en person har af at anskaffe sig en telefon med tilhørende abonnement afhænge af antallet af andre personer og virksomheder der på tilsvarende vis har tilsluttet sig telefonsystemet. Til goder af denne karakter siges der at være knyttet netværkseksternaliteter.⁸⁾ Alle former for kommunikation indebærer netværkseksternaliteter, og fænomenet er derfor gammeltkendt; men det har fået større betydning i informationssamfundet.

Der findes netværkseksternaliteter ved valg af computerplatform idet en fælles computerplatform indebærer at programmer og datafiler frembragt i

⁷⁾ Jf. Michael L. Katz & Carl Shapiro: "Network Externalities, Competition and Compatibility", 75 American Economic Review (1985) 424, s. 424.

⁸⁾ En økonomisk aktør antages alene at tage hensyn til egne fordele og ulemper ved at foretage en handling. Såfremt handlingen indebærer positive eller negative effekter for andre, foreligger en *eksternalitet*.

Eksistensen af netværkseksternaliteter kan også beskrives som "stordriftsfordele" på efterspørgselssiden. Betegnelsen "stordriftsfordele" anvendes sædvanligvis om forhold vedrørende produktion: En virksomhed hvis gennemsnitlige enhedsomkostninger falder når den producere mængde stiger, nyder godt af stordriftsfordele. Når betegnelsen anvendes om forhold på efterspørgselssiden, skal man forestille sig efterspørgselssiden som et kollektiv af brugere: Efterhånden som brugerkollektivet øges med yderligere brugere som hver især anvender en enhed af det pågældende gode, opnår alle brugere fordele herved uden at de enkelte brugere skal betale ekstra for denne fordel.

eller lavet til et computersystem kan anvendes i et andet computersystem. Jo flere brugere der vælger samme computerplatform, des flere kan uden videre udveksle programmer og datafiler. Når man i denne forbindelse nævner netværk, tænker man ikke alene på digitale netværk, men mere generelt på sammenhængende, kompatible teknologiske systemer eller en fælles teknisk standard.⁹⁾ Som eksempel på andre område hvor netværkseksternaliteter er udtalte, kan nævnes protokoller til Internetkommunikation samt tekniske standarder for high definition tv.

Netværkseksternaliteter er knyttet til markedets efterspørgselsside, men skaber indirekte effekter på udbudssiden idet der herved skabes økonomiske incitamenter for uafhængige producenter til at udvikle komplementære produkter¹⁰⁾ der kan anvendes i det dominerende netværk. Softwareproducenter har således incitamenter til at udvikle edb-programmer der er kompatible med det dominerende styresystem. Dette skaber igen fordele for forbrugerne eftersom produktudbudet er størst for det dominerende netværk som herved bliver mere attraktivt.¹¹⁾ Denne effekt kaldes ofte for en *indirekte netværkseksternalitet*.¹²⁾

Den positive værdi ved netværkseksternaliteter virker tilbage på udbyderen af netværket, f.eks. udbyderen af et telefonsystem eller en computerplatform, da netværkets samlede værdi stiger med antallet af brugere. Af denne grund vil der være en tendens til at store netværk bliver større, og små netværk bliver mindre. Netværkseksternaliteter kan således forklare monopoliseringstendenser i bl.a. computerbranchen samt det forhold at forbrugerne foretrækker det dominerende produkt på markedet selv om der udbydes teknisk set bedre

⁹⁾ Disse netværk der sætter brugerne i stand til indbyrdes at udveksle informationer, kaldes også for kommunikationsnetværk, jf. f.eks. *Katz & Shapiro*, 1998, op. cit., s. 3.

¹⁰⁾ Med komplementære produkter forstås i den erhvervsøkonomiske teori to produkter mellem hvilke priskrydselasticiteten er negativ. Priskrydselasticiteten angiver hvor følsom efterspørgslen efter et produkt er over for ændringer i prisen på et andet produkt:

$$\frac{\% \text{-vis ændring i efterspurgt mængde af produkt A}}{\% \text{-vis ændring i pris på produkt B}}$$
 Kompatible computere og applikationsprogrammer er komplementære fordi det må forventes at efterspørgslen efter applikationsprogrammer øges hvis prisen på computere reduceres - og vice versa.

¹¹⁾ For så vidt angår applikationsprogrammer se i det hele *Jeffrey Church & Neil Gandal*: "Network Effects, Software Provision, and Standardization", 40 *Journal of Industrial Economics* (1992), 85.

¹²⁾ Jf. *Katz & Shapiro*, 1985, op. cit., s. 424. Man taler i den forbindelse også om virtuelle netværk, jf. f.eks. *Katz & Shapiro*, 1998, op. cit., s. 4, og *Willow A. Sheremata*: "'New' issues in competition policy raised by information technology industries", *Antitrust Bulletin* 1998.547, s. 562.

alternativer. Et ofte nævnt¹³⁾ eksempel på en teknisk standard der blev fortrængt fra markedet af en teknisk set ringere standard på grund af netværkseksternaliteter, er Sonys Betamax-standard for videooptagere, der tabte til konkurrenten JVCs VHS-standard.¹⁴⁾ VHS-standardens succes skyldtes angiveligt at JVC via gunstige licensvilkår fik andre producenter til at anvende VHS-standarden hvilket resulterede i en hurtigt udbredelse af standarden; mens Sony forventede at Betamax-standardens kvalitet sammenholdt med Sonys stærke stilling på forbrugermarkedet for elektronikprodukter var tilstrækkeligt til at sikre standardens udbredelse.

Netværkseksternaliteter kan være så store at der kun er plads til et netværk på markedet, men i praksis findes der som regel flere konkurrerende netværk, og der kan være gode økonomiske grunde til at sikre konkurrencen mellem forskellige netværk. Konkurrerende netværk vil ikke være identiske, men have forskellige egenskaber, og disse egenskaber vurderes forskelligt af de enkelte brugere. Som det foretrukne styresystem til pc'ere er der således stadig en betydelig gruppe brugere som vælger Macintosh' styresystem frem for Microsofts¹⁵⁾ selvom de positive direkte såvel som indirekte netværkseksternaliteter ved Microsofts styresystem utvivlsomt er større. Som eksempel på et område med flere konkurrerende netværk hvor der ikke findes et netværk der dominerer, kan peges på markedet for hurtige computerspil af høj kvalitet. Sega, Nintendo og Sony (Playstation) markedsfører hver deres spilsystem, og de tre systemer er ikke kompatible.¹⁶⁾

Alt afhængig af netværkets nærmere beskaffenhed vil det kræve et minimum af brugere for at et nyt netværk kan eksistere og blive udbredt på markedet. Ved introduktionen af et nyt netværk vil der ikke være nogen realiserede netværkseksternaliteter, og udbyderen må derfor skabe forventninger hos forbrugerne om at netværket vil få en ikke ubetydelig udbredelse, samt at der vil blive skabt et bredt udbud af komplementære produkter på lidt længere sigt. Et i praksis anvendt virkemiddel til at skabe forventninger om netværkets fremtidige størrelse for så vidt angår edb-programmer, er

¹³⁾ F.eks. *Peter S. Menell*: "An epitaph for traditional copyright protection of network features of computer software", *Antitrust Bulletin* 1998.651, s. 664, og *Stanley M. Besen & Joseph Farrell*: "Choosing How to Compete: Strategies and Tactics in Standardization", 8 *Journal of Economic Perspectives* (1994) 117, s. 126.

¹⁴⁾ Synspunktet er dog ikke uanfægtet *S. J. Liebowitz & Stephen E. Margolis*: "Network Externalities: An Uncommon Tragedy", 8 *Journal of Economic Perspectives* (1994) 133, s. 147 f, mener således at de to konkurrerende standarder for videooptagere var teknisk lige gode.

¹⁵⁾ *Jf. Balto & Pitofsky*, 1998, op. cit., s. 596.

¹⁶⁾ *Jf. Rubinfeld*, 1998, op. cit., s. 864.

annoncering af attraktive produkttegenskaber der vil blive inkluderet i fremtidige versioner af programmet, selvom disse versioner endnu ikke er udviklede, eller fremtidige komplementære programmer som endnu ikke er udviklede. Sådanne planlagte men ikke frembragte programmer kaldes for vaporware. Endvidere vil forventningerne til et netværks fremtidige størrelse kunne understøttes af udbyderens renommé (opbygget på andre markeder) og økonomisk styrke.

Det må antages at netværkseksternaliteter ikke giver vedvarende fordele til indehaveren af netværket idet nye og bedre alternativer i takt med den teknologiske udvikling bliver stadig mere attraktive indtil der indtræder et teknologisk paradigmeskift hvor et nyt alternativ vælges på bekostning af det gamle. Af afgørende betydning for hvornår dette skift vil ske, er dels den nye udbyders evne til at skabe forventninger hos forbrugerne om tilstrækkeligt store netværkseksternaliteter, dels de omkostninger som forbrugerne skal afholde ved at skifte til et nyt netværk ("switching costs").

3. "Switching costs" og "lock in"-effekt

Den forbruger der køber et informationsteknologisk produkt, vil ofte foretage efterfølgende investeringer relateret til dette produkt. Disse investeringer tager form af dels udgifter ved anskaffelse af komplementære produkter - f.eks. applikationsprogrammer til et bestemt styresystem - og dels anvendelse af tid og ressourcer ved at lære produktets betjeningsfaciliteter. Disse efterfølgende investeringer er i hovedsagen tabt hvis forbrugeren skifter til et andet netværk - f.eks. et andet ikke-kompatibelt styresystem. De omkostninger som forbrugeren skal afholde ved skift til et andet netværk, kaldes for "switching costs", og effekten heraf er den at forbrugeren bliver bundet til det første netværk ("lock in") selv om et andet netværk med et gunstigere pris/kvalitet-forhold måtte udbydes på markedet. Førstegangskøbere af det pågældende produkt vil ikke have "switching costs", men bør alene overveje netværkseksternaliteter; mens købere der allerede har anskaffet et produkt af den pågældende type, bør tage hensyn til såvel netværkseksternaliteter som "switching costs". Ligesom ved netværkseksternaliteter kan "switching costs" vanskeliggøre udbredelsen af et nyere og teknisk set bedre produkt på markedet, men omkostningerne udgør ikke en uoverstigelig hindring. Eksempelvis måtte forbrugerne der i 1980'erne udskiftede deres traditionelle grammofon med en cd-afspiller, afholde betydelige "switching costs" idet de ældre vinylplader ikke kunne anvendes på det nye system. Ikke desto mindre var de digitale cd-afspillere så meget bedre at de analoge grammofoner blev fortrængt fra markedet i løbet af forholdsvis kort tid.

4. Konkurrencepolitiske implikationer

4.1. Markedsstyrke og adgangsbarrierer

De særlige økonomiske forhold der gør sig gældende ved produktion af edb-programmer, kan gøre det vanskeligt at vurdere virksomhedernes markedsstyrke. For det første kan definitionen af det relevante produktmarked være problematisk eftersom edb-programmer løbende får tilført nye egenskaber og funktioner. Tidligere var tekstbehandlingsprogrammer og programmer til stavekontrol adskilt og kunne anses som hørende til to forskellige markeder. Moderne tekstbehandlingsprogrammer indeholder stavekontrol, og det vil i dag ikke give mening at snakke om et selvstændigt marked for stavekontrol-programmer.¹⁷⁾ For det andet bør historiske markedsandele i denne vurdering ikke tillægges stor betydning på grund af den hastige teknologiske udvikling og pludselige teknologiske paradigmeskift. En måde hvorpå konkurrence-myndigheden kan bedømme en virksomheds markedsstyrke, er ved at vurdere i hvilket omfang virksomhedens priser overstiger omkostninger: Jo større forskel, des større markedsstyrke. Denne metode bør imidlertid anvendes med varsomhed fordi det ikke er klart hvilken type omkostninger der er relevante. Det forekommer urimeligt over for virksomheden at anvende de marginale omkostninger som typisk vil være ganske små. De gennemsnitlige enhedsomkostninger forekommer mere hensigtsmæssige. De vil primært bero på de faste omkostninger der er afholdt ved programmets udvikling. I en konkurrenceretlig sammenhæng bør der tages hensyn til at disse faste omkostninger på tidspunktet hvor programmet blev udviklet, var en risikofyldt investering, og producenten derfor stiller et større afkastkrav til denne investering for at kompensere for risikoen.¹⁸⁾

Stordriftsfordele bidrager til et forholdsvis koncentreret marked med få relativt store udbydere, og endvidere kan forekomsten af netværkseksternaliteter og "switching costs" skabe høje adgangsbarrierer til markedet som gør det vanskeligt for potentielle konkurrenter at introducere konkurrerende produkter.

4.2. Dræbende priskonkurrence

Mange økonomer anser ikke dræbende priskonkurrence (predatory pricing) (dvs. hård priskonkurrence der medfører at en konkurrent må trække sig ud af

¹⁷⁾ Jf. *Richard Schmalensee*: "Antitrust Issues in Schumpeterian Industries", 90 *American Economic Review* (2000) 192, s. 193.

¹⁸⁾ Se f.eks. *Schmalensee*, 2000, op. cit., s. 193, og *Katz & Shapiro*, 1998, op. cit., s. 6 f.

markedet) for et større praktisk problem, men derimod anses det for et af October 23, 2000 konkurrencens grundvilkår at visse erhvervsdrivende bukker under. For at kunne karakterisere priskonkurrence som dræbende må det kræves at den erhvervsdrivende fastsætte priser som ikke kan dække den pågældendes samlede omkostninger, og hvis dræbende priskonkurrence skal være en rationel strategi forudsætter det derfor at den erhvervsdrivende efter at konkurrenten er elimineret, kan hæve priserne og herved få dækket omkostningerne ved den dræbende priskonkurrence. Det kan kun lade sig gøre hvis der er adgangsbarrierer til markedet da nye konkurrenter ellers vil trænge ind. Dræbende priskonkurrence kan få en større betydning på markeder med netværkseksternaliteter - som f.eks. markedet for software - end på andre markeder fordi en virksomhed ved hjælp af dræbende priskonkurrence kan sikre sig det nødvendige antal brugere til at blive indehaver af det dominerende netværk, og når dette kritiske antal er nået, er konkurrenten udelukket fra at konkurrere effektivt i fremtiden. En netværksvirksomhed har således en god mulighed for at få dækket tidligere afholdte omkostninger ved dræbende priskonkurrence hvis det lykkes den at blive indehaver af det dominerende netværk. På markedet for software er det imidlertid særdeles vanskeligt at fastsætte et retligt kriterium der kan forhindre en sådan praksis. Man kan med rimelighed hævde at såfremt en virksomhed fastsætter sine priser på et niveau under de marginale omkostninger, er der tale om dræbende priskonkurrence. Men de marginale omkostninger ved produktion af edb-programmer vil være tæt på nul, så selvom en virksomhed forærer sine edb-programmer bort, kan det være svært at påvise at prisen er lavere end de marginale omkostninger.¹⁹⁾ I stedet bør man snarere se på de gennemsnitlige variable omkostninger selv om de også kan være ganske lave.

4.3. Kompatibilitet, tekniske standarder og grænseflader

På traditionelle markeder uden væsentlige netværkseksternaliteter beror konkurrenceforholdene i første omgang på pris, kvalitet og service. På markeder for IT-produkter hvor der findes betydelige netværkseksternaliteter, kompliceres billedet.

Samfundet er bedst stillet ved at netværkseksternaliteter realiseres. Dette kan ske ved at der etableres et dominerende netværk. Muligvis har en virksomhed et tilstrækkeligt godt renommé eller et tilstrækkeligt stort antal eksisterende brugere til at denne virksomheds produkt udvikler sig til markedets de facto-standard. Eller en gruppe af virksomheder kan enes om at

¹⁹⁾ Jf. Katz & Shapiro, 1998, op.cit., s. 52 f.

udvikle kompatible produkter og herigennem etablere markedets de facto-standard. Som nævnt ovenfor kan der være gode økonomiske grunde til at have flere konkurrerende netværk, og samfundet er på trods af netværkseksternaliteter ikke nødvendigvis bedst stillet med at der kun findes et netværk på markedet. Den overordnede konkurrencepolitiske målsætning kan formuleres som en afvejning mellem på den ene side at sikre at potentielle netværkseksternaliteter realiseres - således at der ikke er uhensigtsmæssigt mange konkurrerende netværk på markedet - og på den anden side skabe økonomiske incitamenter til udvikling af nye og forbedrede netværk hvilket indebærer at nye netværk skal have en rimelig mulighed for at fortrænge etablerede netværk.²⁰⁾

De konkurrencepolitiske overvejelser vedrører således i første omgang konkurrence mellem forskellige netværk. Netværkseksternaliteter har den betydning at såfremt markedet overlades til sig selv, bliver resultatet ikke nødvendigvis det mest efficiente netværk. Dette begrundes dog ikke uden videre konkurrenceretlig intervention med henblik på at etablere et mere efficient netværk fordi det kan være forbundet med store omkostninger for forbrugerne at skulle skifte fra et netværk til et andet. Konkurrencepolitikken bør derfor være indrettet på at eventuel intervention så vidt muligt skal finde sted inden der er etableret et dominerende netværk på markedet.²¹⁾ Heri ligger en accept af at konkurrencen i visse henseender er begrænset når der først er etableret et dominerende netværk, og den samfundsmæssigt set gavnlige konkurrence snarere er knyttet til rivalisering om at opnå det dominerende netværk.

Kompatibilitet og tekniske standarder er i høj grad relateret til netværkseksternaliteter. Der skal være etableret en teknisk standard for at produkter fremstillet af forskellige producenter kan virke i det samme system. Ligeledes skal der være etableret en teknisk standard for at samme type produkter fremstillet af forskellige producenter kan virke med de samme komplementære produkter. Forskellige typer produkter er kompatible når de kan virke i det samme system - det vil sige de er del af det samme netværk.

Konkurrenceforholdene afhænger tillige af virksomhedernes muligheder for at kunne forhindre andre virksomheder i at udbyde produkter som er en del af netværket det vil sige den enkelte virksomheds mulighed for at etablere, sikre og kontrollere de tekniske standarder der afgrænser netværket. Kompatible produkter vil tilhøre det samme netværk, og hvis en virksomhed er i stand til at kontrollere de tekniske grænseflader i kraft af immaterialretsbeskyttelse,

²⁰⁾ Jf. *Menell*, 1998, op. cit., s. 673.

²¹⁾ Jf. *Rubinfeld*, 1998, op. cit., s. 874.

hemmeligholdelse eller på anden vis, vil den samtidig kunne kontrollere netværkets størrelse. Microsofts Windows-styresystem og Intels Pentium chip er eksempler på dominerende de facto-standarder som én virksomhed har rettigheder til. Forbrugerne vil umiddelbart være bedst stillet hvis der ikke findes særlige rettigheder til standarden idet flere producenter i givet fald må forventes at ville anvende standarden hvorved den får stor udbredelse og der vil opstå intens rivalisering på produktmarkedet med mange produktvarianter og lavere priser til følge. Med en ubeskyttet standard med stor udbredelse er der imidlertid risiko for at standarden dominerer markedet lang tid efter teknologien har muliggjort en mere effektiv standard eftersom der ikke er tilstrækkelige økonomiske incitamenter til at udvikle en sådan mere effektiv standard.

Etablering af en tekniske standard kan udelukke konkurrence mellem forskellige teknologier, men det udelukker ikke som sådan konkurrence mellem erhvervsdrivende. Konkurrencen orienteres blot mod mere traditionelle parametre såsom pris og kvalitet.²²⁾

Der er i hovedsagen to måder hvorpå en teknisk standard kan etableres. Dels gennem en formaliseret åben kollektiv proces hvor de berørte aktører når til enighed om standarden (de jure standard), og den resulterende standard er frit tilgængelig for alle; og dels ved at overlade markedet til sig selv og give en enkelt virksomhed eller en gruppe af virksomheder mulighed for at udvikle en egen standard og indrømme retlig beskyttelse heraf²³⁾ (de facto standard).²⁴⁾ Spørgsmålet er relevant for såvel de berørte virksomheder som samfundet som helhed. Den sidstnævnte metode vil formentlig bedre end den første resultere i den standard som markedet er bedst tjent med; til gengæld skaber den basis for væsentlige konkurrenceretlige problemer - i særdeleshed hvis rettighederne til standarden udøves på en sådan måde at konkurrencen begrænses i urimeligt omfang.²⁵⁾ Den første metode er besværlig og langsommelig og indebærer en betydelig risiko for at den valgte standard ikke er den optimale.²⁶⁾ Metoden bevirker tillige at det bliver vanskeligt at ændre standarden, og der er risiko for

²²⁾ Jf. *Besen & Farrell*, 1994, op. cit., s. 119 f.

²³⁾ Som nævnt kan den retlige beskyttelse være nødvendig for at sikre tilstrækkelig økonomiske incitamenter til at standarden bliver udviklet.

²⁴⁾ Jf. *Balto & Pitofsky*, 1998, op. cit., s. 599.

²⁵⁾ Jf. *Balto & Pitofsky*, 1998, op. cit., s. 602.

²⁶⁾ Om problemerne ved denne metode se *William J. Curran III*: "Mystery or magic? the intriguing interface of antitrust law and today's information technologies", *Antitrust Bulletin* 1998.775, der præsenterer et generelt negativt syn på nyten af en sådan standardiseringsproces.

at den efter kort tid bliver obsolet under hensyn til den teknologiske udvikling. Når standarden først er etableret, giver den imidlertid ikke anledning til større umiddelbare konkurrenceretlige problemer. Under sådanne omstændigheder vil der således på markedet almindeligvis ikke være samme monopoliserings-tendenser.²⁷⁾ Med kompatibilitet mellem ensartede produkter opnås en situation der ligner andre produktmarkeder hvor der konkurreres *på markedet*, mens der med inkompatibilitet konkurreres *om markedet* - det vil sige der konkurreres om at blive det dominerende netværk på markedet. Derfor vil inkompatibilitet som hovedregel begrænse konkurrencen.

De tekniske grænseflader i et computersystem afgør om komplementære produkter er kompatible. Det kan have stor betydning for markedsf forholdene om en producent har en beskyttelse af eller kan forhindre andre i at få adgang til de tekniske grænseflader. Det er en forudsætning for en producent af komplementære produkter at have adgang til de relevante tekniske grænseflader. I modsat fald er produktet ikke kompatibelt og kan derfor ikke anses for et komplementært produkt. Men tekniske grænseflader er også af betydning for konkurrencen mellem ensartede produkter. I starten af 1980'erne var det eksempelvis væsentligt for forbrugere der skulle vælge pc'er, at pc'eren var i stand til at anvende edb-programmer der var kompatible med IBM-pc'ere. Kompatible efterligninger af IBM-pc'ere forudsatte bl.a. at producenten var i stand til at genskabe IBM-pc'ens BIOS (Basic Instruction Operating System). I de tidlige IBM-eftertiligninger var dette ikke lykkedes i alle detaljer hvilket indebar at visse IBM-kompatible applikationsprogrammer ikke var fuldt funktionsduelige på efterligninger af IBM-pc'ere. Da problemet blev endelig løst efter nogle år, oplevede IBM tab af markedsandel.²⁸⁾

På markeder kendetegnet ved store netværkseksternaliteter vil den førende softwareproducent inden for en bestemt produkttype have incitament til at forhindre at der udbydes konkurrerende kompatible produkter.²⁹⁾ Konkurrerende kompatible produkter som f.eks. to styresystemer der kan anvendes i kombination med de samme computere og applikationsprogrammer udgør ét netværk, og de to udbydere af styresystemer skal konkurrere inden for netværket på pris og kvalitet. Såfremt den førende softwareproducent kan forhindre at der udbydes konkurrerende kompatible produkter, er konkurrencen inden for netværket udelukket. Konkurrence mellem styresystemer vil i

²⁷⁾ Jf. *Joseph Farrell & Michael L. Katz*: "The effects of antitrust and intellectual property law on compatibility and innovation", *Antitrust Bulletin* 1998.609, s. 611.

²⁸⁾ Jf. *Menell*, 1998, op. cit., s. 660, 667.

²⁹⁾ Jf. *Katz & Shapiro*, 1985, op. cit., s. 425, og *Katz & Shapiro*, 1998, op. cit., s. 5, 37.

givet fald være konkurrence mellem forskellige netværk, og den førende softwareproducents program har i kraft af netværkseksternaliteter den bedste mulighed for at blive dominerende på markedet - eller udvikle sig til markedets de facto-standard.

5. United States v. Microsoft

Microsoft er efter en økonomisk målestok formentlig verdens mest succesfulde virksomhed, og virksomheder med usædvanlig stor succes vil nok uundgåeligt blive genstand for mistanke om anvendelse af ikke-acceptable forretningsmetoder. Det anslås at Microsofts Windows-styresystem er installeret på ca. 90% af verdens Intel-kopabile pc'ere. Efterhånden som Microsoft voksede, voksede også antallet af klager fra konkurrenter³⁰⁾ over at Microsoft handlede illoyalt og begrænsede konkurrencen. I 1990 påbegyndte den amerikanske Federal Trade Commission (FTC) en konkurrenceretlig undersøgelse af Microsoft. Da der blandt FTCs medlemmer ikke kunne opnås enighed om hvorvidt der skulle tages retlige skridt i forhold til Microsoft, blev undersøgelsen afsluttet. Resultaterne af FTCs arbejde blev imidlertid overtaget af Justice Department som iværksatte sin egen undersøgelse.

Denne undersøgelse resulterede i juli 1995 i et "consent decree"³¹⁾ som bl.a. stillede visse restriktive krav til Microsofts licenseringspraksis vedrørende styresystemet Windows.³²⁾ I oktober 1997 hævdede Justice Department at Microsoft handlede i strid med det tidligere consent decree, og dette affødte en Court of Appeals-afgørelse i 1998.³³⁾ Ifølge det mellem parterne indgåede consent decree måtte Microsoft bl.a. ikke gøre licensering af et produkt betinget af licensering af et andet produkt. Spørgsmålet var herefter om hardwareproducenternes licens til at præinstallere Windows-styresystemet var

³⁰⁾ Blandt andre virksomhederne Novell, WordPerfect, Borland, Lotus, Go, CompuServe, Prodigy og AOL.

³¹⁾ Et consent decree mellem Justice Department og en virksomhed er et indenretligt forlig som fastsætter vilkår for hvad virksomheden må og ikke må. Respekterer virksomheden ikke de fastsatte vilkår, er dette i sig selv en strafbar handling. En domstol skal godkende at et consent decree er i almenhedens interesse. Formålet med consent decrees har fra konkurrencemyndighedens side været at "genskabe konkurrencen" på det relevante marked. Consent decrees er tidsbegrænsede - typisk til ti år, jf. American Bar Association: "Antitrust Law Developments", 4th ed., vol. I+II, Chicago 1997, s. 689.

³²⁾ Se herom John E. Lopatka & William H. Page (1995): "Microsoft, Monopolization, and Network Externalities: Some Uses and Abuses of Economic Theory in Antitrust Decisionmaking", Antitrust Bulletin 1995.317.

³³⁾ *United States of America v. Microsoft Corporation*, 147 F.3d 935 (D.C. Cir. 1998).

betinget af licens til at præinstallere web-browserprogrammet Internet Explorer. Derimod var det i overensstemmelse med parternes consent decree at Microsoft udviklede integrerede produkter. Microsoft gjorde gældende at Internet Explorer var en udvidelse af Windows-styresystemet og ikke et selvstændigt produkt, og at det ikke var i strid med det vedtagne consent decree at føje nye faciliteter til styresystemet eller integrere nye funktioner heri. Domstolen fandt at et "integreret produkt" måtte forstås som et produkt der kombinerer forskellige funktioner på en måde der giver fordele som brugeren ikke ville opnå såfremt brugeren havde købt de pågældende funktioner i adskilte produkter og selv kombineret dem. I bedømmelsen af de konkrete omstændigheder fandt domstolen at brugerne opnåede fordele ved at købe Microsofts styresystem og browserprogram samlet fremfor at købe programmerne adskilte og selv kombinere dem, og disse fordele kunne føres tilbage til det af Microsoft udviklede programdesign som knytter styresystem og browserprogram sammen.³⁴⁾ Internet Explorer og Windows-styresystemet blev således anset for et integreret produkt.

1998-afgørelsen vedrørte alene den nærmere betydning af én bestemmelse i det indgåede consent decree og er som sådan ikke en afgørelse der er direkte begrundet i konkurrencelovgivningen. Court of Appeals lagde da også til grund at bestemmelsen måtte fortolkes under hensyn til parternes hensigt da det pågældende consent decree blev aftalt, og ikke alene under hensyn til konkurrenceretlige principper.

Konkurrencemyndighedernes bestræbelser på at afdække Microsofts forretningsmetoder har derudover indtil videre resulteret i en District Court-afgørelse af 3. april 2000³⁵⁾ der udgør en egentlig konkurrenceretlig bedømmelse af Microsofts handlinger. Domstolen fandt at Microsoft i strid med konkurrencelovgivningen (Sherman Act) havde:

- (1) forsøgt at monopolisere markedet for web-browserprogrammer,
- (2) gjort licens til Windows-styresystemet betinget af licens til Microsofts web-browserprogram ("tying") samt
- (3) opretholdt sin monopolstilling ved hjælp af konkurrencebegrænsende midler.

³⁴⁾ Se også *Alan J. Meese*: "Monopoly bundling in cyberspace: how many products does Microsoft sell?", *Antitrust Bulletin* 1999.65, s. 68 ff, og *Dan Eklöf*: "Mjukvara, marknader och missbruk", *NIR*.1999.157, s. 181 f.

³⁵⁾ Civil Action No. 98-1232 (TJP) & Civil Action No. 98-1233 (TJP). Findings of Fact, 5 November 1999; Conclusions of Law, 3 April 2000, Final Judgement, 7 June 2000.

Med hensyn til tying-problemet forekommer afgørelsen at være i strid med 1998-afgørelsen idet tying kun kan forekomme hvis der er tale om to adskilte produkter. Domstolen i 2000-afgørelsen forholder sig da også ganske kritisk til 1998-afgørelsen der vel at mærke blev truffet af en appeldomstol. Om foreneligheden af de to afgørelser udtales i 2000-afgørelsen:

“The court of appeals’ observations on the extent to which software product design decisions may be subject to judicial scrutiny in the course of § 1 tying cases are in the strictest sense *obiter dicta*, and are thus not formally binding.”

Dette skal ses i lyset af at 1998-afgørelsen blev afgjort på grundlag af det indgåede consent decree, mens 2000-afgørelsen blev afgjort på grundlag af konkurrencelovgivningen. Til støtte for at styresystemet og browser-programmet er to adskilte produkter anføres det i 2000-afgørelsen at brugerne opfatter produkterne som adskilte selvom det er teknisk muligt at integrere browserprogrammets programkode i styresystemets programkode. Vurderingen er således i 2000-afgørelsen baseret på efterspørgselsforholdene, mens den i 1998-afgørelsen var baseret på om der var en teknisk eller funktionel sammenhæng mellem programmerne som gav forbrugerne fordele som de ellers ikke ville få - dvs. på produktions- og udbudsforholdene.³⁶⁾

En central placering i afgørelsen har Microsofts web-browserprogram Internet Explorer og dets forhold til Windows-styresystemet der også er udviklet af Microsoft. Microsoft markedsførte Internet Explorer i juli 1995 sammen med den første version af styresystemet Windows 95. På det tidspunkt var Netscape Communications’ web-browserprogrammet Netscape Navigator det dominerende på markedet. Netscape-virksomheden var også kendt som “the Internet company”. Den første version af Internet Explorer var teknisk set ringere end det konkurrerende produkt fra Netscape. Fra 1995 og fremefter investerede Microsoft 100 mio. \$ pr. år i udviklingen af Internet Explorer, og antallet af Microsoft-medarbejdere der var beskæftiget med Internet Explorer, steg fra 5-6 i starten af 1995 til mere end 1.000 i 1999.³⁷⁾ Ved lanceringen af Internet Explorer 4.0 i slutningen af 1997 var der i fagpressen ingen entydig opfattelse af om Internet Explorer eller Netscape Navigator var det bedste program. Sideløbende med den tekniske udvikling iværksatte Microsoft en strategi med henblik på at øge markedsandelen for Internet Explorer. Kernen i denne strategi var at sikre at de virksomheder der udgjorde de væsentligste distributionskanaler for web-browserprogrammer, promoverede Internet

³⁶⁾ Se i det hele *Meese*, 1999, op. cit.

³⁷⁾ *Findings of Fact*, s. 135.

Explorer frem for Netscape Navigator. Disse virksomheder blev identificeret som dels producenter af computere (hardwareproducenter), dels de såkaldte Internet access providers (IAPs), det vil sige virksomheder som mod vederlag kobler brugere til Internettet.

5.1. Hardwareproducenter

Hardwareproducenterne er de største aftagere af styresystemer. Idet Windows-styresystemet er de facto-standard på markedet for pc'ere, er det vigtigt for hardwareproducenter der fremstiller pc'ere, at kunne udbyde deres produkter med Windows-styresystemet præinstalleret således at computerkøberen ikke selv skal anskaffe og installere et styresystem.³⁸⁾ Til det formål får de licens fra Microsoft.³⁹⁾ Det var imidlertid ikke muligt for hardwareproducenterne at få en licens til Windows-styresystemet som ikke tillige omfattede Internet Explorer. Microsoft anså web-browserprogrammet for en del af Windows-styresystemet som der ikke skulle betales et ekstra licensvederlag for, og i den forstand var det gratis for hardwareproducenterne at præinstallere Microsofts web-browserprogram. Hvis hardwareproducenterne derimod ønskede at præinstallere det konkurrerende web-browserprogram Netscape Navigator skulle der betales licensvederlag til Netscape Communications.

Derudover iværksatte Microsoft begrænsninger på hardwareproducenternes mulighed for at fjerne browserprogrammet fra styresystemet. Ifølge licensaftalen mellem Microsoft og hardwareproducenterne vedrørende Windows 95 måtte hardwareproducenterne ikke foretage ændringer i eller slette nogle dele af Windows 95 inklusive Internet Explorer. Aftalevilkåret var ikke til forhandling og måtte derfor accepteres af hardwareproducenterne hvis de ønskede at præinstallere Windows 95. Bortset fra en periode på et par måneder i efteråret 1997 havde hardwareproducenterne ikke mulighed for at distribuere computere med præinstalleret Windows-styresystem til forbrugerne uden Internet Explorer. Hardwareproducenterne kunne imidlertid uden at handle i strid med licensaftalen præinstallere et yderligere browserprogram herunder Netscape Navigator. Såfremt denne mulighed blev udnyttet, indebar det ifølge domstolen betydelige omkostninger for hardwareproducenterne fordi dels ville ikke-computerkyndige forbrugerne blive forvirrede over at den samme

³⁸⁾ IBM hvis primære aktivitet er hardwareproduktion, lancerede i 1994 det konkurrerende styresystem OS/2 Warp, men på bekostning af OS/2 Warp fortsatte virksomheden med at præinstallere Windows på dets pc'ere da virksomheden kalkulerede med at miste 70-90% af omsætningen på pc-markedet hvis ikke Windows var præinstalleret.

³⁹⁾ Sådanne aftaler er kilden til Microsofts succes idet IBM valgte at præinstallere Microsofts styresystem MS-DOS i den første generation af pc'ere i 1981.

computer indeholdt to programmer der tjente samme formål, og herigennem øge hardwareproducenternes omkostninger ved teknisk support; og dels ville det øge hardwareproducenternes omkostninger ved at teste det endelige produkt. Endvidere ville præinstallering af to web-browserprogrammer indebærer tvivlsom brug af den knappe og værdifulde plads på pc'ens harddisk.

Hardwareproducenter der præinstallerede Netscape Navigator som alternativt browserprogram, havde teknisk set mulighed for at konfigurere computeren således at når den tændtes første gang, blev brugeren bedt om at vælge browserprogram. Såfremt brugeren valgte Netscape Navigator ville systemet fjerne de almindelige midler til aktivering af Internet Explorer uden at programmet som sådan ville blive fjernet, og Internet Explorer ville ikke optræde som navn eller ikon på computerskærmens desktop. Med henblik på denne situation truede Microsoft med at opsiges licensaftalen med de hardwareproducenter som fjernede de af Microsoft valgte ikoner fra computerskærmens desktop eller indgange i styresystemets "start"-menu. Tilsvarende blev de hardwareproducenter som inkluderede programmer i Windows "boot"-sekvens med henblik på installering af programmer fra andre end Microsoft, truet med opsigelse af licensaftalen. Hardwareproducenterne kunne dog præinstallere programmer fra andre end Microsoft og placere korresponderende ikoner på computerskærmens desktop og indgange i "start"-menuen - blot måtte Microsofts egne ikoner og indgange ikke fjernes.

I slutningen af 1995 eller begyndelsen af 1996 iværksatte Microsoft yderligere tekniske foranstaltninger der vanskeliggjorde fjernelse af Internet Explorer fra Windows 95. Programkode til browserprogrammet blev placeret i filer som tillige indeholdt programkode til styresystemet - således at hvis man slettede de filer som indeholdt programkoden til browserprogrammet, ville man samtidig slette dele af programkoden til styresystemet som i givet fald ikke ville være fuldt funktionsdygtigt. Med Windows 95 havde de endelige brugere dog mulighed for at aktivere en "remove"-funktion som set fra brugerens side svarede til at slette browserprogrammet. Denne mulighed blev afskaffet med Windows 98-styresystemet på trods af at talrige andre elementer der af Microsoft blev anset for integreret i Windows 98-styresystemet, kunne fjernes ved hjælp af en sådan "remove"-funktion. Brugerne kunne som nævnt vælge at konfigurere Windows-styresystemet til et andet web-browserprogram end Internet Explorer, men Windows 98 var indrettet på en sådan måde at såfremt en bruger valgte et andet browserprogram, ville systemet i talrige for brugeren overraskende situationer give udtryk for at Internet Explorer skulle

anvendes.⁴⁰⁾ Anvendelsen af Internet Explorer i disse situationer var ikke teknisk nødvendig, og tilkendegivelsen i så henseende kunne derfor ignoreres af brugeren, men den bidrog ikke desto mindre til usikkerhed og forvirring hos brugeren ved den almindelige anvendelse af Windows 98-styresystemet.⁴¹⁾

Endelig fandt domstolen at Microsoft havde anvendt økonomiske incitamenter og trusler for at få særlig betydningsfulde hardwareproducenter til at fremme udbredelsen af Internet Explorer på bekostning af Netscape Navigator. Hardwareproducenten Compaq præinstallerede eksempelvis i 1995 markedslederen Netscape Navigator. Efter forhandlinger i 1996 og 1997 med Microsoft skiftede Compaq til Internet Explorer. Til gengæld garanterede Microsoft at licensvederlaget fra Compaq vedrørende Windows-styresystemet ville være lavere end licensvederlaget fra en hvilken som helst anden hardwareproducent. I tillæg fik Compaq tilladelse til intern anvendelse af samtlige Windows-produkter vederlagsfrit. En anden hardwareproducent Gateway nægtede efter længere tids pres fra Microsoft at skifte fra Netscape Navigator til Internet Explorer på virksomhedens interne pc'ere samt at afstå fra at præinstallere Netscape Navigator på pc'ere der skulle afsættes på forbrugermarkedet. Microsoft fremsatte i den forbindelse forskellige trusler som ganske vist ikke blev realiserede, men Gateway måtte vedvarende betale højere licensvederlag end sine konkurrenter.

Microsoft hævdede at de begrænsninger der i licensaftalen blev pålagt hardwareproducenterne, var begrundet i hensynet til beskyttelse af Microsofts ophavsrettigheder til Windows-styresystemet, og at ophavsretten indebar en ret til at forhindre licenstagere i at distribuere de beskyttede værker i ændret form (f.eks. ved at slette browserprogrammet eller fjerne ikoner fra computerskærmens desktop). Domstolen fandt ikke at ophavsretten havde et sådant indhold og mente ikke at hensynet til beskyttelse af ophavsrettigheder forklarede Microsofts handlinger eller i øvrigt immuniserede Microsoft over for konkurrencelovgivningen.

⁴⁰⁾ De foranstaltninger som Microsoft iværksatte med henblik på at begrænse muligheden for at fjerne Internet Explorer og anvende et andet browserprogram, var rettet mod systemadministratorer og individuelle forbrugere der ikke var bundet af vilkårene i hardwareproducenternes licensaftale.

⁴¹⁾ I en intern meddelelse fremlagt under sagen skrev en Microsoftmedarbejder i slutningen af 1995 til sine overordnede vedrørende sammenhængen mellem styresystemet og browserprogrammet: "We will bind the shell to the Internet Explorer, so that running any other browser is a jolting experience."

5.2. Internet access providers

Når en bruger skal tilsluttes Internettet, sker det via en IAP som til brugeren distribuerer eget program der muliggør tilslutning (access software). Hvis der til dette program knyttes et browserprogram, vil det være nærliggende for brugeren at anvende dette i stedet for at fremskaffe et browserprogram fra anden side.

Enhver IAP kunne vederlagsfrit distribuere Internet Explorer.⁴²⁾ For yderligere at fremme udbredelsen af Internet Explorer udviklede Microsoft et "sign up"-program som blev inkluderet i Windows-styresystemet. En bruger som købte en ny computer med præinstalleret Windows-styresystem, kunne ved hjælp af dette program på enkel vis blive tilsluttet Internettet via enhver IAP som var opført på en i programmet indeholdt liste sammensat af Microsoft. For at komme på denne liste skulle den enkelte IAP udover at betale et mindre vederlag der i hovedsagen blot dækkede de løbende driftsomkostninger ved denne service, vælge Internet Explorer som standard-browserprogram. Aftalen herom lagde endvidere forskellige begrænsninger på IAPs muligheder for at distribuere eller på anden måde fremme udbredelsen af browserprogrammer fra andre end Microsoft. Eksempelvis måtte en sådan IAP ikke på sit website etablere links til Netscape eller på anden måde promovere Netscape. Ifølge aftalen kunne en IAP endvidere ikke distribuere andre browserprogrammer end Microsofts medmindre brugeren udtrykkeligt anmodede herom. Endelig kunne Microsoft fjerne en IAP fra listen i "sign up"-programmet såfremt andelen af denne IAPs samlede antal distribuerede browserprogrammer der ikke var Internet Explorer, oversteg en nærmere angivet andel - i de fleste tilfælde 25%. Dette gjaldt selv hvis den pågældende IAP i overensstemmelse med aftalen havde sikret at alle abonnenter på tegningstidspunktet alene modtog Internet Explorer. De restriktive bestemmelser om optagelse på IAP-listen i "sign up"-programmet ophørte i september 1998.

Den ovenfor nævnte foranstaltning var rettet mod nye brugere der skulle kobles til Internettet. Med henblik på at få tidligere abonnenter til at skifte browserprogram til Internet Explorer tilbød Microsoft rabatter for optagelse på IAP-listen i "sign up"-programmet og i visse tilfælde egentlig betaling til de IAPs der ved opdatering af brugernes access software inkluderede Internet Explorer. Microsoft indgik eksempelvis i 1996 en aftale med AOL (America Online) - der i slutningen af 1995 var den største IAP med ca. 5 mio. abonnenter - som bl.a. indebar at Microsoft betalte AOL 500.000\$ for at

⁴²⁾ Til sammenligning krævede Netscape Communications et vederlag på 15-20\$ for hvert eksemplar af Netscape Navigator der blev distribueret af en IAP.

inkludere Internet Explorer i en ny version af AOLs access software plus 25 cents for hver abonnent der opgraderede til den nye version af AOLs access software,⁴³⁾ plus yderligere 600.000\$ hvis 5,25 mio. af AOLs abonnenter opgraderede AOLs access software inden for et halvt år. I januar 1998 havde AOL mere end 10 mio. abonnenter hvoraf 92% anvendte access software der inkluderede Internet Explorer - et år tidligere var denne andel blot 34%.

I perioden hvor Microsoft har arbejdet for udbredelsen af Internet Explorer, er der sket en betydelig stigning i markedsandelen for Internet Explorer og et fald i Netscape Navigators markedsandel. Domstolen lagde til grund at Navigators markedsandel faldt fra mere end 70% i starten af 1996 til ca. 50% sidst på sommeren 1998, mens Internet Explorers markedsandel i samme periode steg fra ca. 5% til ca. 50% - og fandt endvidere at alting pegede på at denne udvikling er fortsat.

5.3. Middleware

Problemstillingen i Microsoft-sagen vedrørte i første omgang Microsofts forsøg på at udnytte sin monopolstilling på markedet for styresystemer til at sikre sig monopolstilling på markedet for browserprogrammer. Motivet bag disse handlinger var ifølge domstolen imidlertid ikke at afsætte et browserprogram (Internet Explorer) der alene i kraft af sine egenskaber ikke var særlig attraktivt for brugerne. Det blev lagt til grund at Microsoft havde ofret meget store beløb i bestræbelserne på at opnå en dominerende stilling på markedet for browserprogrammer og aldrig havde haft forventning om at tjene penge på Internet Explorer. Microsofts forsøg på at udbrede Internet Explorer var ifølge domstolen begrundet i en målsætning om at opretholde monopolstillingen på markedet for styresystemer. Denne sammenhæng beror på at web-browserprogrammer, som f.eks. Netscape Navigator, kan virke som en ny platform til hvilken der kan skrives applikationsprogrammer. Et applikationsprogram er afhængig af et underliggende styresystem, og styresystemet understøtter applikationsprogrammer ved hjælp af såkaldte "application programming interfaces" (API). APIs er grænseflader som et applikationsprogram kan forbindes til med henblik på at aktivere præ-producerede blokke af programkode i styresystemet. Disse blokke af programkode udfører centrale funktioner, såsom at vise tekst på computerskærmen og hente information fra computerens hukommelse. Applikationsprogrammets afhængighed af styresystemet er således knyttet til APIs. Der findes imidlertid andre edb-programmer end styresystemer som indeholder APIs, f.eks. Netscapes

⁴³⁾ Det variable beløb var dog maksimeret til 1 mio. \$.

browserprogram og virksomheden Sun Microsystems' version af Java programmeringsteknologi (de såkaldte Java class libraries). Sådanne programmer kaldes også for middleware.⁴⁴⁾ På det nuværende teknologiske stade er der intet middleware som indeholder en tilstrækkelig mængde APIs til at det kan betale sig for producenter af applikationsprogrammer at udvikle programmer alene til denne platform. Netscape Navigator og Java class libraries indeholder tilsammen mindre end 1.000 APIs - til sammenligning indeholder Windows 98 næsten 10.000 APIs.

Rivalisering mellem Microsoft og Netscape Communications om det dominerende web-browserprogram kan på denne måde afgøre hvilken platform fremtidige applikationsprogrammer skal skrives til. For øjeblikket udvikler langt de fleste softwareproducenter applikationsprogrammer til Windows-styresystemet. Hvis et web-browserprogram udvikler sig til en selvstændig platform, kan softwareproducenter vælge at udvikle applikationsprogrammer til denne platform uafhængigt af det underliggende styresystem uden tab af funktionalitet. Såfremt Netscape Communications var indehaver af en sådan platform, kunne Netscape Communications frit vælge hvilket styresystem platformen skulle knyttes til, og Windows ville ikke nødvendigvis være den foretrukne kandidat sammenholdt med øvrige styresystemer som UNIX, OS/2 Warp, Mac OS eller det åbne styresystem Linux. I givet fald ville der opstå en mulighed for at reintrodere konkurrence mellem styresystemer for pc'ere, og de facto-standarden for hvilken platform der skrives applikationsprogrammer til, ville ændre sig fra Windows til Netscape. Microsofts adfærd kan således ses som et forsøg på at overføre den eksisterende monopolstilling til et nyt teknologisk paradigme. Dette skete ifølge domstolen ved at Microsoft i en periode på ca. 4 år ved forskellig restriktive handlinger ("exclusionary acts") prøvede at overbevise softwareproducenter om at udvikle programmer til Microsofts platform og ignorere alternative platforme i særdeleshed Netscapes browserprogram Navigator og Suns version af Java programmeringsteknologi.

District Court-afgørelsen af 3. april 2000 er baseret på et stort antal handlinger som Microsoft har foretaget i en ca. 4-årig periode, og begrundelsen er noget dunkel i den forstand at det ikke er klart hvilke af Microsofts handlinger der er retsstridige, og hvilke der ikke er. Men ud fra en helhedsbedømmelse finder domstolen at effekterne af Microsofts handlinger

⁴⁴⁾ Middleware kan ikke erstatte styresystemet, men er afhængig af styresystemets APIs samtidig med at det stille egne APIs til rådighed for producenter af applikationsprogrammer. Middleware ligger således mellem styresystemet og applikationsprogrammer - heraf betegnelsen.

er tilstrækkeligt til at fastslå at Microsoft har handlet i strid med konkurrencelovgivningen.⁴⁵⁾

5.4. Det konkurrenceretlige indgreb

Med henblik på at genskabe konkurrencen dømte District Court Microsoft til at opdele aktiviteter vedrørende softwareproduktion i to adskilte forretningsenheder: én enhed der omfatter produktion af styresystemer, og én enhed der omfatter produktion af applikationsprogrammer. Til den udskilte enhed skal overføres det personale samt de materielle og immaterielle aktiver inklusive immaterialrettigheder som er nødvendige til produktion, distribution m.v. af den pågældende type programmer, samt i øvrigt de aktiver som er nødvendige for at kunne drive den udskilte enhed som en uafhængig og økonomisk levedygtig enhed.⁴⁶⁾ Retten fastsatte tillige nærmere betingelser der med hensyn til ejerskab begrænser sammenfaldet mellem de to enheder. Derudover blev der stillet specifikke krav til de to adskilte enheder der dels skal sikre en reel adskillelse, og dels øge konkurrencen på markedet for software. Med henblik på sidstnævnte er der navnlig fastsat krav der er gældende i perioden indtil adskillelsen er fuldstændt.⁴⁷⁾

6. De sententia ferenda

For så vidt angår tying-problematikken forekommer District Courts afgørelse at hvile på forholdsvis sikker grund under hensyn til Supreme Courts praksis vedrørende tying i særdeleshed afgørelsen *Jefferson Parish Hospital Dist. No.*

⁴⁵⁾ Således udtales: "The facts found do not support the conclusion, however, that the effect of Microsoft's marketing arrangements with other companies constituted unlawful exclusive dealing under criteria established by leading decisions under § 1." Videre hedder det: "Microsoft's campaign ... can be broken down into discrete categories of activity, several of which on their own independently satisfy the second element of a § 2 monopoly maintenance claim. But only when the separate categories of conduct are viewed, as they should be, as a single, well-coordinated course of action does the full extent of the violence that Microsoft has done to the competitive process reveal itself."

⁴⁶⁾ Jf. Final Judgement of 06/07/00 (Civil Action No. 98-1232 (TPJ) & No. 98-1233 (TPJ)).

⁴⁷⁾ Om de mulige samfundsmæssige omkostninger ved en tvungen opdeling af Microsoft i en enhed der producerer styresystemer, og en der producerer applikationsprogrammer, se *Steven J. Davis & Kevin M. Murphy*: "A Competitive Perspective on Internet Explorer", 90 *American Economic Review* (2000), s. 184-187.

2 v. *Hyde* fra 1984.⁴⁸⁾ Der kan alligevel være anledning til en vis tvivl om at resultatet vil blive det samme ved en andeninstansbehandling. Der har været en stigende kritik af det i amerikansk ret udviklede per se-forbud mod tying som hævdes at forbyde visse forretningsmetoder der er til gavn for såvel virksomheder som forbrugere (navnlig i forbindelse med innovative produkter). For det første kan kombinationen af to produkter indebære en reduktion i omkostningerne ved produktion og distribution. Man kan eksempelvis forestille sig at kombination af to edb-programmer ville medføre reducerede omkostninger ved licensering og distribution af programmerne (kombinationen kan således løse et transaktionsomkostningsproblem). For det andet kan kombinationen af to produkter være et middel til at sikre produkternes kvalitet i de tilfælde hvor produkterne anvendes samtidigt - f.eks. et styresystem og et applikationsprogram. Hvis produkterne ikke lever op til forbrugernes forventninger, og forbrugeren ikke er i stand til at observere årsagen hertil, vil forbrugeren antage at begge produkter er af dårlig kvalitet selvom det måske kun er det ene produkt. Virksomheden der kombinerer sådanne produkter, kan sikre et ensartet kvalitetsniveau og forhindre skade på sit renommé som følge af komplementære lavkvalitetsprodukter (kombinationen kan således løse et informationsproblem).

Der er dog stadig tilfælde hvor kombinationen af to produkter er skadelig for konkurrencen. Det drejer sig om de tilfælde hvor en virksomhed der har markedsstyrke for så vidt angår produkt A, kombinerer dette med et andet produkt B og herved udelukker konkurrencen på markedet for produkt B. Under tilsvarende omstændigheder kan en dominerende virksomheds kombination af to produkter være skadelig for konkurrencen hvis nye udbydere er nødsaget til enten at udbyde begge produkter eller ingen af dem. Et ofte fremført argument for at forbyde kombinationen af to produkter er at virksomheder der er dominerende på markedet for produkt A, kan udnytte denne markedsstyrke til at påtvinge forbrugerne et inferiørt produkt B. Argumentet har ifølge økonomisk teori tvivlsom validitet fordi virksomheden kan opnå et større økonomisk udbytte af sin styrke på markedet for produkt A ved simpelthen at hæve prisen på produkt A fremfor at gøre køb af produkt A betinget af at forbrugeren tillige køber det inferiøre produkt B. Det forudsætter dog at der er konkurrence på markedet for produkt B. Kun i de tilfælde hvor en dominerende virksomheds kombination af to produkter udelukker

⁴⁸⁾ 466 US 2 (1984), s. 21 ff.

konkurrencen på markedet for produkt B, er der som ovenfor nævnt et økonomisk argument for at forbyde kombinationen.⁴⁹⁾

Nye programfaciliteter (f.eks. en web-browser) som kan være indeholdt i et nyt softwareelement i en softwarepakke (f.eks. Windows-styresystem), vil som andre softwareprodukter kræve betydelige udviklingsomkostninger, men når programmet én gang er skabt, kan det distribueres til meget lave (ikke-stigende) marginale omkostninger. Fra en samfundsmæssig synsvinkel kan det af denne grund være efficient at tilbyde det nye softwareelement til alle købere af softwarepakken til en beskednen merpris (dvs. kombinere det nye software med det gamle), i stedet for at gøre faciliteten valgfri, og kun lade de der vælger den, betale en merpris. For softwareproducenter der alene konkurrerer med den nye softwarefacilitet og ikke med softwarepakken som helhed, vil denne praksis opleves som en væsentlig konkurrencebegrænsning,⁵⁰⁾ men det er ikke ensbetydende med at det er skadeligt fra en samfundsmæssig synsvinkel.

Den måske skarpeste kritik af det i amerikansk ret udviklede per se-forbud mod tying udspringer af den moderne virksomhedsteori.⁵¹⁾ Det hævdes her at gældende konkurrenceret er baseret på anvendt pristeori i den industriøkonomiske tradition der bl.a. forudsætter at virksomheder har ens produktionsfunktioner. Det betyder at hvis det samfundsmæssigt set er økonomisk fordelagtigt at én virksomhed udbyder to produkter som en kombineret ydelse, så vil det også være fordelagtigt at andre virksomheder gjorde det samme. Ud fra denne opfattelse kan der argumenteres for at i det tilfælde hvor to typer af edb-programmer almindeligvis udbydes som separate produkter, men en virksomhed desuagtet udbyder produkterne i kombination og i øvrigt har en dominerende stilling på markedet, misbruger denne virksomhed sin markedsstyrke. I moderne virksomhedsteori antages virksomheder at være forskellige bl.a. med hensyn til institutionel struktur, virksomhedsspecifik viden, og historisk udvikling. Konsekvensen heraf er at hvad der er økonomisk fordelagtigt for den ene virksomhed, ikke nødvendigvis er det for den anden, og derfor kan en dominerende virksomheds kombination af to produkter medføre økonomiske fordele som ikke kan realiseres af andre virksomheder. Hvis der forekommer sådanne økonomiske fordele, kan virksomhedens praksis

⁴⁹⁾ Se f.eks. *Katz & Shapiro*, 1998, op. cit., s. 42 ff.

⁵⁰⁾ Se *Teece & Coleman*, 1998, op. cit., s. 813 f, s. 841 f.

⁵¹⁾ Den bedst kendte teoretiker der forbindes med moderne virksomhedsteori, er nok *Oliver Williamson*.

med at kombinere produkter være et middel til at afhjælpe markedssvigt.⁵²⁾ Virksomheder der producerer innovative produkter, antages at være mere heterogene end andre virksomheder idet der navnlig kan være forholdsmæssig stor forskel på virksomhedsspecifik viden. Selv hvis denne opfattelse får indflydelse på en kommende appelsag, er det ikke givet at sagen vil falde ud til Microsofts fordel, men sagen kan i givet fald resultere i en mere nuanceret afvejning af fordele og ulemper ved Microsofts handlinger under rule of reason, fremfor det "kontante" og efter District Courts opfattelse gældende per se-forbud mod tying.⁵³⁾

Ifølge Microsoft skaber kombinationen af Internet Explorer og Windows-styresystemet en værdi for forbrugerne som ville gå tabt hvis forbrugerne selv kombinerede de to produkter. Kombinationen bidrager efter denne opfattelse til at reducere transaktionsomkostninger. Justice Department mener derimod at kombinationen udelukker konkurrencen på markedet for browserprogrammer. Det afgørende konkurrenceretlige problem består i at opstille et kriterium der kan udskille de konkurrenceskadelige kombinationer. Som den konkrete sag illustrerer er den måske største vanskelighed at sondre mellem produktkombinationer og integrerede produkter. Dette kompliceres af at forskellige programfunktioner kan distribueres på adskilte medier, f.eks. på flere forskellige disketter, eller som et integreret produkt hvor funktionerne er integrerede helt ned i programkoden - uden at der i øvrigt nødvendigvis vil være forskel på programmernes egenskaber. Hvis programfunktioner der er integreret i programkoden, accepteres i konkurrenceretten, vil softwareproducenter ved udvikling af edb-programmer kunne gardere sig mod alle konkurrenceretlige påstande om tying, og det må derfor antages at tying-problematikken i givet fald med tiden overhovedet ikke vil forekomme i softwarebranchen. For at undgå denne situation og med henblik på at fremme konkurrencen kunne konkurrencemyndighederne kræve at softwareproducenter i produktion og distribution af programmer anvendte programmoduler med veldefinerede og åbne grænseflader mellem de enkelte moduler. Herved risikerer man dog at miste stordriftsfordele i produktion og distribution til skade for forbrugerne, og står endvidere tilbage med de vanskelige spørgsmål om hvem der skal bestemme de enkelte modulers omfang, og hvorledes de åbne grænseflader skal defineres og kontrolleres.⁵⁴⁾

⁵²⁾ Se Meese, 1999, op. cit., s. 112 ff.

⁵³⁾ Jf. f.eks. Meese, 1999, op. cit., s. 99 ff.

⁵⁴⁾ Jf. Katz & Shapiro, 1998, op. cit., s. 50 f.

7. Afslutning

De centrale konkurrencepolitiske spørgsmål som Microsoft-sagen rejser, er hvorvidt Microsoft skal have mulighed for at kombinere Internet Explorer med Windows-styresystemet - i bekræftende fald kan konsekvensen blive at Microsoft overfører sin nuværende markedsstyrke til et nyt teknologisk paradigme. Og det er netop i dette lys Microsoft-sagen skal ses: som en kamp om den fremtidige platform for computerprogrammer.⁵⁵⁾ Der kan peges på forskellige vilkår i Microsofts licensaftaler som forekommer konkurrencepolitisk uacceptable, men med hensyn til sagens kerne (kombinationen af Internet Explorer og Windows kampen om den fremtidige platform) er det ikke åbenlyst at Microsoft har handlet i strid med samfundsøkonomiske interesser. Kombination af produkter (tying) er en velkendt problemstilling i traditionel konkurrenceret, hvorimod den konkurrenceretlige regulering af kampen om den fremtidige platform er en for den gældende konkurrenceret ny situation der er knyttet til fremkomsten af moderne informationsteknologi, og de to problemstillinger hænger i vid udstrækning sammen. I den konkurrenceretlige bedømmelse heraf er der ikke megen vejledning at hente i tidligere praksis. Dette betyder naturligvis ikke at almindelige konkurrenceretlige principper ikke kan finde anvendelse, men begrunder nok en vis tilbageholdenhed. I bedømmelsen bør inddrages de realøkonomiske konsekvenser af Microsofts handlinger. Kombinationen af Internet Explorer med Windows uden at forbrugerne skal betale yderligere vederlag herfor, øger ifølge Microsoft kendskabet til Internettet og medfører at prisen for adgang til Internettet reduceres bl.a. fordi Netscape Communications som følge af Microsofts handlinger i hovedsagen ophørte med at opkræve vederlag for Netscape Navigator. Således argumenterer Microsoft med at handlingerne har bidraget til at øge kvaliteten af web-browserprogrammer, reduceret omkostningerne ved anskaffelse af disse programmer og øget adgangen hertil - alt sammen til fordel for forbrugerne. Udeladt af argumentationen er imidlertid konsekvenserne for etablering af en fremtidig platform for applikationsprogrammer - nærmere bestemt risikoen for at Microsofts handlinger afskærer etablering af en ny platform der muligvis er mere fordelagtig i økonomisk og teknologisk henseende.

Til beskrivelsen af de realøkonomiske konsekvenser af Microsofts handlinger hører at de primære "ofre", Netscape Communications og Sun Microsystems (Java), har udnyttet forskellige muligheder for at fremme

⁵⁵⁾ Jf. også *Franklin M. Fisher*: "The IBM and Microsoft Cases: What's the Difference?", 90 *American Economic Review* (2000) 180, s. 183.

etableringen af en alternativ platform til Windows. Netscape Communications har siden 1995 inkluderet den nødvendige Java-teknologi (de såkaldte Java virtual machines) i samtlige Netscape Navigator-programmer der blev distribueret, og således har Netscape Navigator været det væsentligste middel til udbredelsen af Java-teknologien. Det kan rimeligvis antages at Netscape Navigator i dag har en markedsandel for web-browserprogrammer på ca. 40%. Den store Internet access provider AOL opkøbte i 1999 Netscape Communications for en aktiebeholdning der anslås af have en værdi på ca. 10 mia. \$. AOL har som nævnt indgået en aftale med Microsoft om at inkludere Internet Explorer i AOLs access software. Når denne aftale udløber, kan det meget vel tænkes at AOL udskifter Internet Explorer med Netscape Navigator; i givet fald og såfremt AOLs abonnenter vælger det nye opgraderede web-browser-program, vil Netscapes markedsandel i USA stige fra de nuværende ca. 40% til mere end 60%. AOLs opkøb af Netscape Communications og den herved opståede alliance mellem AOL og Sun Microsystems skaber en forventning om at AOL vil distribuere såvel Netscape Navigator som Java virtual machines til AOLs abonnenter. Uanset Microsofts intentioner og faktiske handlinger er der således for øjeblikket ingen tegn på at hverken Netscape eller Java skulle være slagen teknologi.

De konkurrencemæssige problemer udspringer af netværkseksternaliteter, og den konkurrenceretlige udfordring består i at tilpasse konkurrenceretten til informationsteknologiske markeder med betydelige netværkseksternaliteter - nærmere bestemt at få afstemt bedømmelsen af velkendte konkurrencebe-grænsende foranstaltninger med de langsigtede konsekvenser for etablering af nye teknologiske netværk. I Microsoft-afgørelsen er domstolen fokuseret på at Microsofts handlinger vedrører kampen om den fremtidige platform, og har således en god forståelse for at en eventuel indskriden over for Microsoft skal finde sted inden denne platform er etableret, men i sin fokusering på kampen om den fremtidige platform overser domstolen tilsyneladende den samfundsmæssige fordel ved realisering af de netværkseksternaliteter der er knyttet til Windows-styresystemet.

Trade vs. Environment, Trade vs. Labor or Why the 1999 WTO Ministerial Got Hijacked in Seattle

af
Lynn Roseberry

1. Introduction

For a long time, the GATT-sponsored trade negotiations that led to the establishment of the WTO have taken place in relative obscurity, concerning themselves with arcane subjects like tariffs, quotas, subsidies, antidumping measures and multilateral investment agreements. But to the surprise of many observers, the 1999 Seattle WTO ministerial conference was disrupted by more than 25,000 people protesting against the World Trade Organization.¹⁾ The opening ceremonies were canceled because the demonstrators had trapped the visiting WTO dignitaries in their hotels.

The general theme of the Seattle demonstrations was a call for WTO rules to be more responsive to social concerns, specifically the environment, labor rights, and Third World poverty.²⁾ The origin of these calls for the WTO to be more responsive to social concerns lies in the stark contrast between the GATT's success at eliminating trade barriers³⁾ and the world's failure to alleviate poverty in the Third World, the worsening condition of the world's

¹⁾ See Richard Lacayo, "Rage Against the Machine", *Time*, December 13, 1999, vol. 154, no. 24 (U.S. edition).

²⁾ See Margaret Hornblower, "The Battle in Seattle", *Time* (Europe), December 6, 1999 Vol. 154, No. 23; "Union and Environmental Advocates Aim to Use Political Clout at WTO Ministerial," 16 *International Trade Reporter* (BNA, 1 December 1999). Not coincidentally, the general theme of the protests reflects the composition of the organized opposition to the world trade regime in the U.S.: an alliance of unions, environmental, human-rights and consumer activists. See *id.*

³⁾ Over the course of the eight GATT-sponsored multilateral trade negotiation rounds, traditional "border barriers" such as tariffs and quotas have been significantly reduced. GATT/WTO members have also committed themselves to eliminate a line of high-profile non-tariff barriers to trade, including technical regulations and product standards, phytosanitary measures and other barriers to agricultural trade, and important barriers to trade in textiles and clothing. The Uruguay Round (1986-1994) also expanded the GATT's portfolio by including two new sectors: intellectual property and services. See generally, Kevin C. Kennedy, "The GATT-WTO System at Fifty", 16 *Wis. Int'l L.J.* 421 (1998).

ecosystems,⁴⁾ and the growing gap between rich and poor.⁵⁾ In the first fifty years of the GATT (1948-1998), merchandise trade grew 18 fold,⁶⁾ while the list of unsolved environmental and social problems has also risen. As United Nations Secretary-General Kofi Annan observed in a speech at the Seattle ministerial, "[T]he trading system is one of the great success stories of the past half-century," but multinational companies risk a wave of protectionism unless they commit to "global corporate citizenship" in the form of concessions to labor, human rights and environmental health.⁷⁾

Labor, human rights, and environmental activists in the developed countries believe that the success of the multilateral trading system is closely linked to, if not the cause of, the lack of progress on the environmental and social fronts. They argue that competition with countries with lower standards will have a negative effect on the standards of their own countries. They also feel a moral obligation to protect workers abroad and the global environment and believe that competitive advantages resulting from unacceptably low standards that harm workers and the global environment are morally illegitimate.⁸⁾

⁴⁾ See Eugene Linden, "Condition Critical," *Time, Special Earth Day Edition*, April/May 2000, at pages 18-20, summarizing the report issued by the Pilot Analysis of Global Ecosystems ("PAGE"), *People and Ecosystems: The Fraying Web of Life*, sponsored by the World Bank, the UN Development Program, the UN Environment Program and the World Resources Institute. PAGE examined the state of knowledge about five major categories of ecosystems—coastal/marine, freshwater, agricultural lands, grasslands, and forests, scoring them in terms of their capacity to continue to deliver the goods and services that support life and human economies. PAGE found that all five categories are showing signs of deterioration.

⁵⁾ While real wages dropped by 14% in the U.S. over the past twenty years, the GDP rose by 55% adjusted for inflation, and the top 5 percent of households enjoyed an income boost of almost 20 percent. Ted Halstead and Clifford Cob, "The Need for New Measurements of Progress" in *The Case Against the Global Economy* (edited by Jerry Mander and Edward Goldsmith, San Francisco, Sierra Club Books, 1996) [hereinafter "*The Case*"]. The gap between rich and poor on the global level is much more dramatic. The industrial nations, which represent approximately one-fifth of the world's population, use 80% of the world's resources (e.g. forests, minerals and metals) while the Third World, with three-quarters of the world's population, uses only 20 percent of the world's resources. Martin Khor, "Global Economy and the Third World" in *The Case, supra*.

⁶⁾ WTO statistics, from WTO Official Ministerial website: http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min99_e/english/about_e/22fact_e.htm/.

⁷⁾ As quoted by Hornblower, *supra* note 2.

⁸⁾ A substantial number of environmentalists are also concerned that trade is causing environmental harm by promoting economic growth that results in accelerated degradation of the global environment as a whole. See, e.g., Edward Goldsmith, "Global Trade and the Environment" in *The Case, supra* note 5, at 78.

Calls for linking trade to compliance with labor or environmental standards through the incorporation of social or environmental clauses into the GATT/WTO agreements have been largely resisted by developing countries and by many trade scholars. They view these demands as, at worst, motivated by the desire to protect jobs at home against increased competition from the Third World at the expense of global economic welfare and the pressing needs of the developing countries. At best, they view calls for such linkages as empirically unsupportable attacks on the main economic justification for liberalized trade—the theory of comparative advantage.⁹⁾

This article seeks to provide some insight into the standoff between “free” traders¹⁰⁾ and labor and environmental advocates. To provide the necessary background to understand their arguments, I will first present the economic justification for trade liberalization, the core GATT principles, and the existing provisions in the GATT regarding environmental and labor issues.

I will then give a brief overview of the GATT dispute settlement procedure under GATT 1947 and GATT 1994 and the decisions of GATT/WTO dispute panels that have caused unease among environmental and social activists. Finally, I will go into deeper detail with two Appellate Body decisions and conclude by discussing their implications for the trade/labor and trade/environment debates.

2. Overview of the GATT/WTO Trading System: its economic justification, core principles, and labor and environmental provisions

While they have been further refined and to some extent qualified, the classical economic theories of Smith and Ricardo supporting free trade constitute the

⁹⁾ For an example of a leading economist trade scholar’s argument along this line see Jagdish Bhagwati, “Trade Liberalisation and ‘Fair Trade’ Demands: Addressing the Environmental and Labour Standards Issues,” *The World Economy*, vol. 18, nr. 6 (November, 1995) 745-759. A brief description of the theory of comparative advantage is provided below in the text accompanying notes 11-14.

¹⁰⁾ Like other commentators on the trade/labor and trade/environment debates, see, e.g., Dan Esty, *Greening the GATT: Trade, Environment, and the Future* (Washington, D.C.: Institute for International Economics, 1994) 3, I use the term “free trader” and “environmentalist” or “environmental” and “labor” activists as loose descriptions of the opposing sides in the trade/environment and trade/labor debates. Neither environmentalists nor labor activists are monolithic or adhere to any single set of principles. Nor does the trade community share a common creed. Even those in favor of trade liberalization rarely see complete “free trade” as their goal. *Id.*

underpinnings of conventional international trade theory.¹¹⁾ Adam Smith's unique contribution was the argument that a country's prosperity would be maximized only by ensuring that the nation's resources are used efficiently, which requires countries to concentrate on those economic activities in which they have a competitive advantage and abstain completely from regulating foreign trade. His famous words from 1776 are the mantra for modern free traders:

[I]t is the maxim of every prudent master of a family, never to attempt to make at home what it will cost him more to make than to buy. The taylor does not attempt to make his own shoes, but buys them of the shoemaker. The shoemaker does not attempt to make his own clothes, but employs a taylor....

What is prudence in the conduct of every private family can scarce be folly in that of a great kingdom. If a foreign country can supply us with a commodity cheaper than we ourselves can make it, better buy it of them with some part of the produce of our own industry, employed in a way in which we have some advantage.¹²⁾

Smith's argument assumed that any given country would have an absolute advantage over its potential trading partners with respect to some product or service. Smith's theory thus came to be known as the theory of Absolute Advantage.¹³⁾ David Ricardo, another 19th-century classical economist, achieved fame by going a step further in showing that "certain goods could be advantageously imported from abroad *even if* the home country had an absolute cost advantage in producing the good."¹⁴⁾ This theory of "comparative advantage" demonstrated that there would still be mutual gains from specialization and trade even if one country was superior to another in producing all goods, or conversely, even if a country was inferior in the production of all goods because countries would specialize in the production of the good in which their opportunity cost¹⁵⁾ was lowest. Ricardo showed that under conditions of free trade, more would be available for consumption in both countries.

¹¹⁾ Michael J. Trebilcock and Robert Howse, *The Regulation of International Trade* (2nd edition, New York, Routledge, 1999) 5; Peter B. Kenen, *The International Economy* (3rd Edition, New York, Cambridge University Press, 1994) 14.

¹²⁾ Adam Smith, *The Wealth of Nations* (1776; New York: Modern Library Edition, 1937) 424.

¹³⁾ It is also referred to as the "eighteenth century rule." Douglas A. Irwin, *Against the Tide: An Intellectual History of Free Trade* (Princeton, New Jersey, Princeton University Press 1996) 89.

¹⁴⁾ Irwin, *supra* note 13, at 90.

¹⁵⁾ Opportunity cost is the implicit sacrifice of other forgone goods, not absolute cost.

The regime established by the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) of 1947 was designed to both establish the conditions for liberalizing trade and subject governments to a system of rules that would preclude them from pursuing protectionist economic policies.¹⁶⁾ However, the commitment to open markets and eliminate government intervention that impedes trade flows was beginning to wear thin by the 1990s.¹⁷⁾ Contracting parties had been imposing quotas in a manner that ignored GATT rules on quantitative restrictions; there were high tariffs in developed countries on goods of the greatest export interest to developing countries; there were numerous derogations from the most-favored-nation and national treatment obligations in the form of GATT-authorized waivers; and there was no effective dispute settlement mechanism for binding resolution of disputes. Critics began to grumble that "GATT" stood for "the Gentlemen's Agreement to Talk and Talk."

The eighth round of GATT-sponsored negotiations (1986-1994), known as the Uruguay Round, was a concerted attempt to deal with these problems. The Uruguay Round is widely acknowledged to represent the most far-reaching and comprehensive development in world trade since 1947.¹⁸⁾ The agreements negotiated at that Round have largely arrested the slide away from liberal trade and the GATT rules that were designed to promote it.

All the areas negotiated in the Uruguay Round were included in the Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations ("Final Act"), signed in Marrakech on April 15, 1994. Other than the Final Act, the most important of the Uruguay Round agreements is the Agreement Establishing the World Trade Organization, under which the institutional functions of GATT 1947 are replaced by the WTO. The WTO Agreement establishes a single institutional framework that encompasses (1) GATT, (2) six "understandings" that amend GATT 1947 (included in Annex 1A to the Final Act), and (3) multilateral trade agreements (MTAs) covering international rules on trade in goods, services, and intellectual property rights.

¹⁶⁾ A key element of the Uruguay Round was the "single package" approach, by

¹⁶⁾ For a brief critical discussion of the history of the GATT see David C. Korten, "The Failures of Bretton Woods" in *The Case*, *supra* note 5. For a more mainstream thumbnail sketch of the history and purpose of the GATT, see Kennedy, *supra* note 3.

¹⁷⁾ The following observations are Kennedy's, note 3 above, at 442.

¹⁸⁾ See *id.*

¹⁶⁾ The six Understandings included in Annex 1A, GATT 1947, as amended and modified, waivers granted under GATT 1947 and which remain in force on the date of entry into force of the WTO Agreement, and the Marrakech Protocol, to which the WTO Members' schedules of market access

which every nation would have to accept the whole package of agreements forged at this round of negotiations or stay out of the Uruguay Round treaty system.¹⁷⁾ The “a la carte” approach of the Tokyo round was terminated, with the exception of the plurilateral trade agreements listed in Annex 4 on government procurement, dairy products, and bovine meat. Those agreements are part of the WTO Agreement for the members that accept them, and are binding on those members, but create no obligations or rights for others.

The contracting parties to the GATT commit themselves to four core legal commitments, sometimes referred to as the four pillars of GATT. They are:

- Article I: the “Most Favored Nation” obligation, which prohibits discrimination between the products of importing member states and requires that any privilege or advantage given to the product of one contracting party be extended immediately and unconditionally to the “like products” of all other GATT contracting parties.
- Article III: the National Treatment obligation, which requires foreign products to be treated no less favorably than domestic “like products”, thus preventing domestic measures designed to protect domestic industry.
- Article XI: prohibits quantitative restrictions and covers bans, quotas, and licenses on exported and imported products.
- Binding commitments to reduce tariffs on imports¹⁸⁾

Article XX of the GATT contains exceptions that apply to these and all the other GATT rules.¹⁹⁾ A WTO member country may rely on these exceptions against a GATT challenge provided they meet the requirements of Article XX’s chapeau (the preamble). That is, they may not be “applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimi-

commitments are appended, are referred to collectively as “GATT 1994.” See *id.*

¹⁷⁾ See generally, John H. Jackson, “The Great 1994 Sovereignty Debate: United States Acceptance and Implementation of the Uruguay Round Results”, 36 *Colum. J. Transnat’l L.* 157, 166 (1997).

¹⁸⁾ The GATT preamble and Article XXVIII provide for multilateral tariff negotiations to reduce existing tariff rates and to bind tariff concessions. Tariff bindings are a legal guarantee that tariffs will not be increased above the maximum tariff level. Kennedy, *supra* note 3, at 428.

¹⁹⁾ See *United States—Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, Appellate Body Report, WT/DS2/AB/R (20 May 1996), page 23: “The exceptions listed in Article XX...relate to all of the obligations under the General Agreement: the national treatment obligation and the most-favoured-nation obligation, of course, but others as well.”

nation between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade".²⁰⁾

Three of the exceptions in Article XX are relevant to environment and labor concerns. They are:

- Measures necessary to protect human, animal or plant life or health (Article XX(b));
- Measures relating to the conservation of natural resources if...made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption (Article XX(g)); and
- Measures relating to the products of prison labor (Article XX(e)).

In addition to these exceptions, two new agreements negotiated at the Uruguay Round and included in the Final Act are relevant to environmental and labor issues. First, the Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS Agreement),²¹⁾ governs regulations aimed at protecting human, animal and plant health within a WTO Member's territory from risks due to diseases, pests and disease-causing organisms, as well as from additives, contaminants, toxins or disease-causing organisms in foods, beverages or feedstuffs. Second, the Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT Agreement)²²⁾ seeks to ensure that technical regulations do not create unnecessary obstacles to international trade. The TBT Agreement covers both mandatory technical regulations and voluntary standards.

The TBT and SPS Agreements permit WTO tribunals to invalidate national health and product safety standards as undue restrictions on trade under legal standards such as "disguised restriction on international trade" or "unnecessary obstacles to international trade."²³⁾ These agreements also encourage governments to use accepted international standards in their regulations, on the grounds that uniform international standards will cause the least trade

²⁰⁾ GATT 1947, Article XX.

²¹⁾ In Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, [hereinafter 1994 Uruguay Round Final Act], at 69-83. April 15, 1995 (done at Marrakech).

²²⁾ In 1994 Uruguay Round Final Act, *supra* note 24, at 117-37.

²³⁾ "Disguised restriction on international trade" comes from GATT Article XX, and is found in paragraphs 7 and 20 of the SPS Agreement. "Unnecessary obstacles to international trade" is contained in Article 2.2 of the TBT Agreement.

disruption.²⁴⁾ The SPS Agreement permits standards higher than international standards, but only on condition that (1) there is a scientific justification or (2) that parties follow a prescribed risk-assessment procedure.²⁵⁾ It is unclear whether the Article XX environmental exceptions included in the GATT apply to the TBT or SPS Agreements.²⁶⁾

Although the issue of trade and environment was not included for negotiation in the Uruguay Round, certain environmental concerns were nevertheless addressed in the results of the negotiations, primarily as a result of international developments during the eight-year-long negotiations.²⁷⁾ The Preamble to the WTO Agreement includes direct references to the objective of sustainable development and to the need to protect and preserve the environment. When GATT/WTO member countries' trade ministers met in Marrakech in April 1994 to sign the Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round, they also took a Decision on Trade and Environment²⁸⁾ in which they directed the first meeting of the General Council of the WTO to establish a Committee on Trade and Environment, to be open to all members of the WTO and which would report to the first biennial meeting of the Ministerial Conference after the entry into force of the WTO.²⁹⁾

²⁴⁾ SPS Agreement, *supra* note 24, paragraphs 9-10.

²⁵⁾ *Id.*, paragraph 11.

²⁶⁾ See David Hunter, James Salzman, & Durwood Zaelke, *International Environmental Law and Policy* (New York, foundation Press 1998) 1208-09.

²⁷⁾ There were two developments. The UN Conference on Environment and Development (UNCED) took place in Rio de Janeiro in June 1992. The focus of the conference, as its title indicates, was how to balance development and economic growth against environmental concerns. One of the results of the conference was a commitment by the participating governments to the principle of sustainable development. See Principle 10 of the Rio Declaration on Environment and Development, Report of the UNCED, Rio de Janeiro, June 3-14, 1992, at 2, U.N. Doc. A/Conf. 151/26/Rev. 1 (Vol. 1)(1993); Agenda 21, UN Doc. A/Conf. 151/26 (1992). In addition, the GATT dispute settlement panel found in favor of Mexico in its complaint against the U.S. for its dolphin conservation regulations permitting importation of only "dolphin safe" tuna. *United States—Restrictions on Imports of Tuna*, DS21/R, 3 Sept. 1991. That decision was both a catalyst for subsequent lobbying and the subject of sustained criticism both before and after the UNCED.

²⁸⁾ Decision on Trade and Environment, adopted by ministers at the meeting of the Uruguay Round Trade Negotiations Committee in Marrakech, 14 April 1994, available at http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/issu5_e.htm (last visited 25 September 2000).

²⁹⁾ The Committee on Trade and Environment (CTE) came into being with the WTO on 1 January 1995 with the following mandate: (1) to identify the relationship between trade measures and environmental measures in order to promote sustainable development; and (2) to make appropriate recommendations on whether any modifications of the provisions of the multilateral

Despite these gestures toward addressing concerns about links between the multilateral trade system and environmental issues, the WTO has not taken any concrete action toward dealing with this area. The problem has been that developing countries are generally opposed to making any changes to WTO rules while other countries suggest that there is a need for greater international dialogue before any proposals could be made.³⁰⁾

Calls for examining links between trade and labor standards have fared even worse within the WTO. No agreement was reached during the Uruguay Round on the creation of any work program on the trade/labor link, nor has there been any formal discussion of the subject within the WTO. Indeed, in the meetings leading up to the agreement on an agenda for the WTO's first ministerial meeting in 1996 in Singapore, labor standards were chief among the points of disagreement. The United States, Canada and most of the European Union pushed for discussion of a link between labor standards and world trade, while most developing countries rejected the idea.³¹⁾ The current approach to the issue within the WTO is reflected in the ministerial declaration produced at Singapore. It merely states a "renew[ed] commitment to the observance of internationally recognized core labor standards", designates the ILO as the competent body to set and deal with these standards and rejects "the use of labour standards for protectionist purposes".³²⁾

3. Dispute Settlement under the GATT and under the WTO

The dispute settlement procedures under GATT and now the WTO Agreements have been a special source of anxiety for environmentalists. Under the GATT (1948-94) seven panel proceedings involving an examination of environmental or human health-related measures were completed in the last twelve years of the GATT.³³⁾ Six of the seven proceedings resulted in findings

trading system are required, compatible with the open, equitable and non-discriminatory nature of the system. See Decision on Trade and Environment, *supra* note 30.

³⁰⁾ See Patricia Iscla Hansen, "Transparency, Standards of Review, and the Use of Trade Measures to Protect the Global Environment," 39 *Virginia J. Int'l L.* 1017, 1036-1037 (1999).

³¹⁾ See "Efforts Resume to Hammer out Agenda for December WTO Meeting in Singapore", *BNA International Trade Daily*, Sept. 17, 1996.

³²⁾ Singapore Ministerial Declaration, adopted on 13 December 1996, WT/MIN(96)/DEC (available at http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min96_e/wtodec.htm).

³³⁾ *United States – Prohibition of Imports of Tuna and Tuna Products from Canada*, ruling adopted on 22 February 1982, BISD 29 Supp. 91; *United States – Superfund* BISD 34 Supp. 136 (1987);

of GATT illegality.³⁴⁾ Indeed, one of them, the panel decision against the U.S. imposition of a trade ban against Mexican tuna imports as part of U.S. dolphin conservation efforts, "catapulted the previously arcane trade and environment linkage onto center stage in American politics."³⁵⁾ Since the WTO's dispute settlement procedure took over from GATT in 1995, four cases relating to environmental or human health-related measures have been completed.³⁶⁾ All four resulted in findings of GATT-illegality. In addition, the first trade dispute involving a human rights-related trade measure was notified in 1997, although it was ultimately withdrawn.³⁷⁾

The frictions between environmentalists and "free traders" that came to a head after the *Tuna-Dolphin* decision have been exacerbated by the new dispute settlement procedure introduced by the Uruguay Round agreements. The twenty-seven-article Dispute Settlement Understanding ("DSU") represents a fairly radical break with prior GATT dispute panel practice by

Canada – Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon, ruling adopted 22 March 1988, BISD 35 Supp. 98; *Thailand – Restrictions on the Importation of and Internal Taxes on Cigarettes*, ruling adopted on 7 November 1990, GATT Doc. DS10/R; *United States – Restrictions on Imports of Tuna* (the "Tuna-Dolphin" case brought by Mexico), GATT Doc 21/R, reprinted at 30 I.L.M. 1594, ruling not adopted, circulated on 3 September 1991; *United States – Restrictions on Imports of Tuna*, ruling not adopted, circulated on 16 June 1994, ("Tuna-Dolphin II" brought by EU) GATT Doc. DS29/R.; *United States – Taxes on Automobiles*, ruling not adopted, circulated on 11 October 1994, GATT Doc. DS 31/R.

³⁴⁾ The only GATT panel decision that found national environmental regulations to be GATT-consistent was *United States – Taxes on Automobiles*, *supra* note 35.

³⁵⁾ Esty, *supra* note 10, at 27.

³⁶⁾ *Australia – Measures Affecting Importation of Salmon*, WT/DS18/AB/R (20 October 1998); *United States – Import prohibition of certain shrimp and shrimp products* (the "Shrimp-Turtle" case), WT/DS58/AB/R, (12 October 1998) report adopted 6 November 1998; *EC Measures concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WTDS26/AB/R and WT/DS48/AB/R (16 January 1998); *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R (report adopted 29 May 1996). There is a fifth case involving EC measures restricting imports of asbestos for health reasons that has been decided, but the report has not yet been adopted as of the writing of this article.

³⁷⁾ This was a complaint by the European Communities and Japan against the U.S., (WT/DS88/1 and WT/DS95/1) in respect of a legislation enacted by the Commonwealth of Massachusetts on 25 June 1996, providing that Massachusetts public authorities are not allowed to procure goods or services from any persons who do business with Burma (Myanmar). The complaint claimed that the legislation violates certain provisions of the Agreement on Government Procurement. The proceedings were suspended at the request of Japan and the EU in light of a federal court's ruling that the state legislation was unconstitutional. See, *Crosby, Secretary of Administration and Finance of Massachusetts v. National Foreign Trade Council*, 120 S.Ct. 2288 or 68 USLW 4545 (19 June 2000).

precluding the possibility of individual member states from blocking adverse panel decisions. The basic procedure is the same: any WTO Member may challenge the laws of any other Member as an illegal trade barrier before a WTO dispute panel in Geneva. However, the panel has the power to approve sanctions against countries that refuse to remove laws that are deemed GATT-illegal and the determinations by WTO tribunals become automatically binding and cannot be blocked unless all member countries vote to stop the decision within ninety days. Under the old GATT rules, there had to be unanimous approval by all GATT's contracting parties before trade sanctions were imposed to enforce a GATT panel's decision. Thus, the United States opposed adoption of the *Tuna-Dolphin* decision, leaving the dispute essentially unresolved.

Primarily as a result of the GATT panel and WTO appellate body decisions holding environmental regulations to be GATT-illegal, the main thrust of the current "trade and environment" debate is an attack by environmental groups on GATT rules that constrain two kinds of regulatory activities by "high-standard" countries: (1) regulations that seek to protect domestic environmental quality, such as a local auto emission or fuel efficiency standard and (2) extraterritorial environmental regulations that impose a high level standard on both domestic and foreign industry, which is enforced by trade restrictions. These have been used by the U.S. to pressure other governments or their nationals to comply with a high-level environmental standard in order to achieve specific global environmental protection goals.

No dispute settlement procedure involving human rights or labor standards has ever been completed under the GATT or WTO. The main thrust of the "trade and labor" debate is over the question of whether a "social clause"—a clause linking market access to compliance with labor standards—should be incorporated into the WTO agreements. Such a clause could take the form of an amendment to Article XX(e), adding additional grounds for trade restrictions to the current prison labor exception. Thus, the GATT/WTO decisions that constrain the ability of national governments to use trade restrictions to bring about international compliance with specific environmental standards are relevant to the social clause debate.

Two WTO appellate body decisions, *United States—Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*³⁸⁾ and *United States—Import*

³⁸⁾ WT/DS2/AB/R, May 20, 1996, 35 I.L.M. 603 (1996).

Prohibition on Certain Shrimp and Shrimp Products,³⁹⁾ provide examples of how the WTO regime constrains domestic and international environmental policy.

1. Constraints on Domestic Environmental Policy: *United States—Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*

The *Reformulated Gasoline* case was initiated as a challenge by Venezuela and Brazil to regulations issued by the United States Environmental Protection Agency (the “EPA”), which implemented provisions of the United States Clean Air Act of 1990. The goal of those regulations, as mandated by the Clean Air Act, was to ensure that pollution from gasoline combustion does not exceed 1990 levels and to reduce such pollution in major population areas.⁴⁰⁾ To meet these goals, the EPA was entrusted with adopting regulations that would apply to all gasoline sold in the U.S., whether by domestic refiners, blenders or importers. The EPA’s regulations relied heavily on the use of 1990 baselines as a means for measuring the “cleanliness” of fuels. Venezuela and Brazil brought a GATT-challenge to the EPA’s regulations because they treated foreign refiners differently from domestic refiners. While imported gasoline had to conform to a stringent statutory baseline, U.S. refiners could rely on baselines derived from actual pollutant levels found in the gas produced in their own refineries in 1990. In practical terms, this meant that imported gasoline that exceeded the statutory baseline could not be sold in the U.S. market whereas gasoline with these same qualities produced in a U.S. refinery could be, provided it conformed with that refiner’s individual baseline.

Venezuela and Brazil claimed the EPA regulations breached GATT Article III(4) (the National Treatment Standard) and that they were not saved by the environmental exceptions included in Article XX. The first WTO panel agreed, and the U.S. appealed to the WTO Appellate Body. The U.S. successfully argued that their measures “related to” the conservation of an exhaustible natural resource (air), within the meaning of Article XX(g), but failed on other grounds. The Appellate Body held that although the challenged regulations satisfied Article XX(g), they did not satisfy the requirements of the chapeau to Article XX. That is, the EPA’s rules for establishing baselines were found to constitute “unjustifiable discrimination” and a “disguised restriction

³⁹⁾ WT/DS58/AB/R, (12 October 1998) report adopted 6 November 1998

⁴⁰⁾ For background on the Clean Air Act of 1990 see Martin A. McCrory and Eric L. Richards, “Clearing the Air: The Clean Air Act, GATT and the WTO’s Reformulated Gasoline Decision,” 17 *UCLA J. Envtl. L. & Pol’y* 1 (1998-99).

on international trade". The Appellate Body based this conclusion on the fact that the U.S. had failed "to explore adequately means...of mitigating the administrative problems relied on...for rejecting individual baselines for foreign refiners, and to count the costs for foreign refiners that would result from the imposition of statutory baselines."⁴¹⁾

Although the Appellate Body's report did not refer to it as such, its analysis proceeded from a version of the "least trade-restrictive" approach that has characterized previous GATT jurisprudence under Article XX.⁴²⁾ Under this approach, a national environmental measure may be upheld under Article XX only if no other reasonably available measure would have achieved the same environmental goals with lesser burdens on trade. This approach sets a very high hurdle, because a policy that intrudes less on trade is almost always conceivable and, therefore, in some sense "available".⁴³⁾ However, political difficulties often get in the way of adopting optimal environmental policies that serve both trade and environmental purposes.

2. Limitations Imposed by the GATT/WTO Regime on International Labor and Environmental Policy Options: *United States—Import Prohibition on Certain Shrimp and Shrimp Products*

One of the main objections environmentalists raise against the GATT/WTO regime is that it severely constrains the use of trade restrictions⁴⁴⁾ as leverage to address global and transboundary environmental issues. Most environmentalists regard trade restrictions as a fundamental tool in their strategic arsenal.

⁴¹⁾ WTO Doc. WT/DS2/AB/R, at 30.

⁴²⁾ Judith Heppler Bello & Maury D. Shenk, Case Note, 90 *Am. J. Int'l L.* 669, 672 (1996). This approach was used in the *Tuna-Dolphin* case. See note 24, below.

⁴³⁾ Esty, *supra* note 10, at 48. See also Bello & Shenk, *supra* note 45, at 672. The United States had argued that alternative means were not feasible for a number of reasons. These are presented, with citations to the relevant authorities, in McCrory and Richards, *supra* note 42, at 14-15.

⁴⁴⁾ Esty, *supra* note 10, at 103, makes a useful distinction between trade restrictions and trade sanctions. He defines trade restrictions as "conditions imposed on goods in trade based on some element of environmental concern related either to the good or its production process," e.g. requirements for pollution control devices in cars; a ban on tuna from a country that kills dolphins during fishing. Trade sanctions are "limitations imposed on goods in trade unrelated to the product's own environmental characteristics but intended to force compliance with environmental policies that the imposing country deems important," e.g. a ban on pearl imports from Japan because of its whaling.

There are simply few civilized ways to exert power internationally,⁴⁵⁾ and trade is one civilized way of promoting participation in and enforcement of international environmental agreements.⁴⁶⁾ The same applies to enforcement of international human rights norms, of which labor rights are a subset. Whereas trade measures have not been viewed as enthusiastically by labor rights advocates as by environmentalists,⁴⁷⁾ increasing international attention has been focused on the challenge of obtaining compliance with certain minimum labor standards, which reflect widely accepted international human rights norms.⁴⁸⁾ The increasing interest in linking trade with labor rights may simply reflect a more general trend of using of sanctions against gross human rights violations that have been imposed by the major Western powers in cases such as South Africa under apartheid and, more recently, Serbia and Iraq.

At first glance it appears as if Article XX would permit the use of trade restrictions for an environmental or even labor-related purpose (i.e. to discourage prison labor). However, two panels convened under the GATT put some substantial limits on that policy option, holding a U.S. law banning imports of tuna harvested by methods harmful to dolphins to be GATT-illegal.⁴⁹⁾ The WTO appellate body reached the same result in regards to a U.S. law banning the importation of shrimp harvested by methods that had been found

⁴⁵⁾ Non-military alternatives to trade sanctions include financial inducements, product labeling, and diplomacy. For an overview of the relative effectiveness of these alternatives, see Trebilcock and Howse, *supra* note 11, at 423-24.

⁴⁶⁾ Esty, *supra* note 10, at 51. Furthermore, there is some evidence that trade sanctions can be quite effective. See Trebilcock and Howse, *supra* note 11, at 441; see remarks of David Balton in "Symposium on World Trade and the Environment", 19 *N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L.* 163, at 164-67, crediting U.S. trade measures in regards to tuna and shrimp fishing with bringing about press in the international protection of dolphins and sea turtles.

⁴⁷⁾ The International Labor Organization, which has a long history and is widely considered to be a champion of labor rights, see Steve Charnovitz, 1 "Trade, Employment and Labour Standards: The OECD Study and Recent Developments in the Trade and Labor Standards Debate," 11 *Temple Int'l & Comp. L.J.* 131, 163 (1997) (noting that the ILO was awarded the Nobel Peace Prize in 1969) has traditionally eschewed coercion in favor of cooperation. Its modus operandi are diplomacy and consensualism. While it does have a supervision procedure for its conventions, it does not have any kind of binding dispute settlement procedure, let alone any provisions for enforcement action.

⁴⁸⁾ See Trebilcock and Howse, *supra* note 11, at 441; Paul Waer, "Social Clauses in International Trade: The Debate in the European Union", 30 *Journal of World Trade* 25 (August 1996).

⁴⁹⁾ *United States—Restrictions on Imports of Tuna*, Report of the Panel, DS21/R-39S/155 (1991), reprinted in 30 *I.L.M.* 1594 (1991); *United States—Restrictions on Imports of Tuna*, Report of the Panel, DS29R, June 1994, reprinted at 33 *I.L.M.* 839.

harmful to certain endangered sea turtle species.⁵⁰⁾ However, the Appellate Body departed substantially from the previous panel decisions in its reasoning. Thus, familiarity with the sea turtle decision is sufficient to understand the current conflict between GATT trading rules and the use of trade restrictions.

There are six species of turtles present in U.S. waters that are protected by the U.S. Endangered Species Act (ESA). Turtles are among the species caught by shrimp trawlers, the estimated yearly loss worldwide being 100,000.⁵¹⁾ In 1987, the U.S. issued regulations pursuant to the ESA, requiring all U.S. shrimp trawl vessels to use approved Turtle Excluder Devices ("TEDs"). In 1988, the U.S. Congress directed the Secretary of Commerce to contract with the National Academy of Sciences (NAS) for a definitive report on the plight of sea turtles. In 1990, the NAS issued a report finding that shrimp trawling was responsible for more sea turtle mortality than all other human activities combined and concluded that the use of TEDs is vital to control the mortality of these endangered species.⁵²⁾ Furthermore, there was strong evidence that these turtles were migratory global species that were not confined to the waters of the U.S. Pursuant to this study, Congress modified the 1987 regulations so as to require the use of approved TEDs by all U.S. shrimp trawl vessels at all times and in all areas where there is a likelihood that shrimp trawling will interact with sea turtles, with certain limited exceptions. In addition, Congress enacted Section 609 of the Endangered Species Act,⁵³⁾ which directed that the protection of these endangered turtles be extended on a worldwide basis. Toward this objective, Section 609 required two implementing steps be taken. First, it called upon the U.S. Secretary of State to initiate bilateral and multilateral negotiations with foreign countries with a view to protecting sea turtles.⁵⁴⁾ Second, it banned the importation of wild shrimp harvested with commercial fishing technology that may adversely affect sea turtles, subject to an exception for harvesting nations that are certified by the Department of

⁵⁰⁾ *United States—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58R, May 15, 1998, (report of the panel) modified by Appellate Body Report, WT/DS58/AB/R, Oct. 12, 1998, available in WTO Dispute Settlement <http://www.wto.org/wto/dispute/distab.htm>.

⁵¹⁾ See Lakshman Guruswamy, "The Annihilation of Sea Turtles: World Trade Organization Intransigence and U.S. Equivocation," 30 *Env't. L. Rep.* 10261 (2000).

⁵²⁾ *Id.*

⁵³⁾ Pub. L. No. 101-162, tit. VI, §609, 103 Stat. 988, 1037-38 (1989), codified as amended at 16 U.S.C.A. 1537 (West Supp. 1999).

⁵⁴⁾ *Id.*, §609(a).

State.⁵⁵⁾ Upon application by a harvesting nation, the Department of State would certify, on an annual basis, that the nation concerned employed a regulatory program comparable to the U.S. and that the average rate of incidental takings of sea turtles in the course of shrimp harvesting was comparable to that of the U.S., or that the harvesting techniques of the nation do not pose a threat of incidental takings of sea turtles.

India, Malaysia, Pakistan and Thailand challenged the certification requirements in the WTO. They argued that the U.S. restrictions on the importation of shrimp violated GATT Articles I, XI and XIII.⁵⁶⁾ Furthermore, they argued that the certification requirements did not qualify under the exceptions of Article XX(b) or XX(g) of the GATT. Both the panel and the Appellate Body, though for different reasons, held that the U.S. measures to protect endangered sea turtles by restricting imports from countries that did not use TEDs was GATT-illegal. The panel held that the import restrictions did not qualify for justification under Article XX because it constituted "unjustifiable discrimination" within the meaning of Article XX's chapeau. Such measures were unjustifiable because they conditioned access to the U.S. market on the adoption of specific policies by foreign governments, which, the panel reasoned, would "threaten the security and predictability of the multilateral trading system."⁵⁷⁾

The Appellate Body also found that the challenged regulations failed to meet the requirements of Article XX's chapeau, but for different reasons. It rejected the notion that WTO members may not unilaterally prescribe conditions for access to their markets, noting that such a rule would render most—if not all—of the Article XX exceptions meaningless.⁵⁸⁾ Furthermore, although maintenance of the multilateral trading system is a "fundamental and pervasive premise" underlying the WTO agreements, it was not the purpose of the Article XX chapeau itself.⁵⁹⁾

Instead, the Appellate Body found that the action of the U.S. amounted to "unjustified discrimination" because the United States had failed to engage "in serious, across-the-board negotiations with the objective of concluding

⁵⁵⁾ *Id.*, §609(b).

⁵⁶⁾ See discussion of Articles I and XI above. Article XIII prohibits the discriminatory administration of quantitative restrictions.

⁵⁷⁾ *U.S. – Shrimp*, report of the panel, note 53, paragraphs 40-45

⁵⁸⁾ *U.S. – Shrimp* Appellate Body report, *supra* note 53, paragraph 121.

⁵⁹⁾ *Id.*, paragraph 166.

bilateral or multilateral agreements for the protection and conservation of sea turtles, before enforcing the import prohibition against...shrimp....".⁶⁰⁾ In making this finding, the Appellate Body brushed aside the United States assertions that it had tried in good faith to enter into bilateral and multilateral negotiations to protect sea turtles and had succeeded in doing so with 19 other countries but not the complainants in this case; furthermore, while the U.S. had successfully negotiated the Inter-American Convention on the Protection and Conservation of Sea Turtles in 1996 and proposed to other Asian nations, including the complainants, that they should also enter into multilateral negotiations, the complainants turned them down.⁶¹⁾ The Appellate Body agreed with the Panel's finding that the negotiating efforts of the United States merely consisted of an exchange of documents, and that the United States did not enter into negotiations before it imposed certification requirements.⁶²⁾

The Appellate Body also found that the certification procedures under Section 609(b)(2) constituted "arbitrary discrimination" within the meaning of Article XX's chapeau because these procedures were not "transparent" or "predictable."⁶³⁾ According to the Appellate Body, there was no formal opportunity for an applicant to be heard or to respond to arguments against it. There was no formal written, reasoned decision; nations were not notified of decisions; the sole notice given was publication in the Federal Register; and there was no procedure for review of, or appeal from, a denial of certification. These omissions were found to be "contrary to the spirit, if not the letter of Article X:3 of the GATT 1994."⁶⁴⁾

This finding is deeply puzzling because, as one commentator has pointed out, the issue concerning the reviewability of certification decisions had already been raised and decided completely differently by American courts in litigation between an environmental group and the Secretary of State.⁶⁵⁾ The

⁶⁰⁾ *Id.*, paragraph 166.

⁶¹⁾ See Panel report, *supra* note 53, paragraphs 26, 122-23.

⁶²⁾ Appellate Body Report, paragraph 172.

⁶³⁾ *Id.*, paragraph 180.

⁶⁴⁾ *Id.*, paragraph 183.

⁶⁵⁾ See Guruswamy, *supra* note 54. He discusses two decisions. The first concerned the attempt of Earth Island Institute to secure an injunction ordering the Secretary of State to negotiate treaties; the U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit held those parts of Section 609 directing the Secretary of State to initiate treaty negotiations to be unconstitutional. See *Earth Island Institute v Secretary of State Warren Christopher*, 6 F.3d 648 (9th Cir. 1993). The same case also decided that the Court of International Trade possessed exclusive jurisdiction with regard to the

U.S. Court of International Trade had already held that the certification procedures could be reviewed both under the Administrative Procedure Act (APA) and the citizen suit provisions of the ESA.⁶⁶⁾ Thus, contrary to the Appellate Body's finding, prompt review and correction of certification denials was available—at least, according to the CIT. Furthermore, Article X(1) requires only that administrative rulings “shall be published promptly in such a manner as to enable governments and traders to become acquainted with them.” It does not require formal notice. Contrary to what the Appellate Body's decision implies, publication of decisions in the Federal Register should satisfy the notice requirement in Article X.

Finally, the CIT is a special court set up for customs matters. Article X(3)(b) of GATT states that in the absence of appeals from such a court, its decisions are determinative of the issues and shall govern the question at issue before WTO tribunals. On this basis Guruswamy argues that the Appellate Body should have accepted the CIT's findings in *Earth Island Institute v. Christopher* as determinative.⁶⁷⁾ However, the Appellate Body did not mention this aspect of Article X.

1. The Implications of *Reformulated Gasoline* and *U.S.—Shrimp*

To fully appreciate the implications of these two Appellate Body decisions, one must first consider what the consequences of these decisions were for American environmental policy. In response to both cases, the U.S. undertook to amend the challenged regulations, since to fail to do so would invite WTO-imposed sanctions.

In response to *Reformulated Gasoline*, the EPA revised the rules to allow a foreign refiner to choose to petition the EPA to establish an individual baseline [IB] reflecting the quality and quantity of gasoline produced at a foreign refinery in 1990 that was shipped to the U.S.⁶⁸⁾ Some environmentalists claim that the revised regulations will not achieve the reductions in air pollution envisioned with the original regulations because foreign refiners will naturally choose the dirtiest baseline—presumably the individual baseline--

certification procedures of Section 609.

⁶⁶⁾ See *Earth Island Institute v. Secretary of State Warren Christopher*, 890 F.Supp. 1085 (C.I.T. 1995).

⁶⁷⁾ Guruswamy, *supra* note 54.

⁶⁸⁾ See “Regulation of Fuels and Fuel Additives: Baseline Requirements for Gasoline Produced by Foreign Refiners,” [hereinafter “Fuel Regulations”] 62 Fed. Reg. 45533 (August 28, 1997)

because it is cheapest, making imported gasoline dirtier than it would have been under the GATT-illegal regulations.⁶⁹⁾ The EPA denies this criticism, stating first that “[t]he size and amount of this impact...is difficult to quantify”.⁷⁰⁾ It would depend on several factors, including for example, the number of foreign refiners that receive an IB, the specific emissions levels of the IBs assigned, and the volume of gasoline included in the IB.⁷¹⁾ Second, the new regulations will address the environmental concerns by “monitoring the average quality of imported gasoline, and if a specified benchmark is exceeded, remedial action will be taken. The remedial action involves making the requirements for imported gasoline not subject to an IB more stringent.”⁷²⁾ The EPA asserts that these safeguards “will ensure the environmental neutrality” of the new regulations.⁷³⁾

In response to *U.S.—Shrimp*, the U.S. announced its intention to implement the WTO decision in a manner not only consistent with its WTO obligations, but also with its commitment to the protection of sea turtles.⁷⁴⁾ In response to media reports that the decision “overturned” a U.S. Law designed to protect endangered sea turtles (Section 609), the director of the Office of Marine Conservation at the U.S. department of State, David Balton, was moved to make a statement refuting those reports.⁷⁵⁾ He listed the WTO findings that would require changes in the regulations and what would be done to implement those changes. He did not note any problems that the changes would create for conservation efforts. Rather he had this to say:

[T]he WTO decision did not require the U.S. to repeal or even to amend Section 609. Instead, the WTO decision called upon the U.S. to implement

⁶⁹⁾ “Fuel Regulations,” 62 Fed. Reg. at 45537.

⁷⁰⁾ *Id.*

⁷¹⁾ *Id.*

⁷²⁾ *Id.*

⁷³⁾ But see, e.g., Sierra Club, “Broken Promises: How the Clinton Administration is Trading Away our Environment”, May 13, 1998, at <http://www.sieraclub.org/trade/reports/promise1.asp> (visited 27 August 2000), where the Sierra Club claimed that “the US EPA last year issued new clean gasoline rules that EPA has itself admitted would increase smog pollution.” The article does not provide the source of that admission, and I have not been able to find anything in the Federal Register, where the new regulations are discussed, indicating that EPA has such an opinion.

⁷⁴⁾ See Sean D. Murphy, “U.S. Implementation of WTO Turtle/Shrimp Decision”, 94 *Am. J. Int’l L.* 361 (April, 2000).

⁷⁵⁾ See, *id.*

Section 609 in a more transparent, flexible and even-handed manner, to seek to negotiate relevant multilateral agreements with the affected nations and to provide technical assistance to those nations when asked. The WTO did not undermine the goal of sea turtle protection in this case. Indeed, many aspects of the WTO decision have strengthened efforts to achieve this goal.⁷⁶⁾

The salient feature of these two appellate body decisions is that although the environmentally related trade measures were held to be GATT-illegal on the basis of Article XX's chapeau, the challenged measures still qualified as "measures relating to the conservation of natural resources" under subparagraph (g). The measures were found to constitute arbitrary, unjustifiable discrimination, and/or a disguised restriction on trade, primarily because the Appellate Body believed less trade restrictive measures would have achieved the same environmental goal. It appears from the follow-up action taken by the United States government that the Appellate Body was correct.

Nevertheless, environmentalists reacted harshly to these decisions.⁷⁷⁾ Given the fact that there appears to be little support for the contention that these WTO decisions will have any significant negative consequences for the environment, the harshness of the reaction appears to relate primarily to the fact that national environmental regulations were subjected to scrutiny and ultimately rejected by WTO tribunals. For example, Lakshman Guruswamy objects to the *U.S. – Shrimp* decision because it "made unprecedented inroads into the sovereignty of the United States, and the protection of the environment."⁷⁸⁾ Indeed some environmentalists espouse the view that the WTO should cede jurisdiction over the review of any nationally determined environmental policy.⁷⁹⁾ Environmentalists who follow this line of reasoning call for amending Article XX so that trade-related environmental regulations would not be subject to the WTO Dispute Settlement Understanding at all. More moderate critics have called for shifting the burden of proof to the complainants in a trade dispute involving domestic environmental policy to prove the absence of regulatory necessity,

⁷⁶⁾ *Id.* (quoting David Balton, Director of the Office of Marine Conservation, U.S. Dep't of State, Remarks to the Eleventh Annual Judicial Conference of the U.S. Court of International Trade on Social Justice Litigation: The CIT and WTO (Dec. 7, 1999), available at <http://www.state.gov/www/policy_remarks/1999/991207_balton_turtles.html>).

⁷⁷⁾ See, e.g., Sierra Club, *supra* note 76; Guruswamy, *supra* note 54.

⁷⁸⁾ Guruswamy, *supra* note 54.

⁷⁹⁾ *U.S. – Shrimp*, report of the panel, note 53, paragraphs 40-45

rather than to the regulating country to prove its presence.⁸⁰⁾

As Esty points out, the value of questioning the appropriateness of submitting trade-related environmental disputes to the WTO for resolution lies in its suggestion that "care should be employed in questioning the means that national political leaders and environmental officials have selected to carry out their goals."⁸¹⁾ In many cases, national environmental regulations are the result of long and hard-fought battles for legislation. Environmental policies are especially difficult to advance politically because the benefits of environmental protection are diffused so widely across society that individuals do not see their value, and relatively few groups are organized or motivated to systematically defend them.⁸²⁾ It is little wonder that environmentalists cringe at the thought of having hard-won environmental regulations defended before a WTO panel, which consists of trade experts who may or may not have experience with environmental regulation, by governmental officials who may be less than enthusiastic about the challenged legislation.⁸³⁾

An environmental clause that would require the WTO to cede jurisdiction over the review of nationally determined environmental policies, or even one that would just shift the burden of proof, seems most unlikely. The developing countries have become increasingly integrated into the world trading system and have begun to compete effectively in the developed countries' markets as the GATT and WTO have gradually eliminated the old-fashioned protectionist instruments like tariffs. It would seem less than coincidental to the developing countries that just when the Uruguay Round agreements have largely eliminated tariffs and numerous non-tariff barriers to trade, the developed countries start to push for taking away WTO's jurisdiction over environmentally-related trade disputes or shifting the burden of proof to the complaining country—which in these cases have usually been developing countries. They, like many trade experts, see a pattern here. Just as one field of trade barriers is cut down, "another one springs up as protectionist interests

⁸⁰⁾ See Esty, *supra* note 10.

⁸¹⁾ *Id.*, at 57.

⁸²⁾ *Id.*, at 73.

⁸³⁾ Guruswamy, *supra* note 54, suggests that the result in the *U.S.--Shrimp* case may have been due to a less than zealous defense by the U.S. government. For specific suggestions about the ways in which WTO dispute settlement is deficient in regards to resolving conflicts over trade-related environmental regulations, see Steve Charnovitz, "Environment and Health under WTO Dispute Settlement", 32 *Int'l Law.* 901, 917-20 (1998).

find new ways to bend the rules of the trading system for their own benefit.⁸⁷¹⁾ Environmentalists cannot expect to surmount these suspicions so long as their arguments appear to be primarily based on protecting national sovereignty, rather than on clearly identifiable deleterious environmental consequences of WTO tribunal decisions.

On the other hand, these two decisions may actually provide some support for labor's calls for a social clause. One of the main obstacles to obtaining agreement from WTO members to incorporate a social clause into the WTO trading rules is the developing countries' fear that developed countries will cloak protectionist policies in labor-rights related trade restrictions. The Appellate Body has demonstrated in these two cases its ability and willingness to fashion hurdles high enough to block such abuses. Developing countries should then have little to fear from a social clause in the form of an amendment to Article XX(e) to include additional specific labor practices that violate international norms.

1. Conclusions

As I hope to have shown in the foregoing, the decisions coming out of the GATT/WTO tribunals have different implications for the trade/labor and trade/environment debates. On the one hand the WTO Appellate Body's restrictive interpretation of Article XX's chapeau may be a boon to social clause supporters, offering some assurance to developing countries that WTO tribunals have the means to expose and dispose of protectionist measures cloaked as labor standards. On the other hand, these decisions tend to solidify the positions of both sides of the trade and environment debate. Opponents of amending the trading rules to offer wider protection for trade-related environmental regulations can point to the fact that after these decisions, it is difficult to deny that GATT/WTO rules do in fact permit the use of trade restrictions to achieve environmental goals, provided they are transparent and even-handed. Environmentalists can point to the fact that in addition to the normal difficulties of getting sufficient political support to enact environmental regulations, they must now also worry about the possibility of having WTO tribunals reverse the few successes environmentalists can claim.

¹⁷⁾ Esty, *supra* note 10, at 24.

Anvendelsen af den komparative retsøkonomiske metode

Et skatteretligt eksempel

Af

Christina D. Tvarnø

1. Indledning

Formålet med denne artikel er at introducere, hvorledes den komparative retsøkonomiske metode med fordel kan anvendes ved anskuelse af EU-retlige problemstillinger.

Artiklen søger at anskueliggøre baggrunden for metoden, samt at give et konkret eksempel på anvendelsen af den komparative retsøkonomiske metode i forhold til en EU-retlig og skatteretlig problemstilling.

Ved en analyse af en EU-retlig problemstilling, kan det være hensigtsmæssigt at se på, hvordan de nationale regler i medlemsstaterne er udformet. Dette skyldes, at de nationale regler i en vis udstrækning vil være en del af harmoniserings processen, og danne grundlag for de fælles regler, der i sidste ende fremlægges i et direktivforslag.

Således er en komparativ juridisk analyse særdeles anvendelig i forbindelse med en analyse af et retsområde, som ønskes harmoniseret i EU.¹⁾

Som det fremgår af betegnelsen *komparativ retsøkonomisk metode* indgår der endvidere et økonomisk element ved anvendelsen af denne analyse metode. Anvendelsen af økonomiske analyser i forhold til juridiske problemstillinger er ikke et ukendt fænomen. Dog skal det i artiklen kort præciseres, hvorledes økonomisk teori kan supplere den juridiske analyse af en EU-retlig problemstilling.

Når der skal foretages en harmonisering af et givent regelsæt i EU, kan det ved udformning af reglerne endvidere være hensigtsmæssigt at undersøge, hvilke økonomiske implikationer de forskellige nationale regler har for de implicerede aktører, reglerne henvender sig til.

¹⁾ Se ligeledes Ole Lando, Emner og metode for retssammenligning på privatrettens område, Tidsskrift for Rettsvitenskap 3/98.

Dette skyldes for det første, at EU i stor udstrækning bygger på et økonomisk fundament. Ses i denne forbindelse på retten til frit at foretage etablering er formålet med denne rettighed i EF-Traktatens artikel 43 og 48 (tidligere artikel 52 og 58), at såvel personer som selskaber skal have mulighed for at foretage grænseoverskridende etablering i form af f.eks. et datterselskab på samme vilkår som nationalt hjemmehørende selskaber i en anden medlemsstat.

En anden begrundelse for anvendelsen af økonomisk teori i forhold til indførelsen af nye regler i EU er, at hvis reglerne har som hovedformål at påvirke økonomisk aktivitet, så er en undersøgelse af reglernes effekt på aktørerne i særdeleshed på sin plads.²⁾

Således kan såvel en komparativ juridisk analyse og en økonomisk analyse bidrage til udformningen af fælles regler i EU-regi.

Denne kombination mellem *dels* en komparativ juridisk analyse og *dels* en økonomisk analyse anvendes i den nye forskningsdisciplin komparativ retsøkonomi.³⁾

Nedenfor redegøres for anvendelsen af den komparative retsøkonomiske metode. Herefter gives et eksempel på anvendelsen af komparativ retsøkonomi i forhold til problemstillingen vedrørende medregning af underskud fra datterselskaber hjemmehørende i en anden medlemsstat i EU. Afslutningsvis redegøres for en række betragtninger i forbindelse med den i eksemplet konkrete anvendelse af den komparative retsøkonomiske metode.

2. Den komparative retsøkonomiske metode

Der skal ikke i artiklen redegøres for anvendelsen af den komparative juridiske metode. I stedet skal det blot nævnes, at ved harmonisering af regler i EU, er den komparative ret afgørende for hvordan reglerne sammensættes. Det er i stort udstrækning tilfældet ved fastlæggelsen af direktiver, at der er anvendt regler fra de forskellige nationale regelsæt. Ligeledes gælder det, at den komparative ret bliver afgørende i selve udformningen af EU-direktiver, når de nationale regler skal sammenlignes og enten udelukkes eller anvendes.⁴⁾

²⁾ Se også Agnete Raaschou-Nielsen og Nicolai Juul Foss, Indledning til rets- og kontraktsøkonomi, 1997, Gad Jura, s. 11.

³⁾ Den engelske betegnelse for komparativ retsøkonomi er "*comparative law and economics*" i henhold til Ugo Mattei, *Comparative Law and Economic*, 1. Ed, The University of Michigan Press, Preface.

⁴⁾ Se for dette ligeledes Ugo Mattei, *comparative law and economic*, 1. Ed, The University of Michigan Press, kapitel 5, s. 124.

Retsøkonomi er derimod et begreb, som skal defineres nærmere. En *retsøkonomisk analyse* skal her forstås som en direkte oversættelse af det engelske begreb "*law and economics*".⁵⁾

"Law and economics" er en rent økonomisk disciplin. Anvendes således en *law and economics*- analyse bruges alene økonomiske metoder og teorier til at behandle et juridisk spørgsmål.⁶⁾

Law and Economics er således et økonomisk metodebegreb, som anvendes til at samle en række økonomiske teorier, som vurderer en given retsregel.⁷⁾

Den *komparative retsøkonomiske analyse* er en kombination af på den ene side den veletablerede komparative ret og på den anden side den økonomiske disciplin *law and economics*, herefter kaldet retsøkonomi.⁸⁾ Interaktionen mellem disse to discipliner er ganske ny. Disciplinen har vundet indpas i den sidste del af 1990'erne.

Kombinationen mellem komparativ ret og retsøkonomi er en kombination mellem to stærke ikke positivistiske metoder i den juridisk forskning. Disse to metoder kan opnå mange fordele fra hinanden, specielt kan den komparative ret med fordel anvende den funktionelle analyse og teoretiske indgangsvinkel, som anvendes ved retsøkonomiske analyser.⁹⁾

Det er muligt at supplere den komparative juridiske analyse, ved at anvende en økonomisk teori *dels* i situationer, hvor reglerne har til formål at regulere økonomisk aktivitet, og *dels* til forståelse af de økonomiske implikationer som forekommer ved forskellige juridiske regelsæt.

Endvidere kan den komparative juridiske analyse bidrage den retsøkonomiske disciplin med et væld af institutionelle alternativer, som ikke kun er teoretiske, men ligefrem testet af den juridiske historiske disciplin.

Ved at foretage en komparativ analyse af et juridisk problem og sammenholde den komparative analyse med en økonomisk analyse vil denne

⁵⁾ I Danmark bliver begrebet *retsøkonomi* dog også i nogle tilfælde anvendt til at angive, når der i forbindelse med en juridisk analyse indgår et element af økonomiske overvejelser. Dette er i og for sig ikke forkert, men retsøkonomi vil i den forbindelse alene betegne den økonomiske analyse, og ikke den samlede analyse. Dette skyldes, at retsøkonomi er en rent økonomisk disciplin.

⁶⁾ Se for samme definition Agnete Raaschou-Nielsen og Nicolai Juul Foss, Indledning til rets- og kontraktsøkonomi, 1997, Gad Jura, s. 10.

⁷⁾ Dette er f.eks. kontraktsøkonomi, pristeori, finansieringsteori og velfærdsøkonomi. Se også Thomas Riis. Ophavsret og retsøkonomi, Immaterielle goder i kulturøkonomisk belysning, 1996, Gad Jura, s. 23.

⁸⁾ Når betegnelsen *retsøkonomi* anvendes i det følgende henvises til ovenstående definition.

⁹⁾ Ugo Mattei, Comparative Law and Economic, 1997, 1. Ed, The University of Michigan Press, Preface.

interaktion mellem de to discipliner bidrage yderligere til løsningen af et givent problem.

Det afgørende i denne sammenhæng er, at den komparative ret kan bidrage med de lege lata og den økonomiske analyse kan i forbindelse med de lege ferenda oplyse, hvilken af de juridisk analyserede regler, der er det mest efficiente, ud fra en analyse af hvordan de forskellige regler påvirker aktørerne i samfundet.

2.1 Samspillet mellem jura og økonomi ved anvendelsen af den komparative retsøkonomiske metode

Den retsdogmatiske juridiske, de lege lata, analyse er grundlæggende for den juridiske forskning. Den danner grundstenen for, hvordan juridiske problemer analyseres, og for hvordan den juridiske forskning søger at klarlægge gældende ret.

Jura er ikke noget, som alene kan forstås som en samling af juridiske regler, men er et mere komplekst fænomen, der afhænger af et væld af forskellige juridiske systemer og værdier, retspraksis og historie.

Der sker ofte det i økonomiske analyser af en retsregel, at alle disse forhold ikke anvendes i en analyse af en given regel. Dette kan resultere i, at der ikke i den økonomiske analyse er taget højde for de muligheder for fortolkning, som gælder for stort set hvilken som helst given regel. Dette kan derfor give det indtryk, at den økonomiske analyse ikke tager højde for den fleksibilitet, der er rum til i den juridiske disciplin.

Den juridiske disciplin indeholder endvidere den normative analyse, de lege ferenda, hvor der gives mulighed for at fremkomme med retspolitiske forhold og indstillinger, i modsætning til den retsdogmatiske analyse, som alene omhandler gældende ret. Den normative tilgangsvinkel til juraen er i modsætning til den retsdogmatiske i større udstrækning påvirket af, hvad der er efficient, bl.a. set i forhold til aktører og samfundet.

Som udgangspunkt indeholder de lege ferenda ikke økonomiske betragtninger funderet i økonomisk teori, men den normative retspolitiske analyse åbner dog mulighed for anvendelsen af andre betragtninger end den retsdogmatiske analyse.

Ved at kombinere den retsdogmatiske metode, den økonomiske teori og den komparative metode, er det muligt at give anvendelsen af efficiens større betydning i den juridiske forskningen, end hvis den komparative metode ikke blev anvendt.

Dette skyldes, at en given regel aldrig vil være efficient eller inefficent, hverken på det abstrakte plan eller på det absolutte plan. Reglen vil altid kunne betragtes ud fra, hvordan andre regler alternativt kunne anvendes og bliver

anvendt i andre sammenhænge.¹⁰⁾

Konsekvensen heraf er, at i et komparativt retsøkonomisk perspektiv er forholdet til, hvorvidt en regel er efficient, ligeledes påvirket af, hvilke alternative regler der kan anvendes i samme situation til at løse et givent problem.

Hvor en retsøkonomisk analyse bidrager med en økonomisk analyse af en given regel, kan den komparativ retsøkonomiske analyse videreføre analysen med en sammenligning af, i hvilket omfang forskellige regler er efficiente i forhold til hinanden, hvilket udvider analysens resultat til at omfatte en yderligere dimension i søgningen på den efficiente regel.

Den komparative retsøkonomiske metode bidrager således med at udfylde og berige den juridiske retsvidenskab og den juridiske metode, ikke med at forandre den retsvidenskabelige metode.¹¹⁾

Ved anvendelsen af *den komparative retsøkonomiske metode* foretages således først en juridisk analyse af reglerne, hvorefter den økonomiske teori anvendes til at forudsige, hvad der vil ske ved anvendelsen af en given regel, og dermed anvendes den økonomiske teori som et supplement til den juridiske analyse.

Det skal hertil bemærkes, at *den komparative retsøkonomiske metode* opfylder kravene i den juridiske metode og de metodiske krav i den økonomiske analyse. Således anvendes såvel jura og økonomi uden at skulle tilpasses i forhold til den polycentriske indgangsvinkel.¹²⁾

3. Et eksempel på en konkret anvendelse af den komparative retsøkonomiske metode

Der vil være mulighed for at anvende den komparative retsøkonomiske metode

¹⁰⁾ For denne opfattelse se ligeledes Ugo Mattei, *Comparative Law and Economic*, 1997, 1. Ed, The University of Michigan Press, kapitel 1, s. 1-2.

¹¹⁾ Den komparative retsøkonomiske metode tager hermed højde for Dag Østerbergs argumentation om, at den nye retsøkonomi bevæger sig hen imod en forandring i retten og den retsvidenskabelige metode. Dag Østerberg advarer mod denne trend, som også forekommer inden for andre videnskaber, som f.eks. statsvidenskaben og sociologien, jf. Dag Østerberg, *Om rettsøkonomi*, Retfærd nr. 69, 18. Årgang 1995.

¹²⁾ Det kan forekomme, at økonomiske analyse af en given regel går på kompromis med den juridiske metode. Ligeledes kan det forekomme at en juridisk analyses, ved anvendelsen af økonomisk teori, ikke tager højde for de antagelser og forudsætninger, som er afgørende i henhold til økonomisk teori. Dette problem opstår således ikke ved anvendelsen af *den komparative retsøkonomiske analyse*, hvor begge analyser er tro mod såvel den juridiske og økonomiske teori's analyseniveau og metode.

i mange situationer. Det er dog oplagt at anvende metoden i situationer, hvor den komparative juridiske metode specielt er anvendelig. Dette er som tidligere nævnt tilfældet ved udarbejdelse af international lovgivning, både ved udarbejdelsen af harmoniseringsforslag i EU og ved uniformering af international ret. Dette kan forekomme indenfor alle retsområder, og her vil en retssammenligning og dermed en komparativ analyse være aktuell.¹³⁾

I artiklen tages udgangspunkt i harmoniseringsprocessen i EU og nedenfor gives et eksempel på, hvordan den komparative retsøkonomiske analyse bidrager med oplysninger, som den juridiske analyse ikke alene kan frembringe. Grundet artiklens omfang anses udførelsen af den komparative juridiske analyse dog for kendt, hvorfor denne undlades i artiklen.¹⁴⁾

Ved anvendelsen af den komparative retsøkonomiske metode er det vigtigt at slå fast, at denne metode ikke søger at forandre den juridiske doktrin. Anvendelsen af økonomi er alene et supplement til den juridiske analyse.

Den aktuelle problemstilling, som udgør artiklens eksempel, tager udgangspunkt i de nationale skatteretlige regler om medregning af grænseoverskridende underskud mellem selskaber i EU.

3.1 Den komparative juridiske analyse i eksemplet

Skattereglerne om underskud i selskaber har indflydelse på funktionen og anvendelsen af det indre marked, herunder etableringsretten i henhold til EF-Traktatens artikel 43 og 48 (tidligere artikel 52 og 58). Skattereglerne bør i den forbindelse være så neutrale som muligt, for så vidt angår i hvilke lande koncernen udøver sin virksomhed.

I eksemplet undersøges således forskellige reglers påvirkning af selskabernes incitament til at foretage grænseoverskridende etablering i form af et datterselskab i en anden medlemsstat i EU.

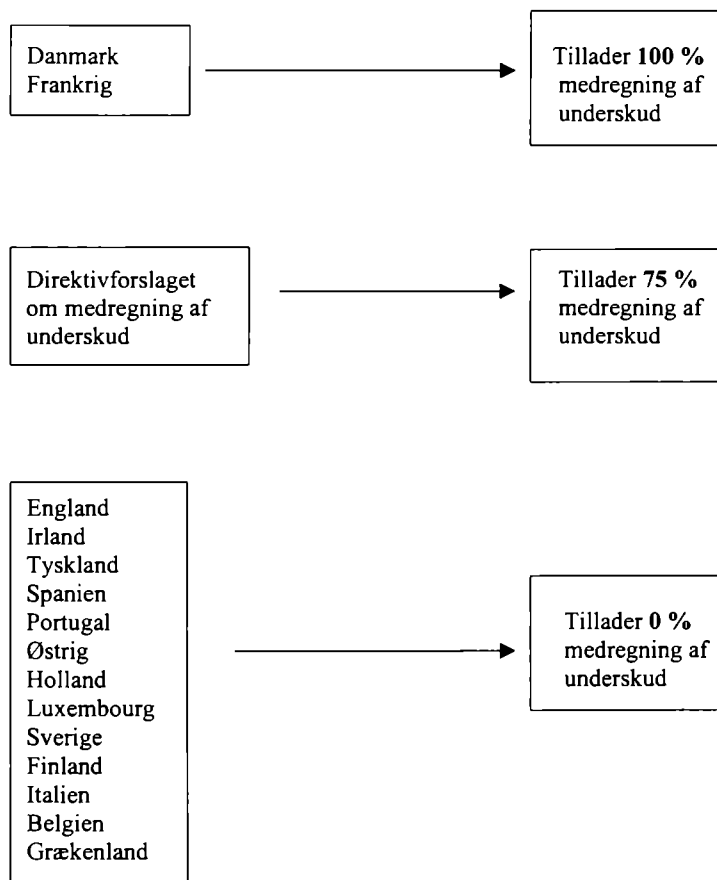
Der foretages som nævnt ikke en komparativ juridisk analyse i artiklen grundet omfanget af sådan en analyse. I stedet redegøres kort i figur 3.1.A for, hvorledes de forskellige regler i EU kan grupperes.¹⁵⁾

¹³⁾ Se Ole Lando, *Emner og metode for retssammenligning på privatrechts område*, Tidsskrift for Rettsvitenskap 3/98.

¹⁴⁾ For en fuldkommen anvendelse af den komparative retsøkonomiske metode i forhold til artiklens konkrete problemstilling henvises til Christina D. Tvarnø, Ph.D.-afhandling med titlen: *Skattemæssigt underskud i selskaber i EU - en komparativ retsøkonomisk analyse*, Juridisk Institut, Handelshøjskolen i København, september 2000.

¹⁵⁾ Dette konkluderes med udgangspunkt i resultatet af analysen i : Christina D. Tvarnø, Ph.D.-afhandling med titlen "Skattemæssigt underskud i selskaber i EU", Juridisk Institut, Handelshøjskolen i København, september 2000. Der redegøres derfor ikke nærmere for den juridiske konklusion.

Figur 3.1.A Medregning af underskud mellem selskaber i EU



Figur 3.1.A skal således ses som illustration af det resultat, som vil fremkomme ved at foretage en komparativ juridisk analyse af de nationale regler

3.2 Den økonomiske analyse i eksemplet

Det skal fremhæves, at de aspekter, der fremkommer ved den økonomiske analyse, alene er delaspekter i forhold til den økonomiske teori, der anvendes til analyse af eksemplets problem, men er de aspekter, som er relevante i sammenhæng med problemstillingen.

Den økonomiske analyse tager udgangspunkt i de forskellige regler for behandling af medregning af skattemæssigt underskud mellem selskaber hjemmehørende i forskellige medlemsstater i EU.

En grænseoverskridende etablering af et datterselskab involverer muligheden for underskud. Investeringen i form af en grænseoverskridende etablering af datterselskabet vil ikke blive foretaget af moderselskabet, med mindre det forventede afkast er større end nul. Ved enhver investeringsbeslutning vil et moderselskab således afveje afkastet mod risikoen for underskud.¹⁶⁾

Beskatningens påvirkning af risikoen og afkastet har betydning for, hvorvidt et selskab vil foretage en grænseoverskridende etablering. Et moderselskabs investering er bl.a. påvirket af den risiko, der er forbundet ved etablering af et datterselskab, og risikoen for at datterselskabet får underskud.¹⁷⁾

Nedenfor analyseres, hvorledes de tre grupperinger af reglerne, henholdsvis 0% medregning, 100 % medregning og 75 % medregning af underskud, påvirker selskabernes investeringsincitament. Den økonomiske analyse tager udgangspunkt i Domar og Musgraves artikel, "Proportional Income Taxation and Risktaking"¹⁸⁾, som omhandler optimal beskatning og underskudsmedregning.¹⁹⁾

3.3 Forudsætninger og definitioner for den økonomiske model

Det antages, at selskabers villighed til at foretage investeringer, som indebærer

¹⁶⁾ Domar og Musgraves artikel Proportional Income Taxation and Risktaking tager udgangspunkt i den investering som en investor foretager i aktier, small units, men konkluderer afslutningsvis i artiklen, at de resultater, som artiklen kommer frem til, kan anvendes fuldt ud ved andre former for underskudsmedregning.

¹⁷⁾ Se nærmere om dette J. Mossin (1968): Taxation and risk-taking, an expected utility approach; *Economica*, Vol. 35, s. 74-82 og L.Kaplow (1994): Taxation and risk-taking, a general equilibrium perspective, *National Tax Journal*, Vol. XLVII, s. 789-798

¹⁸⁾ Domar og Musgrave, Proportional Income Taxation and Risktaking, *Quarterly Journal of Economics*, Volume 58, Issue 3, Maj, 1944, s. 388-422.

¹⁹⁾ Domar og Musgrave, Proportional Income Taxation and Risktaking, *Quarterly Journal of Economics*, Volume 58, Issue 3, Maj, 1944, s. 388-422.

en risiko for underskud, primært skyldes forventningen om en højere aflønning fra investeringer, som er mere risikofyldte end fra investeringer som er mindre risikofyldte.²⁰⁾

Domar og Musgraves teori tager udgangspunkt i, hvordan skattereglerne påvirker såvel afkast og underskud. Risikoteorien anvendes af Domar og Musgrave for at analysere, hvilke påvirkninger beskatningen har for en investors beslutninger og der tages derfor ikke højde for effekten af alternative beskatningsreglers betydning.²¹⁾

Domar og Musgraves teori om optimal beskatning og medregning af

²⁰⁾ Dette gælder både for så vidt angår investeringer direkte i kapital, som aktier og obligationer samt anden tilførsel af midler. Begge typer af investering foretages med henblik på et output i form af et afkast. Men begge typer investeringer er ligeledes forbundet med en risiko for, at der opnås et tab i stedet for en gevinst. Spørgsmålet er derfor, hvor stor en effekt beskatningen har på villigheden til at foretage investeringer, som involverer et element af risiko.

Da beskatningen påvirker afkastet vil beskatningen ligeledes have betydning for risikovilligheden. Hvis beskatningen nedsætter det afkast, som en risikofyldt investering giver, vil beskatningen medvirke, at der er mindre incitament til at foretage den risikofyldte investering.

Hvis der ikke er mulighed for at fratrække et underskud resulterer det i, at skattereglerne nedsætter det forventede afkast for en risikofyldt investering. Herved er skatten medvirkende til at fjerne incitamentet til at foretage investeringer med risiko og fremmer i stedet incitamenterne til at investere i projekter med lav eller ingen risiko.

Modsat gælder i situationen, hvor det er muligt at fratrække et underskud. I denne situation reduceres selskabets skattepligtige indkomst med et beløb svarende til underskuddet. Der er således stadig forbundet en risiko med investeringen, men incitamentet til at foretage investeringer med risiko hænger sammen med muligheden for at nedsætte det skattepligtige afkast, som investeringen eventuelt vil give

Når en indkomstskat pålægges eller forøges, vil en investors forventede afkast efter skat og hans risiko formindskes. Som et resultat heraf vil investoren eventuel beslutte at øge hans indkomst fra investering. Dette kan gøres enten ved at forøge investeringen eller flytte investeringen til aktier, som har et forventet højere afkast, men samtidig er mere risikofyldte. Herved vil staten ligeledes have større risiko på grund af skattesystemet. Herved vil hele samfundet stå overfor en forøgelse af risikoen. E.D. Domar og R.A Musgrave, 1944: Proportional income tax and risk-taking, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 58 s 388-422.

²¹⁾ Teorien sætter alle investeringer lige, selv om risiko villigheden vil være forskellig fra investor til investor. Den enkelte investors beslutninger antages endvidere ikke at have indflydelse på investeringsmarkedet. Endvidere gælder antagelsen om dels at et givent beløb af investeringsfunds er til rådighed for investoren. Dels at investeringerne antages at være diversible i små enheder. Dels at investeringsmarkedet er perfekt, således at investors beslutning ikke har indflydelse på det forventede udbytte og dels at investors forventninger ikke er påvirket af beskatningen. Værdiansættelsen af udbytte og risiko afhænger af en sandsynlig fordeling for hver enkelt investeringsmulighed foretaget af investor. Udbytte er lig med alle indtægter minus alle udgifter. Domar and Musgrave 1944: Proportional income tax and risk-taking, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 58 s. 388 - 422.

underskud anvendes således til at analysere, hvorledes de forskellige regler om medregning af underskud vil påvirke moderselskabets incitament til at foretage en grænseoverskridende etablering i form af et datterselskab.²²⁾

Ved anvendelsen af Domar og Musgraves teori indgår følgende begreber og definitioner.

Afkastet q ved investeringen y opdeles i en negativ komponent r og en positiv komponent g .²³⁾

Når $q_1, q_2, \dots, q_k, q_{k+1}, \dots, q_n$ er afkastgraden, gælder, at $q_i < q_{j+1}$ og $q_k = 0$ og hvis den forventede sandsynlighed for forekomsten af q_i er p_i , så gælder at

$$\sum_{j=1}^n p_i = 1$$

Hermed gælder følgende definitioner:

$$r = - \sum_{j=1}^k q_j p_i \quad \text{hvor } r \text{ er risikoen ved investeringen og dermed lig med underskud}$$

$$g = \sum_{j=k+1}^n q_j p_i \quad \text{hvor } g \text{ er overskud}$$

$$y = \sum_{j=1}^n q_j p_i = g + r \quad \text{hvor } y \text{ er det samlede afkast af investeringen}$$

Det antages, at ved tilstedeværelsen af risiko vil moderselskabet kræve et højere afkast, end hvis det ikke var risiko forbundet med investeringen. Hvis

²²⁾ Anvendelsen af Domar og Musgraves teorimodel sker ud fra Domar og Musgraves egen konklusion om at teorien kan anvendes på andre former for medregning af underskud ud over en investors investering i aktier.

²³⁾ Investeringen skal her ses som en grænseoverskridende etablering af et 100 % ejet datterselskab.

risikoen stiger, vil det medføre, at moderselskabet vil stille krav om et højere forventet udbytte. Hvis risikoen falder, vil dette medføre et lavere krav til det forventede udbytte.

Det antages endvidere, at moderselskabet kun påvirkes af afkastet y og risikoen for underskud r .

3.4 0 % medregning af underskud

Dette gælder for følgende medlemsstater: England, Irland, Tyskland, Spanien, Portugal, Østrig, Holland, Luxembourg, Sverige, Finland, Italien, Belgien og Grækenland.

Beskatning uden mulighed for at medregne underskud medfører, at staten beskatter overskuddet af investeringen, men ikke tillader, at underskuddet kan fradrages i anden indkomst.

Staten deler således gevinsten ved, at der opnås udbyttet y med moderselskabet, men moderselskabet må selv bære tabet og hermed underskuddet r ved investeringen.

Moderselskabets afkast y bliver reduceret med skatten t , men underskuddet r er uforandret.

Hvis t = skatteraten og

$$0 < t < 1 \text{ og}$$

$$r_t = \text{underskud efter reel skat}$$

$$g_t = \text{overskud efter reel skat og}$$

$$y_t = \text{afkast efter reel skat}^{24)}$$

$$y(1 - t) = \text{afkast efter den lovfastsatte skat}$$

gælder, ved 0 % medregning af underskud, at

$$g_t = g(1 \div t) \text{ og}$$

$$r_t = r$$

²⁴⁾ Den reelle skat er det beløb, som selskabet rent faktisk betaler i skat, og dermed ikke nødvendigvis det samme beløb, der fremkommer ved at anvende den lovfastsatte skatterate.

Da $y = g - r$, gælder ved 0 % medregning, at

$$y_t = g (1 - t) - r$$

Da

$$y (1 - t) = g (1 - t) - r (1 - t) \Leftrightarrow$$

$$g (1 - t) = y (1 - t) + r (1 - t) = y (1 - t) + r - r t$$

gælder, at

$$y_t = y (1 - t) + r - r t - r = y (1 - t) - r t$$

Da

$r t > 0$ gælder, at

$$y_t < y (1 - t)$$

Heraf ses, at ved 0 % medregning af underskud, at det afkast y_t som selskabet reelt har efter skat, er mindre end det afkast $y (1 - t)$, som selskabet bør have efter den lovfastsatte skatterate.

Det samlede afkast reduceres således med en højere reel skatteprocent end den, der er fastsat ved lov, hvis der ikke er mulighed for at medregne underskud. Dette skyldes, at alle positive indkomster g reduceres med den lovfastsatte skatterate, medens alle underskud er uforandrede.

Det vil sige, at hvis der ikke er mulighed for at medregne underskud, er den reelle skatterate for investeringen højere end den lovfastsatte skatterate.

Hvis et moderselskab etablerer et datterselskab i en anden medlemsstat, og der ikke er mulighed for at medregne et eventuelt underskud, vil skatteraten for concernen derfor reelt være højere end den ved lov fastsatte skatterate.

Moderselskabets ønske om at tage den risiko, der følger med at foretage en grænseoverskridende etablering, reduceres hermed.

Hvis beskatningsreglerne således ikke tillader medregning af underskud, vil moderselskabets incitament til at foretage grænseoverskridende etablering falde.

3.5 100 % medregning af underskud

Dette gælder for følgende medlemsstater: Danmark og Frankrig.

Beskatning med fuld medregning af underskud medfører, at selskabet er sikret, at underskud kan medregnes og dermed fradrages i skattepligtigt overskud. Selskabets skattepligtige indkomst reduceres hermed med et beløb svarende til underskuddet ganget med skatteraten. Staten deler hermed både over- og underskud med moderselskabet, og deler hermed ligeledes risikoen for, at der opstår et underskud med moderselskabet.

Ved 100 % medregning af underskud gælder, at

$$r_i = r (1 - t)$$

$$g_i = g (1 - t)$$

$$y_i = g_i - r_i$$

Da $y = g - r$ gælder ved 100 % medregning, at

$$y_i = g (1 - t) - r (1 - t)$$

Da

$$y (1 - t) = g (1 - t) - r (1 - t) \Leftrightarrow$$

$$g (1 - t) = y (1 - t) + r (1 - t) = y (1 - t) + r - r t$$

gælder, at

$$y_i = y (1 - t) + r - r t - r (1 - t) = y (1 - t) \Leftrightarrow$$

$$y_i = y (1 - t)$$

Heraf ses, at ved 100 % medregning af underskud, er det afkast y_i , som selskabet reelt har efter skat, lig med det afkast $y (1 - r)$, som selskabet bør have efter den lovfastede skatterate.

Hvor den reelle skatterate ved 0 % medregning er højere end den lovfastede

te skatterate er den reelle skatterate ved 100 % medregning lig med den lovfastsatte skatterate, fordi der er mulighed for at fratrække underskuddet.²⁵⁾

Hvis der er mulighed for at medregne hele underskuddet, reduceres risikoen med skatteraten og kompensationen pr. enhed risiko er dermed lig skatteraten.²⁶⁾

Hvis der er mulighed for at medregne underskuddet 100 %, vil moderselskabet acceptere større risiko i forbindelse med grænseoverskridende etablering af datterselskab, end hvis der kun er mulighed for 0 % medregning, og dermed sikre reglerne om 100 % medregning en større grad af grænseoverskridende datterselskaber end, hvis der ikke er mulighed for at medregne underskuddet.

3.6 75 % medregning af underskud

Dette gælder i henhold til Direktivforslaget om medregning af underskud.²⁷⁾

Beskatning med variabel medregning af underskud sidestilles her med en medregningsprocent som opfylder betingelsen

$$z < 1,$$

hvor z er den variable medregningsprocent for underskud.

Den del af underskuddet, der kan medregnes og dermed reducere den skattepligtige indkomst, er her større end 0 %, men mindre end 100 %.

Følgende gælder:

Alle forventede overskud g reduceres med skattesatsen t .

Alle forventede underskud r reduceres med skattesatsen $t z$.

²⁵⁾ Ved 0 % medregning af underskud er $y_t < y(1-t)$. Ved 100 % medregning er $y_t = y(1-t)$

²⁶⁾ Risikoen skal ved 100 % medregning opdeles i privat risiko + offentlig risiko = samlet risiko, hvor y_t er konstant. Selskabets incitament til at investere påvirkes af muligheden for at medregne underskud, og selskabet vil tage større risiko, og dermed vil reglerne øge investeringsincitamentet for investor.

²⁷⁾ KOM (90)595.

Herved gælder, at :

$$r_i = r(1 - tz)$$

$$g_i = g(1 - t)$$

$$y_i = g(1 - t) - r(1 - tz)$$

Da

$$y(1 - t) = g(1 - t) - r(1 - t) \Leftrightarrow$$

$$g(1 - t) = y(1 - t) + r(1 - t) = y(1 - t) + r - rt$$

gælder, at

$$y_i = y(1 - t) + r - rt - r(1 - tz) = y(1 - t) - rt(1 - z)$$

Da

$$rt(1 - z) > 0 \text{ gælder, at}$$

$$y_i < y(1 - t)$$

Heraf ses, at ved 75 % medregning af underskud, at det afkast y_i som selskabet reelt har efter skat, er mindre end det afkast $y(1 - t)$ som selskabet bør have efter den lovfastsatte skatterate.

Således er afkastet y_i mindre end ved 100 % medregning, hvor $y_i = y(1 - t)$, hvilket er ensbetydende med, at den reelle skatterate er højere end den lovfastsatte skatterate, når der er variabel medregning af underskuddet.

For et moderselskab, som etablerer et datterselskab i en anden medlemsstat, betyder en regel, som tillader f.eks. 75 % medregning af underskuddet, at underskuddet ikke udnyttes fuldt ud. Dette resulterer i en højere reel skatterate end skatteraten fastsat ved lov.

Endvidere gælder, at den reelle skatterate er højere ved delvis medregning af underskud end ved 100 % medregning af underskud, fordi y_i ved delvis medregning af underskud er mindre end y_i ved 100 % medregning af underskud.

3.7 Konklusion vedrørende eksemplet

Når der er mulighed for at medregne underskud opdeles risikoen i privat risiko og i offentlig risiko, hvor den offentlige risiko er den risiko staten har ved, at et moderselskab foretager en grænseoverskridende etablering i udlandet. Den totale risiko r er upåvirket af beskatningen, som holdes konstant.

Ved konstant skatterate og variabel medregningsrate og dermed variabel risiko gælder, at moderselskabets incitament til at investere påvirkes af muligheden for at medregne underskud. Moderselskabet vil tage større risiko og dermed øge investeringsvilligheden ved en stigning i muligheden for at medregne underskud fra udenlandsk datterselskab.

Når risikoen øges, forøges ligeledes den totale risiko. Den totale risiko er defineret ved følgende formel:

$$r = r_t / (1 - t_z)$$

Brøken stiger ved forøgelse af risikoen, og hermed øges mængden af den samlede risiko. Derfor gælder at hvis mængden af privat risiko er ens for to forskellige skattesatser, vil den samlede risiko stige, hvis skatteprocenten stiger.

Holdes risikoen konstant og skatten variabel, vil brøken ligeledes stige ved en forøgning i skatteraten og den totale risiko vil dermed øges i takt med stigningen i skatteraten.

Domar og Musgrave beviser ved en indifferenskurve analyse, at der vil findes en optimal skatterate, der producerer den højest mulige totale risiko. Denne analyse redegøres der dog ikke for i denne artikel, grundet nærværende artiklens omfang. Her skal blot konkluderes, at den optimale skatterate vil være højere end den skatterate, som producerer den højeste private risiko.²⁸⁾ Endvidere gælder det, at for en given skatterate kan den totale risiko for investeringen være større, jo højere raten for medregning af underskud er. Dette skyldes, at jo højere fradraget for medregning af underskud er, des større risiko vil moderselskabet tage.²⁹⁾

²⁸⁾ Ved variabel risiko og dermed variabel rate for medregning af underskud øges den totale risiko ved en øgning af medregningsraten, se nærmere E.D. Domar og R.A. Musgrave, 1944: Proportional income tax and risk-taking, *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 58 s 388-422.

²⁹⁾ Se også Angar Sandmo, The effects of Taxation on savings and risk taking, kapitel 5 i *Handbook of Public economics*, Volume 1, ed. by Auerbach & Feldstein, Amsterdam 1985 for dette synspunkt. Se ligeledes J. Mossin, 1968, Taxation and -Risktaking, An expected utility approach, *Economica*

Det kan konkluderes, at det er mere fordelagtigt set i forhold til incitamentet for selskaber og koncerners investeringsinteresse, hvis der er mulighed for at medregne underskud og i stedet have en højere skatteprocent, i stedet for en lav skatterate men med imperfekt mulighed for at medregne underskuddet.

I forhold til den nuværende tendens i EU, hvor medlemsstaterne nedsætter skattesatserne for selskabsbeskatning, er det mere fordelagtigt for selskaberne, hvis selskaberne i stedet får mulighed for at medregne underskud fra udenlandske datterselskaber mod en dertil svarende relativt højere skattesats.³⁰⁾

Hermed bliver moderselskabet stillet mere optimalt i forhold til risiko og investeringsincitament. Endvidere er medlemsstaterne stillet neutralt i forholdet til indtægt for medlemsstaten og EF-Traktatens bestemmelser om etableringsretten i artikel 43 og 48 (tidligere artikel 52 og 58) er opfyldt.³¹⁾

4. Betragtninger vedrørende anvendelsen af økonomisk teori som supplement til den komparative juridiske analyse

Den ovenstående økonomiske analyse tager udgangspunkt i resultatet af en komparativ analyse af gældende ret i medlemsstaterne i EU.³²⁾

Eksemplet i artiklen viser, at det ved anvendelsen af den komparative økonomiske analyse er muligt at vurdere, hvorledes en række nationale regler påvirker selskabernes incitament til at foretage grænseoverskridende etablering. Dette er væsentlige og værdifulde informationer i forbindelse med en eventuel EU-retlig harmonisering.

Den i eksemplet anvendte økonomiske teori opstiller en række antagelser, der som udgangspunkt medfører en forskellighed fra virkelighedens realitet. Den økonomiske analyse af reglerne om medregning af underskud i selskaber i EU kan således ikke tage højde for den fulde kompleksitet ved reglerne. Hertil skal bemærkes, at en teori som søger at genskabe kompleksiteten af den empiriske verden i fuld overensstemmelse med virkeligheden, ikke er en teori,

³⁰⁾ Ud fra den ovenstående forenkledte model.

³¹⁾ Hæves skattesatsen i forbindelse med medregning af underskud fra udenlandske datterselskaber vil dette stille de indenlandske datterselskaber dårligere end på nuværende tidspunkt, hvor de opnår en lavere skattesats.

³²⁾ Den komparative juridiske analyse er ikke foretaget i eksemplet, men tager udgangspunkt i resultatet af Christina D. Tværnø, Ph.D.-afhandling "Skattemæssigt underskud i selskaber i EU, Juridisk Institut, Handelshøjskolen i København, september 2000.

men en forudsigelse.³³⁾

Værdien af at foretage den økonomiske analyse af de materielle regler er at kunne forudsige og forklare realiteten ved en given regel, også selv om dette gøres på trods af en række antagelser.

Den økonomiske analyse er alene foretaget ud fra reglernes økonomiske implikationer for selskaberne i EU. Således er statens tab af indkomst ikke taget i betragtning. Hvad der er mest efficient for selskaberne er forståeligt nok mindst efficient for staten.

Efficiensbetragtningen i den komparative retsøkonomiske analyse er, ved anvendelsen af "alt andet lige betragtningen", forskellig fra økonomiske analyser, som foretager en efficiensanalyse ud fra en paretooptimal betragtning.

Efficiens er en teknisk betegnelse for værdi. Således definere Richard A. Posner efficiensbegrebet som følgende: " "Efficiency" means exploring economic resources in such way that "value"- human satisfaction *as measured by aggregate consumer willingness to pay* for goods and services – is maximized."³⁴⁾

Anvendes en økonomisk analyse med udgangspunkt i ønsket om at opnå paretooptimum i forbindelse med regeldannelse, skal reglen ud fra økonomisk teori sikre en paretooptimal ressourceallokering.

Det afgørende for opnåelsen af paretooptimum er, at ressourcerne i samfundet anvendes optimalt. Modsat kan dette udtrykkes som: ressourcerne i samfundet anvendes ikke optimalt, hvis en alternativ brug ville kunne stille blot en enkel husholdning bedre, uden at nogen i forbindelse herved blev stillet ringere.³⁵⁾ Den positive måde at udtrykke et paretooptimum på er, hvis ressourcerne anvendes på en sådan måde, at ingen ved en alternativ brug af dem ville kunne stilles bedre, uden mindst en anden af denne grund ville blive stillet ringere.

Efficienskriteriet giver svar på, hvornår den eksisterende fordeling af velfærd er efficient, men ikke om den efficiente fordeling af velfærd er ønskværdig eller retfærdig, hvilket er kriterier som er ganske afgørende i den juridiske analyse af en given problemstilling.

Paretokriteriet kan være vanskeligt at anvende i praksis, da der er tale om et yderst teoretisk begreb. Ligeledes kan det inden for skatteretten virke

³³⁾ Den komparative juridiske analyse er ikke foretaget i eksemplet, men tager udgangspunkt i resultatet af Christina D. Tvarnø, Ph.D.-afhandling "Skattemæssigt underskud i selskaber i EU, Juridisk Institut, Handelshøjskolen i København, september 2000.

³⁴⁾ Richard A. Posner. *Economics Analysis of Law*, 2. ed. Boston, Mass., 1977, s. 10.

³⁵⁾ Angar Sandmo, *Effektivitet og retfærdighed*, Oslo 1983, s. 45.

umuligt at finde en regel, som ikke ved omfordeling af samfundets ressourcer, vil stille blot en person dårligere. Langt de fleste skatteregler har til formål at flytte ressourcer fra en borger til en anden, hvilket i sig selv vil medføre, at når én person bliver stillet bedre, vil en anden blive stillet ringere.³⁶⁾

En given regels opfyldelse af efficienskriteriet vil således vanskeliggøre vedtagelsen af skatteretlige love.^{37/37)}

Sammenholdes dette med den komparative retsøkonomiske metode, sikrer den komparative retsøkonomiske analyse en højere anvendelsesmulighed for lovgiver. Her vurderes hvilken af en række givne regler, som alt andet lige, er den mest efficiente, i modsætning til, hvilken regel som er paretooptimal.

Ved den komparative retsøkonomiske analyse er der dermed givet en række konkrete juridiske løsningsmuligheder, som lovgiver kan forholde sig til, suppleret med hvilke økonomiske implikationer, som de givne regler vil medføre.

Anvendelsen af retsøkonomi i skandinavisk forskning er ikke længere et ukendt fænomen. Der er i flere juridiske afhandlinger foretaget økonomiske analyser i forbindelse med et juridisk forskningsområde.³⁸⁾ Specielt i forbindelse med internationaliseringen i EU-regi er anvendelsen af retsøkonomi aktuell.³⁹⁾ Anvendelsen af den komparative retsøkonomiske metode er således et nyt bidrag til anvendelsen af økonomisk teori i forbindelse med juridiske analyser i Danmark.

³⁶⁾ Et synspunkt er, i denne forbindelse bl.a., at alene fordi det er en kendsgerning at der i samtlige lande bliver opkrævet skat i en eller anden form, gør det umuligt at arbejde med en paretobaseret ligevægtsmodel. David Laidler & Saul Estrin, *Introduction to microeconomics*, 3. ed. Philip Allan, New York, 1989, kapitel 27.

³⁷⁾ Et synspunkt er, i denne forbindelse bl.a., at alene fordi det er en kendsgerning at der i samtlige lande bliver opkrævet skat i en eller anden form, gør det umuligt at arbejde med en paretobaseret ligevægtsmodel. David Laidler & Saul Estrin, *Introduction to microeconomics*, 3. ed. Philip Allan, New York, 1989, kapitel 27.

³⁸⁾ For dette synspunkt ligeledes Paul Krüger Andersen, *Studier i dansk koncernret*, 1997, DJØF, s. 28, note 15. For andre afhandlinger indeholdende retsøkonomisk metode, se bl.a. Jens Fejø, *Monopolret og Marked*, 1995, Thomas Riis, *Ophavsret og retsøkonomi*, Gad Jura, 1996, Jan Schans Christensen, *Contested takeovers in Danish Law*, 1991, Ulf Görenson, *Kolliderende standardavtal*, Uppsala 1988. Erik Runesson, *Rekonstruktion av ofullständiga avtal*, Stockholm, 1996 og Johnny Herre, *Erstättningar i köprätten*, Stockholm, 1996. Se også Se også Ruth Nielsen, *Retskilderne*, 5. udgave, s. 191. Der henvises til 5. udgave, da 6. udgave ikke indeholder dette afsnit.

³⁹⁾ Se også Ruth Nielsen, *Retskilderne*, 5. udgave, s. 188. Der henvises til 5. udgave, da 6. udgave ikke indeholder dette afsnit.

5. Afrunding

Formålet med artiklen har været at introducere den komparative retsøkonomiske metode, bl.a. ved at redegøre for grundlaget for metoden og ved at give et konkret eksempel på, hvordan den komparative retsøkonomiske metode kan anvendes.

Endvidere har det været ønsket at vise, at anvendelsen af økonomiske teori kan supplere den juridiske analyse med oplysninger om de økonomiske implikationer, der er forbundet ved forskellige nationale regler. Oplysninger som ikke alene ville være fremkommet hvis der kun blev foretaget en juridisk analyse.

Således kan det ved anvendelsen af den komparative retsøkonomiske metode i artiklens konkrete eksempel konkluderes, at selskabernes incitament til at foretage grænseoverskridende etablering i form af et datterselskab stiger ved muligheden for at medregne udenlandsk underskud. Endvidere kan det ud fra fordelingen af risikoen ved investeringen konkluderes, at det vil være mere efficient for selskabernes grænseoverskridende etablering, hvis der indføres mulighed for at medregne underskud fra datterselskaber hjemmehørende i andre medlemsstater også selv om dette vil medføre en højere selskabsskattesats.

Ved harmonisering af reglerne om medregning af underskud i selskaber i EU er det således mest efficient at indføre den danske model med 100 % medregning af udenlandsk underskud og eventuelt ligeledes en højere selskabsskattesats.

Cirkus - En rejsende kulturel virksomhed set i markedsretlig belysning

af
Elisabeth Thuesen

1. Indledning

Cirkus er i byen ! Spidsen af teltet dukker op over byparkens træer. På teltpladsen er der travl færden, og der råbes på fremmede tungemål. Elefanterne tager støvbad i det fri og udsender et pust af støvkorn, som glitrer i sollyset. Fra staldteltet høres hestenes vrinsken og trampen. Forventningerne skærpes hos tilskuerne, der spændt følger forberedelserne til aftenens forestilling. Men et par dage efter er alt forsvundet. Kun sene nattevandrere har mødt kortegen af farvestrålende vogne, da den som et eksotisk fortidsuhyre snoede sig gennem øde gader væk fra byen. I morgendæmringen er den kravlet ind på en ny plads, hvor andre tilskuere påny tiltrækkes af det fremmedartede skue.

Forestillinger med gøglere, klovne og akrobater har altid været attraktive. Forhistoriske hulemalerier viser fremstillinger af artister. I middelalderen og frem til moderne tider var gøglertrupperne en del af de rejsende folk, der bragte nyheder ind i byområderne og medvirkede til at forbinde de lokale samfund med hinanden.

I vor tid er cirkus blevet en erhvervsvirksomhed, der leverer tjenesteydelser inden for underholdningsbranchen i hård konkurrence med andre formidlere af teaterforestillinger, musik og sport. Spørgsmålet kan rejses, om cirkus stadig kan gøre sig gældende ved sin egenart og særlige ydelser og er i stand til at tilpasse sig til udviklingen af branchen, eller om det er et truet fortidslevn, der er ved at blive fortrængt af udbudet fra andre medier.

I denne fremstilling undersøges cirkus som en virksomhed, der er karakteristisk ved sin fysiske bevægelighed. Cirkus kommer ind i et etableret samfund, udfører aktiviteter i en kort tid og forsvinder igen. Det udgør et fremmedelement, som på samme tid er attraktivt, provokerende og mistænkeligt. Der foregår et modspil mellem samfundet og virksomheden, hvor cirkus må indrette sig efter de krav og normer, som stilles lokalt, men alligevel udfordrer de velkendte elementer. Samtidig er cirkus en sårbar kulturel

virksomhed, der har behov for beskyttelse af sine immaterielle ydelser og for støtte til udvikling af sit særpræg i samspil med det bestående samfund. Set under en juridisk synsvinkel er cirkus og dets funktioner vanskelig at håndtere, da det ikke uden videre kan rubriceres under velkendte områder såsom teatervirksomhed og kunstneriske aktiviteter.

Både fysisk, juridisk og kulturelt er cirkus en virksomhed, som har både sin styrke og sine svagheder i sin grænseoverskridende karakter.

Formålet med denne fremstilling er derfor, på baggrund af cirkusvirksomhedens ydelser, dens "produkt", og fysisk/geografiske bevægelighed at afdække dens særpræg i relation til det omgivende samfund. På dette grundlag søges fastlagt, dels hvorledes retsreglerne kan beskytte ydelsernes immaterielle elementer og sikre afbancerede konkurrenceforhold, dels i hvilket omfang samfundet kan og bør yde støtte til at fastholde og udvikle de kulturelle elementer, som er karakteristiske for cirkus.

Fremstillingens område afgrænses til EU og tager udgangspunkt i cirkusvirksomhedens rundrejse på dansk territorium. På dette grundlag undersøges betydningen for cirkus af princippet om den fri bevægelighed i det indre marked inden for Det europæiske Fællesskab. Nationale forhold behandles hovedsageligt på grundlag af dansk ret, men henter inspiration fra fremmede retsordener, især fra Frankrig. De praktiske informationer er hentet hos Cirkus Dannebrog, som med megen velvilje har stillet sig til rådighed. Jeg takker pressechef, sprechstallmeister Agnete Louise Enoch for stor imødekommenhed.

2. Karakteristika knyttet til cirkusvirksomheden

Cirkus er en erhvervsvirksomhed, der inden for det kulturelle område udøver sine aktiviteter uden direkte samfundsmæssig støtte. Inden for den offentlige administration har cirkus tidligere henhørt under Justitsministeriet. Fra 1973 blev det henlagt under Kulturministeriet, hvilket må betragtes som en anerkendelse af, at cirkus udgør en del af dansk kulturliv og viser forestillinger med kunstneriske elementer¹⁾.

¹⁾ "Cirkus og Artister i Danmark", betænkning fra Kulturministeriets Artistudvalg 1998, udgivet af Kulturministeriet (forkortet: "Cirkusbetækn."), s. 12. Betænkningen kan rekvireres eller downloades, se Kulturministeriets hjemmeside <http://www.kum.dk/> . Klik på Infoteket, publikationer.

2.1. Virksomhedens “produkt”

Virksomhedens produkt består hovedsageligt af tjenesteydelser. Cirkusforestillingen er sammensat af en række enkeltstående numre, der udføres af artister med vidt forskellige færdigheder. Traditionelt er der ingen indholdsmæssig sammenhæng mellem numrene. Artisterne viser deres færdigheder ikke blot som en form for fysisk behændighed og styrke. De har også evnen til at overraske, fascinere og give udtryk for almenmenneskelige forhold med humor, poesi og indlevelse, således at publikum oplever situationer fra deres egen hverdag i en anden end den gængse sammenhæng. Cirkus altid har båret og forholdt sig til de trends, der er aktuelle i dets virkeområde. Det kan tilføre lokalsamfundet impulser udefra, være provokerende og sætte skæve vinkler på de etablerede forhold.

2.2. Virksomhedens marked

Det ligger i cirkusvirksomhedens natur, at den må flytte sig fra sted til sted for at komme til sit publikum og hele tiden præsentere sin kunnen for nye tilskuere. Det præger de vilkår, cirkus har på sit marked. Virksomheden er den fremmede, der udefra kommer ind i veletablerede forhold og må indrette sig efter de krav, der stilles både lokalt og i en overordnet samfundsmæssig sammenhæng. Det gælder de sikkerheds-, ordens- og sundhedsmæssige produktkrav, som stilles til de medvirkende personer, de anvendte rekvisitter og apparatur, dyrene i forestillingen, publikums sikkerhed såvel som til miljø- og sikkerhedskrav til cirkusvogne og transportmidler.

På markedet stilles der kvalitetskrav i forbindelse med udbudet til publikum i konkurrence både med andre “intra-brand” cirkusvirksomheder og med “inter-brand” udbud fra andre lignende dele af underholdningsbranchen.

Cirkus kan bevæge sig over nationale grænser. Det er dog typisk for de etablerede danske cirkusvirksomheder, at de cirkulerer inden for dansk område. Mindre ensembler er har lettere ved at være bevægelige over landegrænserne.

Denne fremstilling tager fortrinsvis sigte på cirkusvirksomheder af dansk oprindelse. Det er virksomheder, der præsenterer forestillinger i overensstemmelse med dansk cirkustradition suppleret med nydannelser inden for området.

2.3. Virksomhedens aktører: Cirkusartisterne

Artisterne, der udfører forestillingens numre, udgør en forskelligartet gruppe. Der optræder klovne, akrobater, tryllekunstnere, dyretæmmere, musikere mv.

Numrene kan være sammensat af flere discipliner. Artisterne vil for en periode, typisk en sommersæson, være engageret i det pågældende cirkus, hvor de dagligt udfører deres numre i den samme forestilling for et forskelligt publikum. Artistfaget er internationalt. En forestilling er normalt sammensat af såvel danske og udenlandske artister, der skal opfylde de samme krav som andre udlændinge, der udfører professionelle aktiviteter her i landet. Det indebærer for artister, der ikke er EU statsborgere, nordiske statsborgere eller statsborgere i Liechtenstein, at de forud for deres ophold i Danmark skal være forsynet med opholds- og arbejdstilladelse²⁾. Der gives opholdstilladelse til at udføre specialiseret lønarbejde som cirkusartist, hvis ganske særlige forhold taler for det og på betingelse af, at der tilbydes de sædvanlige løn- og ansættelsesvilkår. Tilladelsen gives for den ansøgte periode og højst et år³⁾.

3. EU regulering af betydning for cirkusvirksomheden

Inden for Den europæiske Union hersker princippet om fri bevægelighed for varer, tjenesteydelser, personer og kapital; sidstnævnte område for fri bevægelighed vil ikke blive yderligere omtalt her.

Disse bestemmelser har væsentlig betydning for cirkusvirksomheden og dens aktører, da udøvelsen af virksomheden er afhængig af adgangen til cirkulation. De gældende regler herom findes i Traktaten om Det europæiske Fællesskab (forkortet TEF), der er en integreret del af Traktaten om Den europæiske Union (Amsterdam Traktaten), der er trådt i kraft d. 1. maj 1999. Den har erstattet den tidligere unionstraktat, Maastrichttraktaten.⁴⁾ Da Amsterdam-traktaten har ændret en del af artikelnumrene, angives også de tilsvarende hidtidige artikelnumre i Maastrichttraktaten. De betegnes med "tidl. art."

TEF art. 12 (tidl. art.6) indeholder med forbehold af særlige bestemmelser et generelt forbud mod forskelsbehandling på grund af nationalitet.

²⁾ Bekendtgørelse af udlændingeloven nr. 539 af 26. juni 1999 m. sen. ændr. § 9 stk. 2 nr. 3, hvorefter opholdstilladelse gives, når væsentlige beskæftigelses- eller erhvervsmæssige hensyn taler for det. Ifølge § 13 kræves arbejdstilladelse for at udøve beskæftigelse eller selvstændig virksomhed. Indenrigsministeren fastsætter nærmere regler herom, jfr. § 14 stk. 2. Se også Cirkusbetænk. pkt. 4.1.6.

³⁾ Se Internet <http://www.danmark.dk/>, Udlændingestyrelsen, opholdstilladelse af beskæftigelsesmæssige grunde.

⁴⁾ Amsterdamtraktaten blev underskrevet i Amsterdam d. 2. oktober 1997. Maastrichttraktaten, som den afløste, blev underskrevet d. 7. februar 1992 og trådte i kraft d. 1. november 1993.

3.1. Fri bevægelighed for tjenesteydelser

Adgangen til fri bevægelighed for tjenesteydelser er fastlagt i TEF art. 49 (tidl. art. 59). Denne ret kan udøves, når tjenesteydelsen er grænseoverskridende, af midlertidig karakter og normalt ydes mod vederlag. Art. 50 (tidl. art. 60) angiver blandt andet, at adgangen især vedrører aktiviteter, som er af handelsmæssig karakter eller ydes af håndværkere eller på anden måde af erhvervsdrivende. Også professionel sportsudøvelse er omfattet heraf. I værtslandet skal aktiviteterne kunne udøves uden diskrimination bortset fra henyn til den offentlige orden, sikkerhed og sundhed. I værtslandet kan der kun pålægges udenlandske tjenesteydere de samme restriktioner, som gælder for indlændinge. Ikke-diskriminerende restriktioner kan kun pålægges, hvis de er objektivt retfærdiggjort på grundlag af almene samfundsinteresser, er formålstjenlige og ikke går videre end nødvendigt⁵⁾. For cirkusvirksomheden indebærer det, at forberedelse og afvikling af forestillinger i værtslandet samt transport kan foregå uden diskrimination i forhold til indenlandske virksomheder.

3.2. Fri bevægelighed for personer

Cirkusartisterne kan være tilknyttet cirkus som selvstændige tjenesteydere eller være engageret i et ansættelsesforhold. Er de tilknyttet som selvstændige, gælder de ovenfor nævnte regler om tjenesteydelser for dem. Der gælder en række beskyttelsesregler for arbejdstagere. Dog antages det, at der ikke vedrørende værn mod diskrimination er skarpe skel mellem arbejdskontrakter og andre kontrakter⁶⁾.

Hvis artisterne er ansat som arbejdstagere, er deres forhold reguleret ved traktatens bestemmelser om fri bevægelighed for arbejdskraft. Ifølge TEF art. 39 (tidl. art. 48) er diskrimination vedrørende beskæftigelse, aflønning og øvrige arbejdsvilkår som følge af nationalitet forbudt. En EU statsborger, der er arbejdstager⁷⁾, er berettiget til at søge arbejde i et andet EU land, udføre arbejdet og under visse betingelser opholde sig i landet efter arbejdets ophør. En arbejdstager skal yde arbejde for en anden og oppebære vederlag for arbejdet. Arbejdstageren er undergivet arbejdsgiverens instruktionsbeføjelse.

⁵⁾ Se Paul Craig og Grainne de Búrca: EU Law. Text, Cases and Materials, 2. ed. 1998, Oxford University Press, (forkortet: EU Law) s. 775 - 776.

⁶⁾ Se European Labour Law s. 147 - 148.

⁷⁾ Se om arbejdstagerbegrebet Ruth Nielsen: EU-Arbejdsret, 3. rev. udg. 1997 (forkortet: EU-Arbejdsret) s. 126 - 127. Se også EU Law p. 676 - 678.

Den pågældende skal således udføre arbejdet på de tidspunkter og inden for de rammer, som fastsættes af arbejdsgiveren. Denne skal til gengæld sikre, at beskyttelsesreglerne, såsom regler om sikkerhed, arbejdsmiljø, børnearbejde og lignende regler følges. Efter aftale udfører artisterne et eller flere numre med et bestemt indhold. Herudover må der være betydelig frihed for artisterne, som har opbygget numrene, til at bestemme den konkrete udførelse af numrene på grundlag af professionel dygtighed og kunstnerisk udtryk.

Artisterne er undergivet disse regler, uanset om de er ansat på særlige tidsmæssige vilkår, for eksempel for en sæson. Artisterne er berettiget til at oppebære sociale ydelser i opholdslandet eller i deres oprindelsesland efter ophold i et andet EU land på de betingelser, som er fastlagt i traktaten⁸⁾.

Artister, der er EU statsborgere, kan således tage engagement i et cirkus og udføre deres numre på samme vilkår som indlændinge, uanset om de er selvstændige erhvervsudøvere eller arbejdstagere. De er berettiget til ved grænseoverskridelse at medbringe udstyr, rekvisitter og redskaber, som er nødvendige for udførelse af deres numre.

Den frie bevægelighed er fremmet ved adgangen for engageringsbureauer til at udøve erhvervsaktivitet i andre medlemslande end deres etableringsland uden krav om licens udstedt af den stat, hvori erhvervsaktiviteten foregår. Dette blev fastslået i Van Wesemael-sagen, hvor et fransk engageringsbureau for kunstnere - et bureau, der havde fransk licens - anviste personer arbejde i Belgien uden at have belgisk licens dertil. EF-Domstolen udtalte, at belgisk licens ikke var påkrævet for at udøve erhvervsaktiviteter i Belgien, idet Domstolen anså den franske licens for at være tilstrækkelig til at sikre, at der blev foretaget betryggende offentlig kontrol⁹⁾.

⁸⁾ Iflg. EU-Arbejdsret s. 130 - 131 kan varigheden af ansættelse i tidsbegrænsede kontrakter have betydning for, hvilke sociale fordele arbejdstageren er berettiget til, jfr. forordning om vandrende arbejdskraft nr. 68/1612/EØF art. 7, stk. 2. Der findes særregler om sæsonarbejdere i direktivet (68/360/EØF) om afskaffelse af restriktioner for rejse og ophold inden for EF for medlemsstaternes arbejdstagere og deres familiemedlemmer.

I European Labour Law, s. 155 - 156, anføres det, at Rådsdirektivet om tidsbegrænset arbejde (fixed term work) (1999/70/EF) af 28 juni 1999 indeholder regler til beskyttelse mod diskrimination og misbrug. I princippet må der ikke gælde forskellige betingelser for tidsbegrænsede og permanente arbejdskontrakter, medmindre dette er retfærdiggjort ud fra objektive grunde.

⁹⁾ Sagerne 110 - 111/78 Ministère Public v. Van Wesemael, Sml.1979 s. 3. Se også sag 279/80 (Webb), Sml.1981 s. 3305 hvor et britisk arbejdsformidlingskontor med britisk licens ikke var forpligtet til at have hollandsk licens for at kunne anviser arbejdskraft i Nederlandene.

3.3. Fri bevægelighed for varer

Reglerne om fri bevægelighed for varer har mindre betydning for cirkus, da varesalget kun vil være accessorisk i forhold til hovedydelsen. Der kan for eksempel være tale om salg af læskedrikke og slik og om legetøj mv. solgt eller foræret til børn. Sådanne varer kan ind- og udføres uden at blive pålagt kvantitative restriktioner eller foranstaltninger med tilsvarende virkning, jfr. TEF art. 28 (tidl. art. 30), med forbehold af reglerne i TEF art. 30 (tidl. art. 36), herunder hensynet til offentlig orden, sikkerhed og sundhed. Indenlandske og udenlandske varer skal behandles på samme måde.

3.4. Andre regler

Konkurrencereglerne i TEF art. 81 (tidl. art. 85) og art. 82 (tidl. art. 86) skal sikre fri handel på lige vilkår og forhindre, at konkurrencen fordrejes. Endvidere fastlægger TEF art. 95 (tidl. art. 100A) og art. 94 (tidl. art. 100) regler om tilnærmelse af nationale regler. På dette grundlag er der inden for en række områder fastlagt harmoniserede produktkrav og produktstandarder.

3.5. Regulering af kultur i EU

TEF art. 151 (tidl. art. 128) fastlægger fælles principper for det kulturelle område i EU. Iflg. art. 151 stk. 1 skal Fællesskabet bidrage til, at medlemsstaternes kulturer kan udfolde sig med respekt af den nationale og regionale mangfoldighed. Samtidig skal den fælles kulturarv søges fremhævet. Iflg. stk. 2 skal Fællesskabet fremme, støtte og udbygge det kulturelle samarbejde mellem medlemsstaterne ved at gøre en indsats blandt andet for at bevare europæisk kulturarv og støtte kunstneriske frembringelser. EU's Ministerråd kan vedtage tilskyndelsesforanstaltninger uden at foretage harmonisering af love og administrative bestemmelser. Afgørelser inden for dette område skal træffes med enstemmighed, ligesom der på forslag af EU Kommissionen kan vedtages henstillinger med enstemmighed, art. 151 stk. 5. Medlemsstaterne kan indføre og opretholde restriktioner på grundlag af kulturelle forhold. Iflg. TEF art. 30 (tidl. art. 36) kan restriktioner baseres på beskyttelse blandt andet af nationale skatte af kunstnerisk eller historisk værdi, eller beskyttelse af kommerciel ejendomsret. TEF art. 87 (tidl. art. 92) forbyder statsstøtte til national virksomhed. Dog er det iflg. TEF art. 87 stk. 3

litra d under visse betingelser¹⁰⁾ tilladt for staten at yde støtte til fremme af kulturen og bevarelse af kulturarven.

4. Cirkusvirksomheden i relation til samfundets krav

Cirkus skal indrette sig efter regler og normer på både europæisk, nationalt og lokalt plan.

4.1. Sikkerhedskrav i almindelighed

Reglerne om harmonisering i EU omfatter sikkerhedskrav. Der kan være opstillet fælles europæiske eller nationale krav og standarder til cirkusteltet, publikums pladser, artisternes udstyr og apparatur. Ligeledes findes regler om beskyttelse af dyr i fangenskab, deres fysiske omgivelser og behandling. Således bestemmer den danske dyreværnslov, at vilde dyr ikke må anvendes ved forestillinger i cirkus mv.¹¹⁾, og der er fastlagt regler om transport af dyr¹²⁾. Der kan være fastlagt regler om veterinære foranstaltninger ved overførsel af dyr over landegrænserne.

For artisterne indebærer det, at selv om regler af denne art kan begrænse deres bevægelsesfrihed og for eksempel forhindre fremvisning af tæmmede vilde dyr eller gøre et farligt akrobatnummer mindre sensationelt, er artisterne sikret mod, at de konkurrencemæssigt presses ind i præstationer på kanten af, hvad der sikkerhedsmæssigt er forsvarligt at udføre.

Principielt kan cirkusvirksomheden i det omfang, der gælder fælles europæiske standarder eller minimumsregler for sikkerhed, medføre udstyr inden for EU med samme standard overalt uden at risikere at skulle tilpasse det efter specielle nationale krav. Dog er harmoniseringen endnu så ufuldstændig, at cirkus normalt ikke turnerer over landegrænserne¹³⁾.

Derimod cirkulerer artisterne mellem cirkusvirksomhederne over hele verden. For aktørerne i cirkus gælder de europæiske arbejdsretlige regler, for

¹⁰⁾ se pkt. 6.2.

¹¹⁾ Dyreværnsloven nr. 11131 af 18.8.1993 § 17 stk. 2.

¹²⁾ Se bkg. nr. 810 af 29.10.1997 om beskyttelse af dyr under transport kap. 5. Ved bekendtgørelsen er gennemført EU rådsdirektiv af 19.11.91 (91/628/EØF). Se bkg. nr. 208 af 17.6.1964 om transport af dyr, når afstanden er mindre en 50 kilometer.

¹³⁾ Agnete Louise Enoch har således oplyst, at Cirkus Dannebrog's udstyr mv. er nøje tilpasset til danske krav, således at man turnerer problemfrit i Danmark, men ikke overvejer at overskride landegrænserne.

eksempel om arbejdsmiljø og regulering af ansættelseskontrakter. Adgang til indrejse, ophold og arbejde er anført ovenfor.

4.2. Ansvar for skade

Cirkus kan blive ansvarlig, såfremt virksomheden ved sin erhvervsudøvelse volder skade på personer, ting eller fast ejendom.

Ansvar for tjenesteydelser kan opstå i forbindelse med cirkusforestillingen. Skaderne kan ramme publikum eller de medvirkende. Reglerne herom er ikke harmoniseret i EU. Retsgrundlaget findes således i de enkelte landes nationale ret. De danske regler er udviklet i retspraksis og bygger på culpaansvar, der bedømmes strengt, se DP s. 128. Både den skadevoldende aktør og cirkusvirksomheden kan pålægges ansvar. Hvis eksempelvis en artistrekvisit under udførelsen af et artistnummer rammer en tilskuer, kan et selvstændigt erstatningskrav rejses mod cirkusvirksomheden, som leverer tjenesteydelsen til publikum. Culpabedømmelsen kan rettes mod virksomhedens pligt til at sørge for tilstrækkelige sikkerhedsforanstaltninger. Ansvarer kan eventuelt tillige støttes på virksomhedens ansvar for farlig bedrift, hvor ansvarsgrundlaget ligeledes er et strengt culpaansvar, se DP s. 117. Den skadevoldende artist kan selv blive ansvarlig, når han/hun har handlet culpøst. Er den pågældende engageret som selvstændig på kontraktbasis, støttes erstatningskravet på strengt culpaansvar for fejl begået af den selvstændigt virkende tredjemand. Er den pågældende ansat som arbejdstager, påhviler der cirkusvirksomheden et arbejdsgiveransvar efter reglerne for husbondansvar i Danske Lov (forkortet DL) 3-19-2. Virksomheden kan gøre regres mod artisten, der har udvist uforsvarlig adfærd, på grundlag af erstatningsansvarsloven § 23, hvorefter det vurderes, hvad der vil være rimeligt under hensyn til den udviste skyld, arbejdstagerens stilling og omstændighederne i øvrigt.

Løvrigt gælder for alle de ansvarlige den almindelige regel i erstatningsansvarsloven § 24 om lempelse af et ansvar, der er urimeligt tyngende, eller særlige omstændigheder gør sig gældende.

Der kan opstå *ansvar for varer*, når der i forbindelse med forestillingen sælges varer som for eksempel slik, ristede peanuts og kulørte lamper til publikum, der er forbrugere. Disse varer er normalt beregnet til fortæring eller brug på stedet, og køberetlige konflikter i relation til publikum vil derfor næppe spille nogen rolle. Derimod kan disse produkter, hvis de er defekte, volde skade på personer eller ting, der normalt vil være beregnet til privat

brug. Der vil herefter foreligge *produktansvar for varer*. Reglerne herom er harmoniseret i EU og er gennemført i Danmark ved produktansvarsloven¹⁴⁾.

Produktansvaret er objektivt; den skadelidte skal alene bevise, at der foreligger en skade og at varen har en defekt, samt at der er årsagsforbindelse mellem skaden og defekten, jfr. produktansvarsloven § 6. I det omfang, cirkus optræder som mellemhandler, har virksomheden alene et hæftelsesansvar og kan gøre regres over for producenten. Der ydes ikke erstatning for skader på forbrugernes ting, såfremt de beløber sig til 4.000,- DKK eller derunder, produktansvarsloven § 8, stk. 1.

Ejerens eller besidderens ansvar for dyr er undergivet lovregulering, som ikke er udtømmende. Ansvar er overvejende objektivt.

Skadevoldende vilde dyr er omfattet af Danske Lov 6-10-4, hvorefter der gælder et objektivt ansvar for ejeren. Som oftest vil der ikke blive tale om ansvar for vilde dyr, da disse som ovenfor nævnt ikke må anvendes ved forestillinger i cirkus, medmindre der gives dispensation, jfr. dyreværnsloven § 17 stk. 4. Vilde dyr er ifølge dyreværnsloven dyr, som ikke almindeligvis holdes som husdyr i Danmark. Denne definition kan antageligt også lægges til grund ved anvendelsen af DL 6-10-4, hvorefter elefanter må anses for vilde dyr. For få år siden opnåede Cirkus Dannebrog dispensation til at anvende en krokodille ved cirkusforestillinger, men kun for én sæson. Dispensationen kunne ikke fornyes¹⁵⁾.

For løsgående heste gælder Danske Lov 6-10-2, hvorefter ejeren er undergivet et objektivt ansvar. For heste, som er under kontrol, hvilket normalt er tilfældet inden for cirkus, gælder der ikke særlige regler. Herefter må ansvaret støttes på culpa ifølge de almindelige erstatningsregler, men der vil antageligt blive stillet ret strenge krav til ejerens eller besidderens forsvarlige adfærd¹⁶⁾. For besidderen af hunde gælder et objektivt ansvar i hundeloven nr. 380 af 26.6.1969 m. sen. ændr. § 6 stk. 1.

¹⁴⁾ Rådskdirektiv af 25.7.1985 om tilnærmelse af Medlemsstaternes administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser om produktansvar (85/374/EØF), gennemført i Danmark ved lov om produktansvar nr. 371 af 7.6.1989. Direktivet er ændret v. dir. af 10.5.1999, som endnu ikke er implementeret i Danmark. Lovforslag herom er fremsat d. 4.10.2000, se Lovforslag 18, 2000-01, Justitsministeriet, om ændring af produkansvarsloven (ophævelse af undtagelsen for uforarbejdede produkter hidr. fra jordbrug, husdyrbrug, fiskeri og jagt).

¹⁵⁾ Oplyst af Agnete Louise Enoch.

¹⁶⁾ Se UfR 2000.1871 om forsvarlig adfærd ved culpaansvar for en bortløben ko.

Cirkusvirksomheden er ansvarlig for, at de fornødne sikkerhedsforanstaltninger er til stede vedrørende de dyr, der anvendes i cirkus¹⁷⁾.

Cirkusvirksomheden er omfattet af miljøbeskyttelsesloven nr. 698 af 22.9.1998, hvorefter der kan ifaldes erstatningsansvar for blandt andet rystelser og støj, anvendelse af mobile anlæg, der kan medføre forurening, og vedrørende dyrehold, der kan medføre hygiejniske problemer. Ansvarsgrundlaget er et culpaansvar¹⁸⁾.

4.3. Tilsyn med offentlige forlystelser¹⁹⁾

Forlystelsesdrift ligestilles med næringsvirksomhed. Ifølge næringsloven § 2 har personer, som har dansk indfødsret (samt EU statsborgere og en række andre udlændinge) og som har bopæl i Danmark, er myndige og ikke under konkurs, ret til at drive næring her i landet uden nogen form for tilladelse. Dette gælder også for cirkusvirksomheden. Men især på lokalt plan er cirkus undergivet tilsyn og kontrol. Agnete Louise Enoch har oplyst, at Cirkus Dannebrog har tilpasset sig nøje til de lokale krav, således at virksomheden turnerer problemfrit mellem lokalområderne. Derimod er det ikke muligt at overskride landegrænser.

4.3.1. Polititilladelse

Offentlige forlystelser er under kontrol af politiet. Regler herom er fastlagt i en normalpolitivedtægt, som er udarbejdet på grundlag af en af Justitsministeriet udsendt meddelelse²⁰⁾. I de lokale politivedtægter findes enslydende bestemmelser, svarende til normalpolitivedtægten, som i § 48 bestemmer, at

¹⁷⁾ Smh. UfR 1937.158 (Hollænderbyens løve). En sangerinde i etablisementet "Hollænderbyen" blev under en sangprøve forskrækket ved synet af en løve, faldt om og kom til skade. Domptøren blev anset for objektivt ansvarlig iht. DL 6-10-4 om ansvar for vilde dyr, kapelmesteren ansvarlig for culpa som leder af prøven og etablisementets direktør husbondansvarlig iht. DL 3-19-2.

¹⁸⁾ For særligt forurenende virksomheder, der er anført på den i § 35 anførte liste, gælder objektivt ansvar, se DP s. 115 - 116.

¹⁹⁾ Se Cirkusbetækn. s. 30 - 32, kapitel 7. Se også Justitsministeriets betænkning nr. 1343 om forlystelser, København 1997, afgivet af Justitsministeriets Forlystelsesudvalg (forkortet Forlystelsesbet.). Findes på Internet under Justitsministeriets hjemmeside, <http://www.justitsministeriet.dk/publikationer/bet1343/>

²⁰⁾ Justitsministeriets meddelelse nr. 203 af 30.9.1968 om normalpolitivedtægt. Regler om offentlige forlystelser udspringer af en førkonstitutionel praksis. De nugældende regler har hjemmel i Lov af 11.2.1863 om Københavns politi og lov nr. 21 af 4.2.1871 om politiet uden for København. Politivedtægten for København er affattet ved bkg. nr. 430 af 21.11.1967 m. sen. ændr.

offentlige forlystelser, herunder cirkus- og variéteforestillinger, ikke må finde sted uden politiets tilladelse. I § 50 bestemmes, at den, der har fået tilladelse, skal efterkomme politiets ordensforskrifter. Findes særlig brandvagt fornøden, skal den pågældende afholde udgifterne dertil. Justitsministeriet har ved cirkulære af 4.2.1988 m. sen. ændr. om offentlige forlystelser fastsat nærmere retningslinier om meddelelse af tilladelser. Det kræves, at politiet ved meddelelse af tilladelse skal holde sig underrettet om kommunalbestyrelsens holdning, som er vejledende for politiet. Der stilles betingelser vedrørende den plads, hvor forlystelsen skal foregå. Ved meddelelse af tilladelse lægges der lægges vægt på til- og frakørselsforhold, parkeringsmuligheder og sanitære og miljømæssige forhold. Politiet forestår færdselsreguleringen.

I perioden 1927 - 1976 krævedes, at personer, der søgte beskæftigelse ved forlystelser, skulle være i besiddelse af et af politiet udstedt markedspas, der skulle sikre imod, at tidligere straffede personer påny ville begå lovovertrædelser under medvirken ved forlystelser. Nu indgår vurderingen af de personlige forhold i afgørelsen af, om polititilladelse kan meddeles, jfr. forlystelses-cirkulæret § 1. Forlystelsesudvalget har i sin betænkning nr. 1343 påpeget uligheden ved, at politiets beføjelser er mere vidtgående ved forlystelsesdrift end ved drift af anden næringsvirksomhed²¹⁾.

Cirkusbetænkningen anfører²²⁾, at vurderingen af, i hvilket omfang det er nødvendigt at have brandvagt, administreres meget forskelligt i de enkelte kommuner. Prisen, der skal betales for brandvagt, strækker sig fra gratis ydelse til omkring 2000 kr. pr. forestilling. Betænkningen indstiller på forslag af Cirkusdirektørforeningen, at cirkus uddanner sine egne medarbejdere til at varetage denne funktion. I det omfang, hvor dette ikke kan gennemføres, bør betaling bortfalde.

4.3.2. Kommunalt tilsyn

Kommunen kan fastsætte vilkår for cirkusvirksomhedens placering og aktiviteter i lokalområdet. I medfør af miljøbeskyttelsesloven har miljøministeriet ved bekendtgørelse²³⁾ bestemt, at der skal ske anmeldelse til kommunen forud for placering af omrejsende tivolier, forlystelsesanlæg og lignende udendørs aktiviteter. I medfør af vejlovgivningen skal kommunen godkende

²¹⁾ Cirkusbetækn. kap. 7.3.

²²⁾ Cirkusbetækn. s. 20 - 21.

²³⁾ Bkg. nr. 367 af 10.5.1992.

til- og frakørselsforhold. Endvidere skal den kommunale myndighed tilse, godkende og kontrollere cirkustelte.

Ifølge Forlystelsesudvalgets betænkning anses polititilladelsen til cirkus for unødvendig, da både kommunale myndigheder og Arbejdstilsynet (se ndfr. 4.3.3.) udøver en kontrol, som synes at være tilstrækkelig. Ifølge telefonoplysninger indhentet fra Politigården i København er det dog politiets opfattelse, at de bestående beføjelser ikke skal indskrænkes, da politiet skal sørge for orden og sikkerhed.

4.3.3. Andet tilsyn

Arbejdstilsynet fører tilsyn med cirkuspersonalets, herunder artisternes, sikkerhed efter reglerne i arbejdsmiljøloven.

4.4. Afgifter

Cirkus skal betale leje af teltpladsen²⁴⁾. Priserne varierer betydeligt i de enkelte kommuner fra gratis benyttelse af pladsen til omkring 2.500 kr. pr. døgn i København (1998-pris). Et af de største cirkus havde i 1996 en samlet årlig udgift til pladsleje på 170.000 kr. Priserne forventes at stige, hvilket kan bevirke, at cirkus må undlade at besøge de dyreste kommuner. Hertil kommer udgifter til el, vand og renovation.

Der skal betales moms af de ydelser, som cirkus præsterer, jfr. merværdiafgiftsloven²⁵⁾ (momsloven) § 3 stk. 1, hvorefter selvstændige økonomisk erhvervsdrivende skal betale moms. Der betales moms af varer og ydelser, der leveres mod vederlag i Danmark, § 4 stk. 1. Ifølge § 17 stk. 1 er leveringsstedet beliggende i Danmark, når ydelsen faktisk præsteres her i landet. § 13 stk.1, nr. 1 bestemmer, at kulturelle aktiviteter er fritaget, men det gælder ikke for teaterforestillinger, koncerter og lignende. Hertil kommer vægtafgift for de mange og store motorkøretøjer, der er nødvendige for cirkus.

²⁴⁾ Se Cirkusbetækn. s. 21.

²⁵⁾ Bekendtgørelse af merværdiafgiftsloven, lovbkg. 804 af 16.8.2000. Se også Cirkusbetækn. s. 19-20.

5. Samfundets juridiske beskyttelse af cirkusforestillingen

De ydelser, som præsteres ved forestillingerne, har et immaterielt indhold af kulturel karakter. Det må vurderes, i hvilket omfang deres kulturelle kvaliteter er værnet mod efterligninger og offentlig gengivelse. Artisternes præstationer er under stadig udvikling i indbyrdes konkurrence og forestillingerne skal kunne gennemføres inden for økonomiske rammer, som kan betales ved entréindtægter. Også et konkurrenceretligt værn er derfor påkrævet.

5.1. Den generelle immaterialretlige og konkurrenceretlige beskyttelse af cirkusforestillingen

Der kan være behov for beskyttelse af forestillingen som helhed, programmets opbygning og præsentation. Inden for disse rammer bliver der spørgsmål om beskyttelse af de enkelte numre og præstationer udført af artisterne eller cirkusorkestret.

Ifølge ophavsretsloven²⁶⁾ (OHL) § 1 beskyttes frembringelser, der er litterære eller kunstneriske værker. Det kræves af frembringelser, der opfattes som værker i ophavsretslovens forstand, at de har "værkshøjde". Dette indebærer, at de skal være "resultatet af en egen selvstændigt skabende intellektuel indsats fra ophavsmandens side", jfr. forarbejderne til 1995-loven. Der stilles ikke selvstændige kvalitetskrav eller æstetiske krav. Værket skal besidde en vis originalitet og et vist særpræg. Arbejdsindsatsen medfører ikke beskyttelse²⁷⁾. En idé beskyttes først ved den konkrete udformning, hvori den fremtræder. Ophavsretten består i en eneret til at råde over værket ved at fremstille eksemplarer af det og stille det til rådighed for offentligheden, jfr. OHL § 3. Ophavsmanden har krav på at blive navngivet, og det er ikke tilladt at ændre eller offentliggøre det på en måde, der krænker det litterære eller kunstneriske egenart, jfr. OHL § 75. Iflg. OHL § 65 er den udøvende kunstner, som fremfører et litterært eller kunstnerisk værk, beskyttet mod, at den pågældendes præstation optages på bånd, video eller lignende eller gøres tilgængelig for offentligheden uden kunstnerens samtykke²⁴⁾. Denne bestemmelse har kun i beskedent omfang været praktisk anvendelig på cirkusforestillingerens præstationer, afhængig af de enkelte numres indhold.

²⁶⁾ Lov om ophavsret lovbkg. nr. 706 af 29.9.1998

²⁷⁾ MDP s. 31 - 35.

²⁴⁾ MKI s. 121.

Markedsføringsloven (MFL) § 1 yder konkurrenceretlig beskyttelse af afsætningsinteressen, der er knyttet til forestillingen, dvs. dens kommercielle værdi, ved at forbyde handlinger, der strider mod god markedsføringsskik. MFL § 5 beskytter kendetegn, der er betegnende og særprægede for bestemte elementer i forestillingen.

5.2. Rammerne omkring cirkusforestillingen

Cirkusprogrammet, der er nedskrevet og normalt fremtræder i trykt lay-out, kan anses som litterært værk, idet kataloger og lignende skrifter normalt er ophavsretligt beskyttet²⁵⁾.

Sprechstallmeisterens mundtlige præsentation af programmet og de enkelte numre er ikke beskyttet, medmindre der er tale om en præstation på basis af et manuskript eller andet, der kan anses som et litterært værk. Oplæsning eller citering af programmet er ikke tilstrækkeligt.

Programmets indhold i form af sammensætningen af numre er heller ikke beskyttet. Dog vil det blive omfattet af ophavsretsloven, hvis forestillingens forløb opbygges over en manifesteret idé, en "rød tråd", for eksempel ledsaget af scenografi med lyssætning, scenskift, lyd- og farvekompositioner mv. Dette foreligger normalt ikke i det traditionelle cirkus.

Orkestrets musikpræstationer er ophavsretligt beskyttet som anden orkestermusik. Værkerne, der opføres, kræver tilladelse til offentlig fremførelse, medmindre der spilles egne kompositioner. Dette er normalt ikke tilfældet, da cirkusnumrene ofte er bygget op over populære melodier, som publikum kan genkende. Dog kan arrangementer af musikstykker efter omstændighederne være beskyttet. Orkestrets præstation er omfattet af OHL § 65, hvorefter musikerne er beskyttet imod, at deres fremførelse af kunstneriske værker i form af musikstykker uden deres samtykke optages på lydbånd, film, video og lignende, eller offentliggøres. Derimod er fremførelsen ikke beskyttet mod efterligninger.

5.3. De enkelte cirkusnumre

Et cirkusprogram har et indhold, der typisk er sammensat af dressur af dyr, artister med akrobatik, styrke- og behændighedspræstationer, manipulation med genstande, samt klovnenumre. Denne grundsubstans er suppleret med dans og anden scenisk optræden.

²⁵⁾ Se MKI s. 60.

Dressur af dyr fremføres af domptøren, som lader dyrene bevæge sig i gangarter, formationer og figurer eller stå i bestemte opstillinger og tableauer. Nummeret vil normalt være sammensat af elementer, der er fælles for området. Det kan ikke udelukkes, at en domptør skaber og fremfører en original koreografi, der er undergivet ophavsretlig beskyttelse²⁶⁾. Men som oftest vil præstationsmulighederne være begrænset til velkendte elementer på grund af dyrenes formåen og derfor ikke have tilstrækkelig værkshøjde. En ældgammel kunst er skoleridning, hvor rytteren behersker hestens gangarter og har koreograferet de figurer, som hesten bevæger sig i²⁷⁾. Kun mennesker, ikke dyr, kan være ophavsmænd. Selv om en hest, abe eller elefant udvikler en usædvanlig adfærd, som tilfører nummeret kvaliteter, kan dyrets egne præstationer ikke beskyttes²⁸⁾.

Akrobater og lignende cirkusartister fremfører luftnumre, kraftspring, linedans, formationer og præstationer med redskaber som for eksempel jonglører, cykelartister og tryllekunstnere. Deres numre opfattes ikke som litterære eller kunstneriske værker i ophavsretslovens forstand, men snarere som sportsudøvelse. De er derfor ikke undergivet en eneret, som er beskyttet mod efterligning ifølge OHL § 1.

Artisternes præstationer betragtes ikke som fremførelse af litterære eller kunstneriske værker. De er således ikke omfattet af OHL § 65, som værner udøvende kunstneres fremførelse af beskyttede værker mod optagelse på bånd, film, video og lignende²⁹⁾. Men hvis nummeret f. eks. er baseret på et originalt manuskript eller koreografi, kan det manifestere sig således, at værket og præstationen omfattes af ophavsretsloven. - Dog gælder iflg. OHL § 66 om lydoptagelser og § 67 om billedoptagelser, at fremstilleren er beskyttet mod kopiering og offentliggørelse af optagelsen uden fremstillerens samtykke. Det indebærer, at en artist, som for eksempel får fremstillet et præsentationsvideobånd af sit nummer til brug for kontraktforhandlinger, ved aftale med videoproducenten kan sikre sig imod, at videoen distribueres og fremføres offentligt. En tilsvarende beskyttelse gælder for fotografier iflg. OHL § 70³⁰⁾.

²⁶⁾ MKI s. 72 anfører, at koreografi kan være undergivet beskyttelse.

²⁷⁾ Arts de Cirque s. 12.

²⁸⁾ MDP s. 37.

²⁹⁾ MKI s. 71. Dette er i overensstemmelse med Danmarks internationale forpligtelser, herunder Rom-Konventionen af 1961 og WIPO Traktaten af 1996, se smst.

³⁰⁾ MKI s. 75.

Derimod kan præstationerne være konkurrenceretligt beskyttet ved markedsføringslovens krav om god markedsføringsskik til beskyttelse af den markedsræssige værdi, der ligger i fremførelsen af deres præstationer, jfr. markedsføringsloven § 1³¹⁾. Efter denne bestemmelse kan der kræves nedlagt forbud mod en adfærd, herunder optagelse, offentlig gengivelse eller anden anvendelse uden samtykke af deres præstationer, og der kan kræves erstatning for det dokumenterede tab ved den retsstridige adfærd, jfr. MFL § 13. Men den krænkende part kan ikke pålægges straf i form bøde eller hæfte, og beviset for den krænkende adfærd kan være vanskeligt at skaffe.

Klovnenumrene er nok de cirkuspræstationer, der er mest komplekse. De bygger på traditionelle typer³²⁾ såsom parret den aristokratiske hvide klovn, og klovnen med den røde næse. Nummeret består normalt af komiske eller sørgmodige "gags", falden-på-halen-komedie og lignende elementer, som alle børn og voksne er fortrolige med. Præstationerne og sammenspillet mellem klovnene og andre medvirkende, mennesker eller dyr, kan imidlertid udføres med et meget talentfuldt særpræg og personlighed, hvilket dog ikke har været tilstrækkeligt til, at de er blevet omfattet af ophavsretsloven, trods overvejelser herom³³⁾. I det omfang, klovner udfører ophavsretligt beskyttede musikværker, sketches på grundlag af et originalt manuskript eller koreograferet dans, der anses som beskyttede værker, er de dog omfattet af § 65 som ovenfor anført vedr. andre artister. På dette grundlag er de værnet mod fiksering af deres numre ved billed- og lydoptagelser og mod gengivelse af deres præstationer³⁴⁾. Ellers er de alene undergivet beskyttelse i medfør af markedsføringsloven. Denne lovs § 1 kan påberåbes som værn mod efterligning og offentliggørelse af præstationer, der har kommerciel værdi. Herudover kan den klovne maske eller figur, som en artist har skabt, være et kendetegn, der er så karakteristisk og særpræget for ham, at den er beskyttet mod efterligning og anvendelse i medfør af MFL § 5 og således er forsynet med eneret. Der kan nedlægges forbud mod uberettiget anvendelse eller anden krænkende adfærd og kræves erstatning for det dokumenterede tab. Herudover kan der pålægges bødestraf for en forsætlig krænkelse af § 5. Iøvrigt kan produkter, hvormed overtrædelser er sket, blive konfiskeret. Der kan for eksempel være tale om, at en særpræget klovnefigur anvendes uden samtykke i en reklamefilm eller på

³¹⁾ MKI s. 71 - 72. Se Cirkusbetænkn. s. 35.

³²⁾ Arts du Cirque s. 9.

³³⁾ Cirkusbetænkn. s. 34.

³⁴⁾ MKI s. 71.

plakater som reklame for kommercielle produkter. Her kan nedlægges forbud mod at vise filmen og plakaterne, som kan kræves tilintetgjort.

I retspraksis har der været flere tilfælde af uberettiget brug af en figur. I en ældre sag³⁵⁾ har skuespilleren Buster Larsen således rejst indsigelse mod brugen af en klovnefigur, som han havde skabt. Et fjernsynsfirma udstillede fjernsynsapparater med et billede fra "Cirkus Buster", hvor hans figur var anvendt. Højesteret udtalte, at anvendelsen af figuren i reklameøjemed uden tilladelse var uberettiget ifølge almindelige retsgrundsætninger. - Skuespilleren Per Pallesen har skabt en klovneagtig figur med rød alpehue, runde briller og strithår og med sentensen "lige på en studs". Per Pallesen rejste sag³⁶⁾ mod kageproducenten Karen Wolf A/S i anledning af, at denne på emballagen for romstænger havde anbragt aftagelige runde klistermærker med den pågældende sentens samt en tegning af en rød alpehue, under hvilken der var anbragt strittende hår og brune briller med store øjne bagved. Retten anså Per Pallesens figur for at være beskyttet efter markedsføringsloven § 1, men ikke efter ophavsretsloven. Per Pallesen, der ikke havde givet samtykke til anvendelsen, fik tilkendt erstatning for uberettiget brug af figuren.

6. Behov for støtte fra samfundet til cirkus

Cirkusbranchen er undergivet hård konkurrence, hvor det er nødvendigt at være i stadig udvikling og følge de trends, der er herskende inden for samfundet. Forsvinder cirkus, mistes en særpæget kulturel udtryksform, som er rodfæstet i traditionen og udfolder sig inden for særlige fysiske rammer.

Samfundet kan yde støtte til opretholdelsen af branchen, dels ved immaterialretlig lovgivning, dels ved økonomisk støtte. Dog har cirkus altid haft sit attraktive særpræg og fascination ved, at det fremtræder som et "samfund i samfundet", der ønsker at udfolde sig i størst mulig frihed og uafhængighed af omgivelserne. Det må afvejes, i hvilket omfang støtte kan ydes til cirkus uden at kvæle dets kulturelle særpræg.

6.1. Udvikling af immateriel lovgivning

Der synes at være behov for en ophavsretlig beskyttelse for præstationer, der ikke anses for udførelse af litterære eller kunstneriske værker i ophavsretslovens forstand.

³⁵⁾ UfR 1965.126 H.

³⁶⁾ UfR 1986.272 S&H.

Beskyttelsen kan tænkes at være knyttet enten til artisten som aktør eller til præstationen.

Normalt vil artisten kunne betragtes som udøvende kunstner, når han eller hun udfører et ophavsretligt beskyttet værk. Derimod kan en aktør næppe i sig selv betragtes som udøvende kunstner, når den pågældende udfører andet, for eksempel sportspræstationer.

Beskyttelsen må herefter knyttes til præstationen. Kulturministeriets Artistudvalg (idet følgende benævnt "Artistudvalget") har foreslået følgende revision af ophavsretsloven § 65³⁷⁾: "En kunstnerisk præstation, herunder navnlig fremførelsen af et litterært og kunstnerisk værk, må ikke ske uden kunstnerens samtykke". Forslaget synes at forudsætte, at der indføres et begreb: "Kunstnerisk præstation" der er mere vidtgående end begreberne "litterært eller kunstnerisk værk". Dette nye begreb vil være vanskeligt at definere. Men samtidig må det erkendes, at der er behov for at dække den kreative, originale præstation, hvis indhold skabes i opførelsesøjeblikket og vanskeligt kan knyttes til en forudgående manifestation. Vanskeligheden ved at håndtere denne præstation kan hænge sammen med, at den kulturelle udtryksform - ikke mindst i en vestlig kultur, der hviler på en protestantisk tradition - er knyttet til det sprogligt verbale, lydligt og visuelle udtryk såsom ord og ordsymboler, tegninger, noter og koreografisk notation. Kropssproget, det fysiske udtryk for en idé, er blevet fortrængt til at være et sekundært udtryk i sig selv, kun anerkendt, når det er fikseret i sprog, billede eller notation. Det er uafklaret, hvad der kan kræves for at anse denne fysiske udtrykte idé for at have manifesteret sig som ophavsretligt beskyttelsesværdig. Men en udvidelse af beskyttelsen som foreslået af udvalget bør ikke af denne grund på forhånd opgives.

Artistudvalget har yderligere foreslået at tilføje i § 65, at cirkusartisten ligestilles med udøvende kunstnere. Dette må kunne indføres uden problemer, da artisterne antagelig har denne beskyttelse i forvejen inden for de ovenfor angivne rammer. Ved tilføjelsen bliver deres status blot præciseret.

6.2. Økonomisk kulturstøtte.

Ifølge TEF art. 151 er det en målsætning inden for EU, at Fællesskabet skal bidrage til, at kulturen kan udfolde sig, se ovfr. pkt. 3.5. Støtte kan ydes ikke blot i form af samarbejde mellem medlemslandene, men også ved at tillade det enkelte medlemsland at yde national kulturstøtte, når den ikke ændrer samhandels- og konkurrencevilkårene på en måde, der strider mod de fælles

³⁷⁾ Cirkusbetækn. s. 36, pkt. 8.5.

interesser, jfr. TEF art 87, stk. 3 litra d. Så længe dette forhold ikke er blevet nærmere præciseret, har medlemslandene et vist spillerum for fortolkning heraf.

Offentlig kulturstøtte kan ydes direkte som tilskud eller underskudsdekning eller indirekte ved foranstaltning af faciliteter, fremme af samarbejde og lempelse af skatter og afgifter.

Direkte tilskud til cirkus som erhvervsvirksomhed er problematisk, da dette vil medføre tilsyn med virksomheden og dermed være indgribende over for virksomhedens dispositionsfrihed. Desuden kan tilskud påvirke den fri konkurrence inden for branchen. Underskudsdekning på bestemte betingelser kunne snarere være en mulighed for effektiv hjælp, der kun i begrænset omfang kan påvirke de frie markedsforhold. Derimod kunne projektstøtte til produktudvikling, eventuelt ved et tværgående samarbejde inden for branchen, være tænkeligt.

Indirekte støtte kan ydes som hjælp til sikring af fremtiden. Der er i Danmark i modsætning til for eksempel Frankrig og Rusland³⁸⁾ ingen offentligt støttet uddannelse af artister, støtte til studieophold eller udveksling af artister mellem Danmark og udlandet, i første række medlemslandene i EU. Oplæring af artister er hidtil sket ved en form for "mesterlære", hvor fortrinsvis børn i cirkusfamilier har fortsat familietraditionen. En sådan uddannelse er af høj kvalitet, og cirkusfamilier med hel eller delvis dansk baggrund har kunnet hævde sig på internationalt plan, for eksempel klovnefamilien Rivel-Dubsky og cirkusfamilierne Benneweis, Miehe og Enoch. Men denne reproduktion via generationerne kræver, at familierne overvejende selv sørger for børnenes skolegang og hele udvikling og er i stand til at også på dette punkt at have konkurrencemæssig gennemslagskraft. Ønsker et barn en uddannelse uden for cirkus, vil det ofte medføre bekostelige foranstaltninger for forældrene i form af kostskoleophold og lignende. Endvidere er forholdet, at børn med artistiske evner uden for cirkusmiljøet har svært ved at få den fornødne uddannelse. Til hjælp både for cirkusbørn og andre med det fornødne talent vil det være hensigtsmæssigt at yde støtte til artistskoler, eventuelt med adgang til SU på linie med andre studerende, og støtte til udveksling med udlændinge og ophold på artistskoler i udlandet. Sådanne muligheder kunne forøge den almindelige interesse i samfundet for cirkus, idet den lukkethed, der omgiver cirkusmiljøet, i nogen grad vil blive brudt op uden nødvendigvis at ødelægge dets særpræg.

Den støtte, der kan ydes via lettelser af skatter og afgifter, kan være

³⁸⁾ Cirkusbetænk. kap. 9.

vanskelig at håndtere³⁹⁾. Der kunne være grund til at aflaste cirkus for afgifter på motorkøretøjer og for opkrævning af moms på entréindtægter uden modsvarende kulturstøtte på linie med teatre og orkestre⁴⁰⁾. Men samtidig må det erkendes, at ydelserne til det offentlige har deres baggrund i forskelligartede hensyn. Differentiering kan være teknisk kompliceret at administrere og kan få utilsigtede virkninger. En synlig støtte til bestemte foranstaltninger og til fremme af klare formål som for eksempel uddannelse synes at være mindre betænkelig.

7. Konklusion

Kærneydelsen i cirkusvirksomhedens produkt kan også i nutiden gøre sig gældende med sit særpræg: Cirkus er en kulturel formidler, der har sin gennemslagskraft ved enkle, ofte primitive, virkemidler. Cirkus giver udtryk for almenmenneskelige forhold i form af humor, poesi og elementære følelser af glæde og sorg, som kan forstås af alle uanset alder og nationalitet.

Denne formidling sker på baggrund af professionel kyndighed og tekniske færdigheder. Den har længe været inde i en udviklingsproces, som fører videre end til virtuos akrobatik og sportspræstationer. Præstationer koreograferes og forsynes med originale kreative elementer, og det basale udtryk for menneskelige følelser og holdninger nuanceres og udvikles på et kunstnerisk plan. I Frankrig er således inden for de sidste 25 år sket en udvikling under betegnelsen "Le nouveau Cirque" med forfinet kombination af originalitet og virtuositet sat ind i en kunstnerisk sammenhæng. Denne bevægelse har modtaget både bevågenhed og økonomisk støtte fra det franske kulturministerium⁴¹⁾.

Cirkus er en kulturel genre, som hævder sig ved sin egenart. Det vil være en fattiggjort samfundskultur, hvor de fundamentale elementer i det traditionelle cirkus kombineret med kunstnerisk udvikling måtte gå tabt på grund af ulige økonomisk kamp mod konkurrerende og ofte offentligt støttede aktiviteter inden for spilleteater, danseteater, musikforestillinger og lignende områder. Selv om cirkus synes at være levedygtig i sig selv, er det en kulturelt sårbar virksomhed, der let kan fortrænges eller opsluges af andre lignende virksomheder, der ikke har netop den særegenhed, der gør cirkus til en fascinerende kulturbærende institution. Cirkus fortjener derfor bevågenhed fra det

³⁹⁾ Smh. Cirkusbetænk. s. 20 og s. 22.

⁴⁰⁾ Se Cirkusbetænk. s. 20.

⁴¹⁾ Se Arts du Cirque.

omgivende samfund til støtte og udvikling af aktiviteterne inden for dets egne rammer.

Forkortelser

Agnete Louise Enoch: Pressechef og sprechstallmeister ved Cirkus Dannebrog
Agnete Louise Enoch.

Arts du Cirque: Jean-Michel Guy: "Les Arts du Cirque en l'an 2000",
Association Francaise d'Action Artistique (AFAA) / Ministère des Affaires
étrangères en collaboration avec Ministère de la Culture et de la Communica-
tion, Paris 2000. Kan anskaffes via Institut Francais, Rosenvængets Allé 34 -
36, 2100 - København Ø.

Cirkusbetækn.: Cirkus og artister i Danmark. Betænkning fra Kulturministe-
riets Artistudvalg, nr. 1363, 1998.

Dansk Privatret: Paul Krüger Andersen m.fl.: Dansk Privatret, 11. udg., DJØF
Forlag, København 1999.

EU-Law: Paul Craig og Grainne de Búrca: EU Law. Text, Cases and
Materials, 2. ed.1998, Oxford University Press.

European Labour Law: Ruth Nielsen: "European Labour Law", DJØF
Publishing - Copenhagen, 2000.

Forlystelsesbet.: Justitsministeriets betænkning nr. 1343 om forlystelser,
København 1997, afgivet af Justitsministeriets Forlystelsesudvalg.

MDP: Martin Dahl Pedersen: Bogen om Ophavsretten, forlaget Editio,
København 1998.

MFL: Markedsføringsloven, lbkg. nr. 545 af 1.7.1999 m. ændr. v. lov nr. 164
af 15.3.200 og lov nr. 442 af 31.5.2000.

MKI: Mogens Koktvedgaard: Lærebog i Immaterialret, 5. rev. udg., DJØF
forlag, København 1999.

MKK: Mogens Koktvedgaard: Lærebog i konkurrenceret, 4. udg., DJØF
forlag, København 2000.

OHL: Ophavsretsloven, lbkg. nr. 706 af 29.9.1998.

Sml.: Samling af domme og retsafgørelser ved EF-Domstolen og Retten i
første Instans.

TEF: Traktat om oprettelse af Det europæiske Fællesskab, undertegnet i
Amsterdam d. 2. oktober 1997 og trådte i kraft d. 1. maj 1999.

UfR: Ugeskrift for Retsvæsen

Den virtuelle forhandler

“Nye” internationale privatretlige problemstillinger?

af
Kim Østergaard

1. Indledning.

Formålet med nærværende artikel er med udgangspunkt i den virtuelle forhandler at give en kortere redegørelse for og vurdering af, hvorvidt den retlige ramme indenfor kontraktstatuttet i europæisk sammenhæng er velegnet i sin nuværende udformning til afgørelse af lovvalgsproblemer, når der henses til, at Internettet er et anational og ikke-stedsafhængig medium.

Den virtuelle forhandler skal i denne sammenhæng forstås som den mellemhandler, der handler i eget navn og for egen regning og risiko, hvor denne ikke fysisk mødes med dennes kunde, men anvender Internettet, e-mail eller andre elektroniske medier til at indgå aftaler.¹⁾

Hvorledes en given producent/leverandør organiserer den nationale som internationale afsætning afhænger af en lang række faktorer af juridisk, økonomisk og teknisk karakter. Elektronisk handel, som ikke synes at have et klart indhold²⁾, indebærer mulighed for, at en producent/leverandør kan organisere afsætningen af produkterne anderledes end hidtil, og at markedet potentielt set bliver globalt.

¹⁾ Om begrebet i relation til den traditionelle forhandler; se Ole Lando, *Udenrigshandelens kontrakter*, 1991, 4. udg, side 200 og Bent Iversen, *Handelsagenten og eneforhandleren*, 1997, 3. udg., side 193 f. Lennart Lyng Andersen m.fl. *Aftaler og mellemmand*, 1997, 3. udg., side 330 udtrykker det på følgende måde: “Eneforhandleren befinder sig i det yderste område af mellemmandsretten. Der er ikke det sædvanlige kontraktsretlige trepartsforhold, der kendetegner området, idet der kun er to kontrahenter: eneforhandleren og køber”.

²⁾ Se Ruth Nielsen: *Julebog* 1999, side 253.

Producenten/leverandøren kan på den ene side vælge at eksternalisere ³⁾ en given aktivitet, som markedsføring, salg og service eksempelvis til en forhandler eller anden mellemmand eller internalisere denne. Særligt eksisterende virksomheder skal overveje, hvorvidt den nuværende interorganisatoriske distribution skal bestå, eller afsætningen kan ske direkte over Internettet til den endelige køber af produktet. På nuværende tidspunkt er det for tidligt at afgøre, hvorvidt hybridene mellem marked og hierarki vil have en eksistensberettigelse i elektronisk handel. På Internettet synes der således ved en søgning at være mange virtuelle forhandlere ⁴⁾, ligesom Internettet har givet anledning til nye organisationsformer som infomediaries ⁵⁾ og internetportaler ⁶⁾, der dog ikke skal underkastes yderligere analyser i nærværende sammenhæng. ⁷⁾

³⁾ Når der i denne sammenhæng refereres til eksternalisere eller internalisere skal det forstås som, at virksomheden kan lade en anden virksomhed udføre en given aktivitet som eksempelvis markedsføring eller levering af delkomponenter; herved eksternaliserer den først nævnte virksomhed. Hvis virksomheden i stedet opsiger en forhandleraftale med henblik på selv at udføre de aktiviteter, som forhandler hidtil har udført, kan det betragtes som internalisering.

⁴⁾ En af de velsagtes mest kendte virtuelle forhandlere er www.amazon.com, som udbyder en relativ bred produktportefølje indenfor underholdningsindustrien. Virksomheden er ikke alene en virtuel forhandler, men fungerer ligeledes som "auktionshus", samt tilbyder flere ydelser, der normalt ikke varetages af den traditionelle forhandler. I Danmark er der registreret ca. 1400 virtuelle forhandlere, der videresælger produkter på konsumentvaremarkedet, se Jubii shopping www.jubii.dk. En række af disse produkter er digitale, hvilket indebærer mulighed for kopiering uden kvalitetsforringelser. Hvorvidt amazon.com overflødiggøres som følge af internalisering enten fra de multinationale film- og pladeselskaber eller evt. fra de udøvende kunstnere, se eksempelvis www.Donna-sommer.com. Særligt i relation til de digitale produkter, vil kun fremtiden kunne vise, at organiseringen af produktets vej fra producent til forbruger er under stærk forandring, hvilket der næppe kan herske tvivl om. The Warner Music Group har således i november måned 2000 lanceret muligheden for, at køberen kan downloade omkring 100 af "selskabets" CD'ere via en softwareudbyder. Se nærmere herom på www.billboard.com/daily/2000/0911_01.asp. Hvad angår de ophavsretlige problemstillinger, skal der i et EU-retligt perspektiv henvises til KOM/99/250. De fiskale problemstillinger, denne måde at organisere transaktionen giver anledning til, behandles ikke i nærværende sammenhæng.

⁵⁾ En infomediary kan defineres som en mellemmand, der på vegne af en købers forespørgsler om køb af et givet produkt, indhenter oplysninger og tilbud fra udbydere på markedet. En infomediary kan have fuldmagt til at indgå aftaler på vegne af køber. Som eksempel herpå, se www.respond.com.

⁶⁾ En internetportal minder i vid udstrækning om en elektronisk udgave af "De gule sider", men internetportaleme synes at være særdeles dynamiske, således at disse formentlig over tid vil komme til være beslægtet med de traditionelle mellemmandsformer og evt. være kombinationer heraf.

⁷⁾ Den retsvidenskabelige forskning bør dog lade disse nye organisationsformer underkaste en retlig analyse og vurdering.

Forhandleren kan operere under forskellige former. Som den traditionelle fysiske forhandler, som virtuel forhandler eller som en kombination heraf Det antages efter dansk ret ⁸⁾, at en forhandlerkontrakt normalt opdeles, depeçage, således at der foretages selvstændigt lovvalg i relation til købeaftalen og rammebetingelserne i forhandlerkontrakten. Der synes ikke at foreligge forhold, der taler for at ændre på denne opdeling, når der henses til den virtuelle og kombinerede forhandler. Derimod giver det anledning til overvejelse, hvilke dele af den danske internationale privatret, der skal finde anvendelse for såvidt angår købeaftalen, idet den kombinerede og virtuelle forhandlere kan videresælge såvel løsøre, software som digitale produkter. ⁹⁾ Særligt i de to sidstnævnte situationer må det imidlertid overvejes, hvorvidt kontraktstatuttet i sin nuværende udformning er velegnet til fastlæggelsen af, hvilke nationale regler, der skal finde anvendelse på disse typer af forhandlerkontrakter.

Den internationale privatret synes stadigvæk at have relevans indenfor internationale forhandlerkontrakter, idet den materielle ret ikke er harmoniseret, og der indenfor EU kun i belgisk ret ¹⁰⁾ findes direkte lovgivning om forhandlerkontrakter. Der synes ligeledes at være forskelle i de enkelte retssystemer indenfor EU. ¹¹⁾

Ved afgørelsen af, hvilke nationale regler, der skal finde anvendelse på kontraktstatuttet ¹²⁾, vil domstolen

- dels kunne benytte faste tilknytningsmomenter, som det fremgår af eksempelvis løsørekøbslovslovens § 4, hvor det efter § 4, stk. 1 fastlægges, at i de tilfælde, hvor parterne ikke har indgået en lovvalgsklausul, da gælder retsreglerne i det land, hvor sælgeren har sin bopæl/forretningssted,

⁸⁾ Se nærmere herom Ole Lando, Kontraktstatuttet, 1980, 3. udg., side 339.

⁹⁾ Der er naturligvis intet til hinder for, at den traditionelle forhandler ligeledes videresælger digitale produkter i materialiseret form, men denne vil ikke benytte Internettet som et middel til at overføre det digitale produkt.

¹⁰⁾ Law of 27th of July 1961 on the unilateral termination of exclusive distributorship agreements for an indeterminate duration. Loven er senere ændret ved lovebekendtgørelse af 13. april 1971. Loven har bl.a. til formål at beskytte forhandleren, der i lovens forstand betragtes som kontraktens svage part.

¹¹⁾ Juridisk Konsulent Sven Petersen i UfR 1998, side 312, hvoraf det fremgår, at retstilstanden er forskellig i Danmark og Tyskland. Forskellen mellem dansk og tysk materiel ret for såvidt angår forhandlere angår særligt spørgsmålet om fastlæggelsen af, hvornår der foreligger en integreret forhandler, hvilket i givet fald indebærer muligheden for at anvende handelsagentloven analogt, herunder adgangen til at fordrø godtgørelse ved kontraktens ophør, jf. hal §§ 25 - 27.

¹²⁾ En nærmere redegørelse gives under 3.

- *dels* anvende forskellige tilknytningsmomenter (den individualiserende metode), jf. eksempelvis Romkonventionens art. 4, stk. 1, hvor en række forskellige momenter som eksempelvis stedet hvor kontrakten er indgået, valuta, stedet for kontraktens opfyldelse osv. Reglen benævnes ligeledes tilknytningsreglen.

- *eller* formodningsregler som eksempelvis Romkonventionens art. 4, stk. 2, hvorefter der er en formodning for, at kontrakten har sin nærmeste tilknytning til det sted, hvor den part, der skal opfylde den for kontrakten karakteristiske ydelse, har sin bopæl, eller hvis det drejer sig om et juridisk selskab sit hovedsæde.¹³⁾

Den internationale privatret og Internettet giver imidlertid anledning til problemer. I den internationale privatret har begrebet "sted" i geografisk henseende hidtil spillet en væsentlig rolle, når der henses til de dele af den internationale privatret, der er relateret til faste tilknytningsregler og formodningsreglen, ligesom sted også indgår som et element i den individualiserende metode. Princippet harmonerer imidlertid dårligt med Internettet, idet Internettet er et globalt netværk uden den traditionelle tilknytning til et "sted"¹⁴⁾, og hvor spørgsmålet om nationale grænser ikke indgår som en naturlig bestanddel af en afgrænsning af "stedet" i udfindelsen af hvilke nationale regler, der skal finde anvendelse på den internationale kontrakt.

Dette problemfelt taler for en global uniformering af den internationale privatret, hvor det i overvejelserne må indgå, hvorvidt den fleksibilitet, der er

¹³⁾ Der kan naturligvis være andre metodiske tilgange til at fastlægge lovvalget.

¹⁴⁾ Matthew Burnstein har i artiklen "A global network in a compartmentalised legal environment" denne definition af Internettet: "The Internet is a network of networks. It is globally accessible and the mechanics and protocols are universal. But each network is administered, maintained, and paid for separately by universities, governments, and commercial Internet Service Providers. Each user must access the Internet by way of an Internet Service Provider, which is itself a network. The ISP connects to larger regional networks, which, in turn, is itself a network. The ISP connects to larger regional networks, which, in turn, connect to high capacity networks called backbones. This network of networks links computers and users worldwide." Artiklen indgår i bogen *Internet, Which Court decides, Which law applies, ...* redigeret af Katharina Boele-Woelki og Catherine Kessedjian, 1998.

indeholdt i Romkonventionen art. 4 og den i USA tilsvarende regel om den individualiserende metode i Second Restatement, skal opretholdes.¹⁵⁾

I den internationale privatret vil der kunne indgå en lang række tilknytningsmomenter¹⁶⁾, hvilket er relevant, når den individualiserende metode finder anvendelse, til at afgøre hvilket land den internationale forhandlerkontrakt har sin nærmeste tilknytning til for så vidt angår kontraktens rammebestemmelser.

Nedenfor eksemplificeres det, hvorledes Internettet som et globalt netværk indebærer, at tilknytningsmomenter, der i forhold til den traditionelle forhandler indgår som momenter med henblik på at identificere den nærmeste tilknytning, antagelig skal tillægges en anden betydning for den virtuelle forhandler, ligesom Internettet indebærer nye tilknytningsmomenter, der kan have betydning ved fastlæggelsen af, hvor forhandlerkontrakten har sin nærmeste tilknytning til.

Et tilknytningsmoment, der kan indgå i bedømmelsen af lovvalget ved traditionelle forhandlere, er for eksempel, hvor virksomheden har hjemsted¹⁷⁾

¹⁵⁾ Alternativt kunne det overvejes, at den materielle ret harmoniseres globalt, for så vidt angår kontraktretten og Internettet, men dette vil eksempelvis være uegnet i relation til den kombinerede forhandler, som drøftes under punkt 5. Romkonventionens art 5, stk. 2 indebærer anvendelsen af destinationsprincippet, således at en forbruger med bopæl i Danmark kan påberåbe sig præceptiv ret i Danmark, til trods for at den internationale privatret eller en lovvalgsklausul peger på anvendelse af

¹⁶⁾ Se Peter Arnt Nielsen, *International Erhvervsret*, 1999, 1. udgave, side 118, hvor forfatteren opregner en række tilknytningsmomenter, der kan lægges til grund, ved fortolkningen og anvendelsen af Romkonventionens art. 4, stk.1, 1. pkt.

¹⁷⁾ Om dansk ret se Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel: *Lærebog i Selskabsret II*, 1. udg., 2000, side 56. Efter dansk ret skal vedtægterne indeholde en angivelse af selskabets hjemsted, jf. asl § 4, stk. 1, nr. 2, hvilket skal forstås som den kommune her i landet, hvor selskabet har sit hovedkontor, og hvorfra selskabet ledes. I henhold til dansk ret synes der således at være problemer, jf. domskonventionen art 5, stk. 5. I domskonventionen sidestilles hjemstedet for juridiske personer med bopæl, jf. art. 53. Hjemstedsbegrebet i relation til EU's forslag til domsforordning synes ikke uproblematisk. Art 57 i domsforordningen, der omhandler juridiske personer, indebærer, at en juridisk person således kan have hjemsted på grundlag af det vedtægtsmæssige indhold, hvor virksomhedens hovedkontor er beliggende, eller hvor dets hovedvirksomhed er. Sagsøger kan således selv vælge, hvor søgsmålet tænkes anlagt fakultativt, jf. Peter Arnt Nielsen *UfR* 2000, side 164 ff. For traditionelle virksomheder vil der ofte være sammenfald mellem de procesuelle tilknytningsmomenter, mens dette synspunkt næppe kan gøres gældende for virtuelle virksomheder. Forslaget indebærer en harmonisering, således at der etableres et fælles processuelt bopælsbegreb for juridiske personer. I artiklen gennemgås ligeledes de problemer, der er ved, at Danmark har taget forbehold for så vidt angår det civilretlige samarbejde indenfor EU. Forslaget til Domsforordningen indebærer selvsagt muligheden for, at forskellige medlemsstats internationale privatretlige regler finder anvendelse og dermed, at forhandleraftalen kan tænkes underlagt forskellige materielle regler, jf. nærmere under 3, hvor fortolkningen af Romkonventionens art. 4 ikke er sammenfaldende indenfor EU.

eller det geografiske område, indenfor hvilket forhandleren afsætter produkterne. Ikke sjældent er der tale om eneforhandlingsaftaler¹⁸⁾, hvor fastlæggelsen af det eller de geografiske områder ("sted"), hvor forhandleren afsætter produkterne normalt ikke giver anledning til problemer, jf. nærmere nedenfor under 4.

For en virtuel forhandler kan anvendelsen af domænenavnet .dk være en indikation for, hvor den virtuelle forhandler har hjemting, men ikke nødvendigvis. Registreringen af et dansk domænenavn kan ikke nødvendigvis ses som et udtryk for, at den virtuelle forhandler har hjemting i Danmark¹⁹⁾ endsige er registreret her i landet. Den virtuelle forhandler har blot i et sådan tilfælde valgt at få registreret virksomheden hos en hostmaster, der er autoriseret til at udstede .dk domænenavne, og i relation til lovvalget mellem producent/leverandør og forhandleren bør anvendelsen af et dansk domænenavn næppe tillægges for stor betydning.²⁰⁾ Anvendelsen af generiske domænenavne som .com , .net eller .org giver selvsagt ingen indikation for, hvor virksomheden har hjemting.

Internettet er karakteriseret ved at være et globalt netværk, hvor anvendelsen af virtuelle eneforhandlingsaftaler godt kan lade sig gøre, men umiddelbart i forhold til Internettet forekommer ulogisk.²¹⁾

Den territoriale afgrænsning i den traditionelle eneforhandlingskontrakt synes således ikke at skulle tillægges den samme værdi ved virtuelle forhandlere, jf. nærmere herom i gennemgangen under 3.

Nedenfor gennemgås under punkt 2 lovvalgsproblemerne i relation til købeaftalen. Under punkt 3, 4 og 5 gennemgås lovvalgsproblemerne for rammebetingelserne for henholdsvis den traditionelle forhandler, den virtuelle forhandler og den kombinerede forhandler. Afslutningsvis gives der under punkt 6 en vurdering af, hvorvidt den nuværende retlige ramme findes velegnet

¹⁸⁾ Se nærmere herom Lennart Lyng Andersen m.fl. Aftaler og mellemænd, 1997, 3. udgave, side 329 f og Bent Iversen, Handelsagenten & eneforhandleren, 1997, 3. udg., side 194 f.

¹⁹⁾ Der er således ikke noget til hinder for, at en virksomhed, der er registreret i England, etablerer et dansk domænenavn. Om de nærmere regler herfor i Danmark; se www.difo.dk/regler.html. Dette giver selvsagt også problemer i den internationale procesret, hvilket dog ikke uddybes i nærværende artikel.

²⁰⁾ Der kunne modsætningsvis gøres gældende, at i de situationer hvor en forbruger indgår en aftale om levering af en løsøre genstand med en virtuel forhandler, der anvender et dansk domænenavn, at der umiddelbart i en sådan situation skabes et stærkere tilknytningsmoment til dansk ret.

²¹⁾ Der vil måske snarere ske det, at producenten/leverandøren anvender et selektivt distributionssystem på Internettet, med mindre virksomheden foretager fremadrettet vertikal integration, selvsagt under forudsætning af, at der er tale om en allerede eksisterende virksomhed.

til fastlæggelsen af lovvalget ved denne relative nye måde at distribuere formuegoder på.

2. Købeaftalen.

Hvis der foreligger videresalg af en løsøregenstand²²⁾, og såvel leverandør/-producent og forhandleren har forretningssteder²³⁾, jf. CISG art. 10, i forskellige stater, vil de materielle bestemmelser i CISG umiddelbart kunne finde anvendelse, hvor begge parter er hjemmehørende i stater, der har ratificeret CISG²⁴⁾, jf. CISG art. 1, stk. 1, litra a. Bestemmelsen har således forrang i forhold til anvendelsen af Løsørekøbslovsloven.²⁵⁾

Fra en dansk synsvinkel skal det fremhæves, at de nordiske lande har taget et art. 94 forbehold, således at CISG ikke finder anvendelse ved et inter-nordisk køb. I en sådan situation vil det være nødvendigt at foretage et lovvalg efter Løsørekøbslovslovens § 4, jf. nedenfor.²⁶⁾

²²⁾ Om vanskeligheder med afgrænsningen af begrebet se Jacob Nørager-Nielsen og Søren Theilgaard, Købeloven med kommentarer, 1993, 2. udg, side 35 ff.

²³⁾ Forretningssted er ikke defineret i CISG. For en næmere gennemgang heraf se Peter Arnt Nielsen, International privat- og procesret, 1997, 1. udgave, side 549. Det bemærkes, at forretningsstedsbegrebet efter CISG således bygger på en mere klar tilknytningsfaktor, end forslaget til revision om domskonventionen bygger på for så vidt angår hjemtingsbegrebet i art 57 i forslaget til domsforordningen.

²⁴⁾ CISG, den internationale købelov, er på nuværende tidspunkt ratificeret af 57 stater. For en nærmere oversigt se www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html. Fra en dansk synsvinkel er det værd at bemærke, at England, Irland, Portugal og Island endnu ikke har ratificeret CISG, hvilket indebærer, at det vil være nødvendigt at foretage et lovvalg enten med udgangspunkt i løsørekøbslovsloven eller Romkonventionen afhængigt af forum for tvisten.

²⁵⁾ Lovbekendtgørelse af 24. oktober 1986 nr. 722 om, hvilket lands retsregler der skal anvendes på løsørekøb af international karakter. Konventionen, der ligger til grund for loven, er udfærdiget i Haager Konferencens regi. Konventionen er den tredje udfærdiget i dette regi og har den officielle titel "Hague Convention of 15th of June 1955 on the law applicable to international sales of goods.

²⁶⁾ Efter vedtagelsen af CISG på Wienerkonferencen i 1980 nedsatte de nordiske lande en arbejdsgruppe med henblik på udfærdigelsen af en fælles nordisk købelov. Forslaget blev fremlagt i 1984 og kan ses i Nordiska Köplagar, Förslag av den nordiska arbetsgruppen för köplagstiftning, 1984. Forslaget var i vid udstrækning "kalkeret" over CISG, men alligevel med nationale forskelle, særligt når der henses til Norge, der ønskede en separat lovgivning for henholdsvis nationale og internationale køb. I Finland trådte den nye købelov i kraft den 1. januar 1988 (27.3.1985/355), i Norge den 1. januar 1989 (lov om kjøp 13. mai nr. 27.1988 og i Sverige den 1. januar 1991 (1990:931). I Danmark er der ikke sket ændringer af købeloven med henblik på en tilnærmelse til de øvrige nordiske lande. Island deltog som observatør.

Efter CISG art. 1, stk. 1, litra b ²⁷⁾ fastlægges det, at såfremt kun den ene af parterne er hjemmehørende i en stat, der har ratificeret CISG, vil CISG alligevel kunne finde anvendelse, hvis de internationale privatretlige regler i forumlandet peger på anvendelsen af national ret i den ratificerende stat. ²⁸⁾

Løsrekøbslovvalgsloven vil bl.a. være relevant at anvende, hvor der som nævnt ovenfor foreligger en forhandlerkontrakt af inter-nordisk karakter. Loven finder kun anvendelse på fysiske løsørengenstande, hvilket indebærer, at i hvert fald digitale produkter falder udenfor lovens anvendelsesområde.

Hovedreglen er fastlagt i lovens § 4, stk. 1, som indebærer, at såfremt parterne ikke har foretaget noget gyldigt lovvalg, da gælder retsreglerne i det land, hvor sælgeren har sit forretningssted. I bestemmelsens første punktum in fine benyttes udtrykket, hvor sælgeren havde bopæl (forretningssted), da han modtog bestillingen, hvilket må fortolkes som værende, at der mellem parterne er indgået aftale. ²⁹⁾

Dog således, at købers lands retsregler finder anvendelse, hvis sælger eller dennes repræsentant, herunder handelsagent, har indgået aftalen med køber i købers land, jf. § 4, stk 2.

Bestemmelsen bygger på en antagelse om fysisk tilstedeværelse i købers land, hvorfor der er blevet fremført det synspunkt, at bestemmelsen ikke har nogen betydning i relation til Internettet ³⁰⁾. Dette synspunkt kan tiltrædes ved almindelige spotmarkedstransaktioner, men det er vel i relation til en virtuel forhandler eller den kombinerede forhandler ikke utænkeligt, at producenten/-leverandøren i forbindelse med aftalens indgåelse rent faktisk indgår denne med en af disse to forhandlertyper i dennes respektive land, for parterne derefter påbegynder opfyldelsen af deres forpligtelser.

²⁷⁾ Fem stater har i henhold til CISG art. 95 taget er sådant forbehold. Disse stater er således ikke forpligtet til at anvende CISG art. 1, stk. 1, litra b. Staterne er USA, Kina, Singapore, Slovakiet og den Tjekkiske Republik.

²⁸⁾ Peter Arnt Nielsen, International erhvervsret – privat- og procesret, 1999, 1. udgave, side 150 udtrykker det på den måde, at "denne lovvalgsregel er nærmest en indirekte lovvalgsregel, der forudsætter, at der eksisterer egentlige lovvalgsregler i den stat, hvor tvisten indbringes". På engelsk anvendes udtrykket *indirect applicability*. For en nærmere gennemgang heraf se <http://www.cisg.law.edu/cisg/text/cross/cross-1.html>.

²⁹⁾ Peter Arnt Nielsen, International erhvervsret – privat- og procesret, 1999, 1. udgave, side 150 udtrykker det på den måde, at "denne lovvalgsregel er nærmest en indirekte lovvalgsregel, der forudsætter, at der eksisterer egentlige lovvalgsregler i den stat, hvor tvisten indbringes". På engelsk anvendes udtrykket *indirect applicability*. For en nærmere gennemgang heraf se <http://www.cisg.law.edu/cisg/text/cross/cross-1.html>.

³⁰⁾ Kasper Heine, Martin von Haller Grønabæk og Helen Holdt, Internet.Jura, 1997, 1. udgave, side 357 f.

Såfremt forhandleren, i denne sammenhæng forstået som den virtuelle eller kombinerede forhandler, "overdrager" et værk som et digitalt produkt ³¹⁾ over Internettet, som erhververen downloader ³²⁾ som en CD eller DVD på et givent medium af varig karakter (eksempelvis erhververens hard-disk), opstår følgende problemkredse, hvilken del af kontraktstatuttet der skal anvendes, herunder hvorvidt en sådan aftale kan karakteriseres som et køb ³³⁾ eller en

³¹⁾ Begrebet digitalt produkt må grundlæggende betragtes som erhververens adgang til at anvende bits, der fra erhververens synsvinkel kan manifestere sig på forskellig vis. Det amerikanske musiktidsskrift Billboard udkommer såvel i traditionelt papirformat, ligesom bladet har en website www.billboard.com, hvor dele af bladets indhold er tilgængeligt for offentligheden, men hvor den fulde adgang forudsætter tegning af et abonnement med tilhørende password. Herefter får brugeren adgang til samtlige oplysninger på magasinets hjemmeside. En anden mulighed kan være, hvor der erhverves et computer program, der downloades fra Internettet, eller mere præcist fra overdragerens server. Hvis der sker "levering" af musik over Internettet, kan det som nævnt i teksten ske på en sådan måde, at erhververen kan anvende det antagelig tidsubegrænset (eksemplarerhvervelse) eller i form af såkaldt streaming, hvor musikværket overføres og afspilles "øjeblikkeligt" for brugeren ved hjælp af et software program som www.realplayer.com. I sidstnævnte situation sker der således ikke nogen lagring af musikværket hos brugeren, og streaming anvendes derfor i vid udstrækning antagelig i markedsføringsmæssig henseende af nye musikværker.

Sondringen mellem digitale produkter og løsørengenstande må i visse situationer antages at indtage en flydende overgang, hvorfor der ved en konkret vurdering kan lægges vægt på de bagvedliggende hensyn, kontraktens indhold og produktets særlige karakteristika. Oprindelig vil eksempelvis en pladeindspilning kunne betragtes som en analog forteelse (etablering af mastertape), som efterfølgende bliver digitaliseret enten via Internettet som et digitalt produkt eller overføres til en CD, som forbrugeren principielt erhverver i eksemplarform ved køb af en CD hos en CD forhandler.

³²⁾ Opfyldelsesstedet for en kontrakt vil kunne indgå som et tilknytningsmoment i fastlæggelsen af, hvor aftalen har sin nærmeste tilknytning til. Det kan derfor give anledning til tvivl, hvorvidt det at downloade et digitalt værk kan sidesidestilles med et "afhentningskøb", eller at produktet fremsendes pr. e-mail (elektronisk post) kan betragtes som et pladshandel med udbringelsespligt. Denne mulige sondring bør antagelig ikke tillægges for megen betydning. Erhververen af et digitalt værk vil formentlig kunne gøre gældende, uanset fremførelsesformen, at levering ikke er sket, før værket er tilgængeligt for vedkommende; velsagtens via vedkommendes pc, wap telefon eller anden anordning, der kan opfylde opgaven som leveringsmedium.

³³⁾ I den traditionelle forhandlerkontrakt erhverver forhandler som udgangspunkt ejendomsretten til hvert enkelt produkt, som leverandøren leverer til forhandleren.

licensaftale ³⁴⁾, og i hvilken udstrækning erhvervelsen af et digitalt produkt må henregnes som en løsøregenstand eller en tjenesteydelse.

Grænsedragningen mellem køb og en licensaftale synes ikke fuldstændig klar ³⁵⁾ ved erhvervelsen af et digitalt produkt. I relationen mellem en virtuel forhandler og en forbruger ³⁶⁾, er det spørgsmålet, hvorvidt der foreligger et køb? Et køb vil normalt indebære, at erhververen opnår ejendomsretten til formuegodet. Dette synspunkt kan næppe udstrækkes til erhvervelsen af et digitalt produkt, hvilket snarere bør betragtes som en partiel overdragelse, idet erhververen ikke må anvende det digitale produkt med henblik på duplikation med videresalg for øje. ³⁷⁾

Modsætningsvis kan det gøres gældende, at forbrugeren erhverver retten til at "producere" et enkelt eksemplar, hvor Internettet blot fungerer som leveringsmedium af det digitale produkt. En sådan aftale må antagelig karakteriseres som en licensaftale, hvor forbrugeren erhverver retten til at

³⁴⁾ I bemærkninger til lovforslaget til Lov om ændring af lov om visse forbrugerftaler, markedsføringsloven og visse andre love (L 213), som vedrører implementeringen af Fjernsalgsdirektivet i dansk ret hedder det under punkt 2.4.2.4. Varer og tjenesteydelser, at "det fremgår ikke af direktivet, hvad der skal forstås ved vare eller tjenesteydelse, men det må lægges til grund, at direktivet tilsigter at regulere alle fjernsalg, alene med de undtagelser, der fremgår af direktivets artikel 3, stk. 1. Det kan således ikke antages at aftaler om *rettigheder* (min fremhævelse) generelt falder uden for direktivets anvendelsesområde, jf. herved artikel 3, stk. 1, 4 "pind" modsætningsvis" Dette må fortolkes derhen, at uanset hvorvidt erhvervelsen af et digitalt produkt kan anses for en vare, hvilket i det pågældende lovforslags bemærkninger skal fortolkes som en løsøregenstand eller en tjenesteydelse, må erhvervelsen af et digitalt produkt anses for omfattet af fjernsalgsdirektivet. Med disse bemærkninger bør erhvervelsen af et digitalt produkt antagelig rubriceres som en tjenesteydelse, hvilket ligeledes støttes af, at den i loven indholdte fortrydelsesret for varer, antagelig ville være meget svær at håndhæve for digitale produkter.

³⁵⁾ For en nærmere redegørelse se Mogens Koktvedgaard, Lærebog i immaterialret, 1999, 5. udg, side 366 ff.

³⁶⁾ Det bemærkes, at hverken CISG eller Løsørekøbslovsloven vil kunne finde anvendelse på en sådan international forbrugerftale, uanset om erhvervelsen af det digitale produkt kan betragtes som en vare eller licensaftale jf. CISG art. 2 og løsørekøbslovsloven § 1, stk. 2, litra d. Lovvalget vil i en sådan situation ske efter Romkonventionens art. 5 om visse forbrugerftaler og art. 4; evt. suppleret af mere specifikke lovvalgsregler, jf. art. 21.

³⁷⁾ Peter Lenda, Electronic Commerce Legal Issues Platform, Report on Private International Law: The Choice of law on european electronic commerce contracts. Rapporten har tidligere været tilgængelig på www.jura.uni-muenster.de/eclip. Forfatteren gennemgår på side 53 f. afgrænsningen mellem køb og licens ved digitale produkter.

downloadede et givent værk på et medium, som forbrugeren til anledningen har købt af trediemand eller allerede er i besiddelse af.³⁸⁾

I forholdet mellem producenten/leverandøren og forhandleren synes relationen noget mere kompleks, idet forhandleren i denne relation ikke erhverver x-antal eksemplarer med henblik på videresalg af det konkrete eksemplar, som det kendes fra den traditionelle forhandler, men at der indtræder mulighed for et i princippet utal af duplikationer af eksempelvis en master DVD eller CD, som leverandøren/udbyderen har up-loadet.

I en sådan situation har kontrakten karakter af en licensaftale, hvilket bevirker, at CISG ikke kan finde anvendelse, da konventionens anvendelsesområde er, at der foreligger et køb af en løsøregenstand, hvor ejendomsretten³⁹⁾ til genstanden overdrages til køber. CISG indeholder imidlertid ikke en klar definition af løsøregenstandsbegrebet, selvom der foretages en negativ afgrænsning i CISG art. 2, herunder til internationale forbrugerkøb og over for tjenesteydelser⁴⁰⁾ i konventionens art. 3. Der er i den internationale litteratur blevet anført, at CISG som udgangspunkt ikke bør finde anvendelse på licensaftaler.⁴¹⁾

³⁸⁾ I Licensaftalen af Jørgen Hansen, 1981, Udenrigstjenestens eksportinformation, side 15 foretager forfatteren en sondring med udgangspunkt i vederlaget, der skal erlægges, således at hvis der er tale om et engangsvederlag, må kontrakten betragtes som et køb, mens erlæggelsen af periodiske vederlag indebærer, at der foreligger en licensaftale. Dette synspunkt bør vel som udgangspunkt tiltrædes, men i lyset af den teknologiske udvikling siden fremstillingens udgivelse, bør det antagelig modificeres i visse situationer.

³⁹⁾ Af CISG art. 4, litra b følger det, at konventionen ikke finder anvendelse på den virkning aftalen kan have på ejendomsretten til den solgte vare. Dette indebærer, at hvis der mellem parterne opstår tvist i relation til ejendomsrettens overgang, vil dette i et internationalt handelskøb forudsætte et lovvalg.

⁴⁰⁾ Bemærk således at tjenesteydelsesbegrebet antagelig skal fortolkes forskelligt afhængigt af, hvorvidt CISG eller Fjernsalgsdirektivet finder anvendelse.

⁴¹⁾ "Leases or licensing agreements ought not to be governed by the CISG. However, there can be situations in which an agreement that is titled in fact has the overwhelming characteristics of a sale and will be regarded as a sales transaction governed by CISG". Se Arthur Fakes, "The application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods to Computer, Software, and Database Transactions", 3 Software L.J., 1990, side 584 – 585.

Hvad angår løsøre købslovsloven bygger denne på, at der foreligger overdragelse af en fysisk løsøregenstand ⁴²⁾, hvilket medfører, at loven ikke kan finde anvendelse. ⁴³⁾

Dette indebærer, at den relevante del af kontraktstatutet, til fastlæggelse af lovvalget ved en licensaftale, er Romkonventionen. Romkonventionen finder anvendelse på kontraktuelle forpligtelser, jf. art. 1, herunder elektronisk handel. Romkonventionen indeholder imidlertid ikke nogen sondring mellem løsøregenstande og tjenesteydelser, endelige bestemmelser om, hvorledes digitale goder skal forstås i sammenhæng med fortolkningen af konventionen. Dette gælder dog ikke for visse forbrugeraftaler, jf. art 5, stk 1, hvor der sondres mellem leverancer af løsøregenstande og tjenesteydelser.

Der er ikke isoleret set ikke noget til hinder for at anvende formodningsreglen, jf. art. 4, stk. 2 således at producentens/leverandørens nationale regler gøres gældende på denne del af retsforholdet. Der kan fremføres det synspunkt, at såfremt kontraktforhandlinger foregår i en stat, medens opfyldelse af aftalen sker fra en anden stat, da er det de nationale regler i sidstnævnte stat, der i givet fald finder anvendelse. ⁴⁴⁾

I forhold til digitale produkter skal der udvises forsigtighed med hensyn til en "automatisk" anvendelse af formodningsreglen, når der henses til at en sådan kontrakt antagelig kan have flere og anderledes beskafne tilknytningsmomenter ⁴⁵⁾, end de, der gælder ved den almindelige omsætning af løsøregenstande.

Dermed ikke sagt, at en række af tilknytningsmomenter i givet fald ikke kan være sammenfaldende, som f.eks den valuta der handles i og og det anvendte

⁴²⁾ Peter Arnt Nielsen, International privat- og procesret, 1. udg, 1997, side 556 med henvisning til den franske titel på konventionen, således at konventionen finder anvendelse, hvor der foreligger "ventes d'objets mobiliers corporels".

⁴³⁾ Indenfor andre retsområder har sondringen ligeledes betydning. Efter det sjette momsdirektiv betragtes digitale goder som tjenesteydelser og ikke løsøregenstande. Indenfor OECD er synspunktet ligeledes, at "the transfer og digitalized products should not be treated as the supply of goods", jf. www.oecd.org/daf/fa/e_com/discusse.pdf.

⁴⁴⁾ Peter Kaye, The new private international law of contract of the european community, Aldershot 1993, side 185.

⁴⁵⁾ Som eksempler på relevante tilknytningsmomenter, der adskiller omsætningen af produkter i den elektroniske handel i forhold til omsætningen af produkter i den traditionelle verden kan nævnes domænenavn, e-mail, den geografiske placering af serveren, hvor digitale produkter up-loades eller downloades.

Som tilknytningsmoment kan ligeledes parternes forretningssted/bopæl, leveringsstedet og stedet hvor kontrakten er indgået, indgå i bedømmelsen af, hvor kontrakten har sin nærmeste tilknytning til. Men disse tilknytningsmomenter vil ofte skulle fortolkes anderledes i relation til elektronisk handel end i den traditionelle omsætning af produkter, jf. nærmere herom under punkt 4.

sprog, hvor der dog i relation til sidsnævnte tilknytningsmoment kan gøres gældende, at mange websites indeholder flere sprogversioneringer; ofte med en engelsksproget version.

3. Den traditionelle forhandler

Hvis en retssag er anlagt ved en national domstol indenfor EU, vil domstolen i et sådant tilfælde anvende Romkonventionen, jf. art. 1⁴⁶⁾ til fastlæggelse af, hvilke nationale regler, der skal finde anvendelse på forhandlerkontraktens rammebestemmelser. Såfremt parterne ikke har indgået nogen lovvalgsaftale, som foreskrevet i art. 3, anvendes Romkonventionens art. 4 om lovvalget i mangel af aftale herom.

I denne sammenhæng er det særligt bestemmelserne i art. 4, stk. 1 og 2, der fordrer nærmere analyse og vurdering.⁴⁷⁾

Den individualiserende metode er givet ved bestemmelsen i art. 4, stk. 1, der ligeledes er den teoretiske hovedregel.⁴⁸⁾

Art. 4, stk. 2 er den generelle formodningsregel, hvis udgangspunkt er, at

⁴⁶⁾ Indenfor den internationale privaret er Romkonventionens anvendelsesområde således kontraktstatuttet. Hvilke nationale regler skal finde anvendelse på internationale kontrakter. Romkonventionens anvendelsesområde er således langt bredere, end når der henses til Løserekøbslovvalgsloven og CISG art. 1. Om forholdet mellem disse internationale privatretlige regler indenfor kontraktstatuttet gælder der et *lex specialis* princip. Romkonventionens art. 21 indebærer således, at de kontraherende stater har mulighed for at anvende andre konventioner. I bemærkninger til lovforslaget om gennemførelsen af Romkonventionen, side 11 hedder det "i følge art 21 viger konventionen for andre internationale konventioner, som en kontraherende stat er eller bliver deltager i, hvad enten der er tale om en eksisterende eller en senere indgået konvention. Baggrunden for denne liberale ordning er, at konventionen er af generel karakter, idet den dækker hele kontraktretten, og at man ikke har ønsket at lægge hindringer i vejen for opretholdelse eller indførelse af særlige lovvalgsregler for specielle områder inden for kontraktretten, som er baseret på andre konventioner, herunder de af Haagerkonferencen udarbejdede konventioner. Om indholdet af begrebet kontraktstatuttet se Ole Lando, *Kontraktstatuttet*, 1981, 3. udg. særligt side 134 f og Allan Philip, *EU-IP*, 1994, side 128.

⁴⁷⁾ Art 4, stk. 3 og 4 indeholder således særlige bestemmelser, hvad angår aftaler om fast ejendom og transport af gods, og som ikke umiddelbart er relevant at drøfte yderligere i denne sammenhæng. Indenfor konventionens anvendelsesområde er der ligeledes særlige bestemmelser om visse forbruger aftaler, jf. art. 5 og individuelle arbejdsaftaler, jf. art. 6. Om bestemmelsen i art. 5, se juridisk konsulent, cand.merc.jur. Jan Trzaskowki i U 1998B.285.

⁴⁸⁾ I art 4, stk. 1, 2. pkt. fastlægges det, at hvis en del af aftalen kan adskilles fra resten af aftalen, og denne del af aftalen har nærmere tilknytning til et andet land, kan loven i dette land undtagelsesvis bringes i anvendelse på denne del af aftalen. Sammenholdt med Romkonventionens art. 21 vil en forhandlerkontrakt kunne være underlagt leverandørens nationale regler, hvad angår købeaftalen, hvilket må betragtes som hovedreglen, jf. ovenfor under punkt 2, mens rammebestemmelserne vil kunne være underlagt de nationale regler i det land, hvor forhandleren eksempelvis har sit forretningssted.

aftalen har sin nærmeste tilknytning til det land, hvor den part, som skal præstere den for aftalen karakteristiske ydelse, på tidspunktet for aftalens indgåelse har sin bopæl eller for et selskab, en forening eller en anden juridisk person, sit hovedsæde.

I henseende til at skabe klarhed, hvad angår det relative vage begreb "nærmeste tilknytning" kan konkretiseringen i art. 4. stk. 2 ses som en forenkling⁴⁹⁾, og en bestemmelse, der i vid udstrækning skaber forudsigelighed for parterne, men som samtidig ikke bør benyttes ukritisk af domstolene.

Art 4, stk. 5 indeholder dog også en mulighed for at "tilsidesætte" formodningsreglen, således at den individualiserende metode i stedet finder anvendelse.

Fortolkningen og anvendelsen af art. 4 giver anledning til vanskeligheder⁵⁰⁾, særligt når der henses til forholdet mellem den individualiserende metode, jf. art. 4, stk. 1 og formodningsreglen i art. 4, stk 2.

I den traditionelle forhandlerkontrakt vil det normalt ikke give anledning til problemer at fastslå, at forhandleren udfører den for kontrakten karakteristiske ydelse (realdebitor), hvilket indebærer, at de nationale regler, der finder anvendelse på forhandlerkontrakten, er de nationale regler, hvor forhandleren har, hvis dette er registreret som juridisk person, sit hovedsæde på tidspunktet for aftalens indgåelse.⁵¹⁾ For den traditionelle forhandler kan formodningsreglen således finde anvendelse, men en samlet vurdering kan indebære, at formodningsregel bør vige til fordel for anvendelsen af den individualiserende metode.

I retspraksis har forholdet mellem formodnings- og tilknytningsreglen været genstand for tvist.

Ved appellen i Versailles, Frankrig skulle retten i 1991 tage stilling til en sag mellem en fransk forhandler og en italiensk leverandør. Forhandleren distribuerede efter det oplyste udelukkende produkterne på det franske marked. I forbindelse med et besøg hos den italienske producent blev det franske

⁴⁹⁾ Se den af professorerne Mario Giuliano og Lagarde udarbejdede rapport om Romkonventionen, side 20. EF-Tidende nr. C 282 af 31. oktober 1980. Rapporten har status som forarbejde til konventionen.

⁵⁰⁾ "It is not quite clear whether one starts by looking for the closest connection and, having found it, refrains from trying to apply the presumptions, or whether one first applies the presumptions and then looks to see whether, in the words of article 4(5), the presumption in article 4(2) cannot operate or those in article 4 (3) and (4) are to be disregarded in the circumstances of the case, and only then one looks for the closest connection". Citatet hidrører fra J.G. Collier, *Conflict of Laws*, 2. udg. 1993, side 190 f.

⁵¹⁾ Dette bekræftes ligeledes af den nyere danske domstolspraksis på området, som gennemgås nedenfor.

selskabs direktør, der i øvrigt var aktionær i selskabet, bedt om at underskrive en kautionserklæring for selskabets forpligtelser over for den italienske leverandør. I henhold til fransk materiel ret er en sådan erklæring ugyldig, såfremt der ikke i dokumentet er en nærmere angivelse af det beløb, der indstæes for. Efter italiensk ret er der ikke et sådant krav.

I sagen er der ikke nogen tvivl om, at den franske forhandler udfører den for kontrakten karakteriske ydelse, hvorfor formodningsreglen og dermed fransk ret finder anvendelse.

I sin afgørelse fandt retten imidlertid, at tvisten havde nærmere tilknytning til italiensk ret, idet forhandlerkontraktens rammebetingelser var underlagt italiensk ret, at kautionserklæringen var indgået i Italien, og at denne var affattet på italiensk. Retten brugte således Romkonventionens art. 4, stk. 5 til at tilsidesætte formodningsreglen.

I 1992 skulle den hollandske Højesteret (Hoge Raad) som tredje instans tage stilling til, hvorvidt fransk eller hollandsk ret skulle finde anvendelse. Sagen angik en købeaftale mellem en hollandsk sælger, hvis agent havde forhandlet og indgået den pågældende aftale med en fransk køber. Prisen var aftalt i franske francs og leveringen, herunder installation af maskinen fandt sted hos den franske køber. Første instans domstolen fandt, at fransk ret skulle finde anvendelse, mens appelretten i Arnheim og Højesteret fandt, at hollandsk ret skulle finde anvendelse, idet den hollandske sælger havde udført den for kontrakten karakteristiske ydelse og fandt dermed, at formodningsreglen måtte gælde fremfor tilknytningsreglen.

Højesteret tiltrådte i sin afgørelse det af appelretten givne udsagn om fortolkningen og anvendelsen af tilknytningsreglen, at "when applying the exception....(in art.4(5)).. it follows from both the wording and the structure of art. 4 as well from the uniformity of application of the law which was intended by the convention that this exception to the general rule in § 2 has to be applied restrictively, so that the general rule should be disregarded only if, in the special circumstances of the case, the place of business of the party who is to effect the characteristic performance has no real significance as a connecting factor".⁵²⁾

Den hollandske Højesterets afgørelse er ikke i overensstemmelse med forarbejderne til Romkonventionen, idet det af forarbejderne fremgår, at der ved anvendelsen af Romkonventionens art. 4 er lagt op til en smidig anvendelse af formodningsreglen i forhold til den individualiserende metode, således

⁵²⁾ For en nærmere gennemgang af sagerne se Ole Lando: Some features of the law of contract in the third millennium, *Scandinavian Studies in Law* 2000, side 352 f.

at formodningsreglen ingenlunde skal anvendes indskrænkende.⁵³⁾

Såfremt Holland havde tiltrådt løsørekøblovvalgsloven ville den faste tilknytningsregel i § 4, stk. 2 utvivlsomt have ført til, at fransk ret havde fundet anvendelse, idet aftalen om køb var indgået i købers land. Afgørelsen kan antagelig ses som et udtryk for en *lex fori* tendens, hvor den hollandske Højesteret i sin afgørelse skulle finde en måde at legitimere sit lovvalg efter.

Forholdet mellem formodningsreglen og den individualiserende metode har været forelagt den danske Højesteret i en enkelt sag indtil videre.

I dommen U1996.937/2H påberåbte et tysk selskab sig, at der var grundlag for at fravige formodningsreglen. Sagens nærmere omstændigheder var, at der mellem parterne, et i Tyskland registreret selskab og et i Danmark hjemmehørende selskab, var indgået en mundtlig aftale om udførelse af et nærmere angivet malerarbejde i Tyskland. Der var således ikke indgået nogen aftale om værning og lovvalg mellem parterne. I forbindelse med sagens afgørelse i Vestre Landsret udtalte retten: "Uanset formodningsreglen i lovvalgskonventionen artikel 4, stk. 2, må det antages, at det afgørende for lovvalget er en *samlet bedømmelse* (min fremhævelse) af parternes retsforhold, jf. lovvalgskonventionens art. 4, stk. 1, jf. stk. 5".

Vestre landsrets udtalelse må antagelig fortolkes derhen, at i de tilfælde hvor en række tilknytningsmomenter samlet er så tungtvejende, da bør formodningsreglen kunne fraviges til fordel for den individualiserende metode. I den konkrete sag var realdebitor hjemmehørende i Danmark, hvilket umiddelbart taler for en anvendelse af formodningsreglen. Dertil kommer, at aftalen måtte anses for indgået i Danmark, aftalens dokumenter og parternes korrespondance var affattet på dansk, og at sagsøgerens fakturaer var angivet i danske kr. Yderligere havde det tyske selskab i forbindelse med tidligere indgåede aftaler med selskaber i Danmark anvendt en kontraktformular på tysk med vedtagelse af tysk ret. I den foreliggende sag havde det danske selskab afvist anvendelse heraf, uden at det tyske selskab i den anledning havde foretaget sig yderligere. Det blev endvidere tillagt betydning, at kontraktforhandlingerne havde foregået i Kolding på en af det tyske selskab etableret filial⁵⁴⁾, således at filialen for den danske malervirksomhed fremstod som det tyske selskabs forretningssted i Danmark, hvilket efter rettens vurdering indebar, at det tyske selskab havde berettiget grund til at antage, at selskabet til trods for

⁵³⁾ Se Giuliano og Lagarde rapporten, side 19.

⁵⁴⁾ Filialbegrebet skal i denne sammenhæng forstås som det i Domkonventionen art. 5, stk. 5 anførte. I den konkrete sag havde det i Tyskland etablerede selskab, der i øvrigt er dansk ejet, givet en dansk arkitekt en vidtgående fuldmagt, således at vedkommende var bemyndiget til bl.a. at indgå aftaler med håndværkere.

den oprindelige etablering i Tyskland, havde sin nærmeste tilknytning til Danmark

På baggrund af disse tilknytningsmomenter fandt såvel Vestre Landsret som Højesteret, at aftalen havde sin nærmeste tilknytning til Danmark, og dermed skulle dansk ret finde anvendelse på aftalen.

Til støtte for anvendelsen af tysk ret, havde det tyske selskab gjort gældende, at der var tale om et tysk selskab, og at opfyldelsen af kontraktens realydelse skulle finde sted i Tyskland.

Med denne afgørelse er der efter dansk ret en mere fleksibel og smidig fortolkning og anvendelse af forholdet mellem formodnings- og tilknytningsreglen i overensstemmelse med forarbejderne til Romkonventionen, hvilket set fra et synspunkt om at skabe fuldstændig forudsigelighed ikke er hensigtsmæssigt, men i forhold til, at der sker en samlet bedømmelse af retsforholdet, er denne fortolkning at foretrække ud fra et retssikkerhedsmæssigt synspunkt.

Der kan i relation til den traditionelle forhandler opstilles fire hovedsituationer med henblik på at forudsige lovvalget.⁵⁵⁾

Nedenfor gennemgås med udgangspunkt i nyere dansk retspraksis, hvorvidt disse "formodningsregler" er blevet efterlevet ved de danske domstole.

For det første kan der foreligge den situation, hvor leverandøren og forhandleren er hjemmehørende i hver sin stat, og forhandleren skal varetage markedsføringen, salg og service i det land, hvor vedkommende har sit forretningssted. I den situation anvendes de nationale regler i det land, hvor forhandleren har sit forretningssted.

U.2000 567/2H omhandlede en fransk producent af cognac, der indgik en aftale med en dansk grossistvirksomhed om eneforhandling⁵⁶⁾ af den pågældende producents produkt på det danske marked. Aftalen blev indgået i oktober 1987, men uden at der blev indgået en skriftlig kontrakt mellem parterne. Der pågik dog en række kontraktforhandlinger, hvor den franske producent fremsendte et udkast til kontrakt på telefax, hvor kontraktudkastet i artikel XIX bar overskriften "Jurisdiction". Bestemmelsen indeholdte såvel en værnetings- som lovvalgsklausul, hvor det blev bestemt at rette værneting

⁵⁵⁾ Ole Lando, Kontraktstatutet, 1981, 3. udg., side 342. Ole Lando opstiller efter en længere redegørelse, hvilke "formodningsregler", der bør finde anvendelse i de fire nævnte situationer, uden at forfatteren dog henviser direkte til, hvorvidt det er formodningsreglen eller den individualiserende metode, der finder anvendelse. Den nyere retspraksis, der foreligger, og som vedrører to (tre) af de ialt fire hovedsituationer bekræfter de af Ole Lando opstillede "formodningsregler".

⁵⁶⁾ I forhold til en særlig kunde, SAS Catering, blev det lagt til grund, at den danske eneforhandler måtte anses for at være handelsagent, idet vedkommende modtog et årligt vederlag på 25 – 30.000 francs og derfor havde krav på godtgørelse efter hal § 26, jf. § 25, stk. 1.

er retten i Cognac, og at kontrakten skulle fortolkes i overensstemmelse med fransk ret. Den danske eneforhandler fremsendte herefter sine kommentarer til det fremsendte kontraktudkast, hvor vedkommende i relation til spørgsmålet om, at tvister angående adgangen til at fordre godtgørelse skulle ske efter dansk rets regler herom, når der sås bort fra kontraktudkastets artikel 15.

Der opnåedes ikke enighed mellem parterne, og efter den franske producents telefax af 6. juli 1994 skete der ikke yderligere i sagen.

Højesteret gjorde indledningsvis i sine bemærkninger gældende, at der ikke var ført bevis for, at der var indgået en skriftlig aftale mellem parterne, ensige bevist, at aftale var indgået på anden måde. Ved fastlæggelsen af opsigelsesvarslet lagde Højesteret vægt på to forhold; dels samarbejdets varighed over 8 år og dels forløbet og indholdet af parternes kontraktforhandlinger, men Højesteret lagde tilsyneladende uden videre dansk ret til grund uden yderligere begrundelse, jf. ligeledes reference indledningsvis til en række tidligere danske domme. Ingen af parterne bestred tilsyneladende anvendelsen af dansk ret, men det må antages, at såfremt retterne skulle have foretaget et lovvalg efter dansk international privatret for såvidt angår forhandlerkontraktens rammebestemmelser, ville dette have medført en anvendelse af Romkonventionens formodningsregel i art. 4, stk. 2, idet det er muligt i en sådan situation at fastlægge, at det er forhandleren, der som part udfører den for kontrakten karakteristiske ydelse i form af salg, markedsføring m.v. på det danske marked.⁵⁷⁾ Dansk ret havde da i givet fald ligeledes fundet anvendelse efter formodningsreglen. Der er således ikke i den pågældende sag grund til overvejelse om anvendelsen af art. 4, stk 5, da der ikke foreligger tilknytningsmomenter af en sådan styrke, at fransk ret efter en samlet bedømmelse burde have fundet anvendelse.

U 2000.1543 H angik en eneforhandlerkontrakt mellem en italiensk producent af gear m.m. og en dansk forhandler. Der var ikke mellem parterne oprettet nogen skriftlig kontrakt, bortset fra en skrivelse dateret den 23. juli 1982. Den danske forhandler fungerede i 17 år som eneforhandler på det danske marked. Såvel Sø- og Handelsretten som Højesteret lagde dansk ret til grund for deres respektive afgørelser.

I U2000.1581 angik sagen ligeledes en eneforhandlerkontrakt, men mellem en svensk producent af boligtekstiler og en dansk grossistvirksomhed, der skulle forestå markedsføring og salg på det danske marked. Den danske

⁵⁷⁾ "The idea behind the rule on the characteristic performance is that the law of that party is to be preferred whose performance is the more complex and therefore the more extensively regulated by the law", jf. Ole Lando, *The King's College Law Journal*, 1996 – 97, Volume 7, side 68. Der vil kunne foreligge kontrakttyper som eksempelvis joint venture, hvor det ikke vil muligt at udlede, hvem af parterne, der udfører den for kontrakten karakteristiske ydelse, jf. art. 4, stk. 5.

grossistvirksomhed fremsendte på baggrund af en række forudgående mundtlige drøftelser en skrivelse dateret 1. august 1995, der dog ikke resulterede i en skriftlig kontrakt, men efter Sø- og Handelsrettens afgørelse, bevirkede etablering af en eneforhandler. Højesteret fastslog, at den danske grossistvirksomhed havde fungeret som eneforhandler i perioden 1. august 1995 til 24. juni 1996, og at der efter bevisførelsen for Højesteret ikke var grundlag for, at der mellem parterne skulle være aftalt en prøveperiode. I lighed med den oven for refererede sag og hverken Sø- og Handelsretten eller Højesteret stilling til spørgsmålet om lovvalg. Der kan antagelig lægges de samme synspunkter til grund, hvad angår lovvalget som anført i U 2000.567/2H.⁵⁸⁾

For det andet kan der foreligge den situation, hvor forhandleren har forretningssted i samme land som leverandøren, og forhandleren skal markedsføre og sælge på ét eller flere fremmede markeder. I sådanne situationer bør loven i forhandlerens land gælde.

I en sådan situation vil købeaftalen under normale omstændigheder mellem parterne være underlagt de nationale regler om køb, idet købet ikke kan anses at have nogen tilknytning til et fremmed retssystem. CISG vil ikke kunne finde

⁵⁸⁾ Nedenfor er givet et resumé af de øvrige nyere danske domme indenfor denne situation med henblik på lovvalgsproblematikken.

I U 1991.803 SH angik sagen en dansk eneforhandler og en dansk producent af kantpressere og pladesakse. Der blev ikke oprettet nogen skriftlig kontrakt mellem parterne. Efter den danske producent blev opkøbt af en hollandsk koncern, fremsendes udkast til kontrakt, der dog aldrig resulterede i en skriftlig kontrakt mellem parterne. Sø- og Handelsretten lagde dansk ret til grund for afgørelsen uden at nævne den efterfølgende internationale dimension, som kontrakten fik efter den hollandske virksomheds overtagelse af den danske producent. I U 1987.264 SH vedrørte sagen en spansk producent af mousserende vine og en dansk eneforhandler, hvor den danske eneforhandler efterfølgende blev overtaget af en dansk virksomhed. Antaget, at den overtagende danske virksomhed var indtrådt i de rettigheder, der var tillagt den oprindelige eneforhandler i Danmark om et tre måneders opsigelsesvarsel på grundlag af skriftlig og mundtlig kontakt mellem den "nye" eneforhandler og den spanske producent, og dennes passivitet over for en skrivelse fra den "nye" eneforhandler. Sø- og Handelsretten lagde ligeledes dansk ret til grund for afgørelsen uden at nævne præmisserne herfor.

I forbindelse med sagen U 1979.42 H var der ikke mellem en amerikansk producent af industritapeprodukter og en dansk eneforhandler oprettet nogen skriftlig kontrakt. Såvel Sø- og Handelsretten som Højesteret lagde dansk ret til grund for afgørelsen uden nærmere angivelse af præmisserne herfor.

I sagen U 1976.947 SH tiltrådte parterne under domforhandlingerne, at dansk ret blev lagt til grund. Sagen blev forelagt Sø- og Handelsretten forud for Romkonventionen, der blev åbnet for undertegnelse fra den 19. juni 1980.

Romkonventionen anses dog i det store og hele for at være i overensstemmelse med tidligere dansk retspraksis. Sø- og Handelsretten ville derfor også, hvis et lovvalg havde været nødvendigt anvendt princippet fra formodningsreglen i Romkonventionens art. 4, stk. 2, således at dansk ret ville finde anvendelse.

anvendelse i en sådan situation, da denne forudsætter, at parterne har deres respektive forretningssteder i forskellige stater, jf. CISG art. 1, stk. 1. Parternes forudsætning vil være, at deres fælles nationale lov skal finde anvendelse på alle interpartes forhold. Denne formodningsregel antages at gælde, uanset om produkterne skal videresælges i ét eller flere fremmede lande.

For det tredje kan producenten/leverandøren og forhandleren være hjemmehørende i hvert sit land, hvor forhandleren skal markedsføre og sælge produktet i flere lande. I sådanne tilfælde vil de nationale regler i forhandlerens land ligeledes finde anvendelse.⁵⁹⁾

Nedenstående højesteretsdom illustrerer i en vis udstrækning de to situationer, idet producent og forhandleren ved aftalens indgåelse begge var hjemmehørende i Danmark, men hvor producenten efterfølgende blev opkøbt af en norsk koncern.

U 1998.221 H angik et sådant tilfælde, hvor forhandleren og producenten begge var hjemmehørende i Danmark. Efter producenten blev opkøbt af en norsk koncern opsagde denne forhandlerkontrakten. Under kontraktforholdets beståen havde den danske forhandler oprindeligt solgt kontraktprodukterne i Portugal, Latinamerika, bortset fra Venezuela, samt væsentlige dele af Afrika. Territorierne blev senere ændret, således at Portugal udgik, medens Venezuela blev omfattet af forhandlerkontrakten. Af Sø- og Handelsrettens dom fremgår en række kontraktbestemmelser. De er dog ikke alle gengivet; og det fremgår således ikke, hvorvidt parterne i kontrakten havde fastlagt værneting i Danmark, og hvorvidt kontrakten indeholdte en lovvalgsklausul med henvisning til dansk ret. Efter opkøbet blev forhandlerkontrakten opsagt med behørigt varsel, men i opsigelsesperioden påbegyndte producenten via en italiensk salgsagent opsøgende salgsarbejde på de fremmede markeder, hvilket af retten betragtedes som en væsentlig misligholdelse af den loyalitetspligt, der stadigvæk består i opsigelsesperioden, da der hverken var givet en orientering herom ensige opnået samtykke hertil.

Højesteret lagde dansk ret til grund for afgørelsen af sagen uden nogen nærmere angivelse herfor.

For det fjerde kan der foreligge den situation, hvor producent/leverandør og forhandleren er hjemmehørende i hvert sit land, og forhandleren skal markedsføre og sælge produkterne i et andet land end det, hvor han er hjemmehørende. I et sådant tilfælde bør markedets lov finde anvendelse.

Denne "formodningsregel" er der ikke nogen nyere dansk retspraksis i relation til, hvilket kan skyldes en kombination af eneforhandlingsaftaler, og

⁵⁹⁾ Ole Lando, Kontraktstatutet, 1981, side 342 fremfører det synspunkt, at forhandlerkontrakten ikke bør underkastes flere landes love, og man bør anvende loven på sted, hvor forhandleren planlægger og udfører sine forretninger.

at der typisk er et naturligt afgrænset geografisk område; læs nærområde, indenfor hvilket forhandleren videresælger produkterne.

Den i teorien opstillede "formodningsregel" anvender den individualiserende metode til at fastlægge lovvalget.

4. Den virtuelle forhandler.

Selv om stedsbegrebet giver anledning til vanskeligheder i relation til Internettet, vil jeg dog i denne sammenhæng bygge på en formodning om, at det er muligt at identificere, hvor forhandleren fysisk er hjemmehørende.⁶⁰⁾

Internettet giver anledning til nye tilknytningsmomenter i den internationale privatret, som særligt kan komme til at have betydning ved fastlæggelsen af, hvorvidt Romkonventionens art. 4, stk. 1 eller 2 skal finde anvendelse på en virtuel forhandlerkontrakt. Når der ses bort fra formodningsreglen i art 4, stk. 2 indeholder Romkonventionen ikke nogen angivelse af, hvorledes kontrakten og andre omstændigheder kan danne grundlag for udfindelsen af tilknytningsmomenter. Den fremtidige retspraksis bliver derfor en vigtig kilde i så henseende, idet der ikke p.t. eksisterer en sådan i Danmark.⁶¹⁾

Det er næppe muligt på nuværende tidspunkt at opstille en udtømmende liste over relevante tilknytningsmomenter, men der gives nedenfor eksempler på, at Internettet indebærer nye tilknytningsmomenter, der ikke kendes fra den analoge verden.

En e-mail adresse kan give en indikation for, hvor en part er hjemmehørende. En e-mail adresse kan således ende med .dk givende indtryk af, at vedkommende er hjemmehørende i Danmark. Ligeledes kan vedkommende benytte en "generisk" betinget endelse som .com. At erhverve en e-mail adresse er ikke vanskeligt, og en enkelt person kan anvende flere e-mail adresser. Der således ikke noget til hinder for at være hjemmehørende i Danmark og samtidig oprette en e-mail adresse, der ender på .de, således at modparten kan få indtryk af, at vedkommende er hjemmehørende i Tyskland. En e-mail adresse kan derfor indgå som et tilknytningsmoment, men bør antagelig tillægges mindre vægt sammenholdt med et domænenavn, når der henses til, at der er særdeles gode muligheder for at skifte e-mail adresse med meget små transaktionsomkostninger til følge.

⁶⁰⁾ Dette kan selvsagt være noget mere vanskeligt i forbindelse med internationale forbruger- og handelskøb ved køb af digitale produkter, hvor WAP teknologien medvirker til den elektroniske handel i videre udstrækning i fremtiden vil kunne karakteriseres som "mobile commerce". Om begreberne se www.whatis.com.

⁶¹⁾ Det er selvsagt nødvendigt i den retsvidenskabelige forskning, at der gennemføres undersøgelser af fremmede domstolsafgørelser indenfor EU.

Domænenavnet kan som nævnt i indledningen ligeledes være et tilknytningsmoment, der må antages at have en mindre flygtig karakter end en e-mail adresse. Hvis der anvendes et domænenavn med en "landekode", vil der kunne være en vis formodning for, at vedkommende ligeledes er hjemmehørende i det givne land, men ikke nødvendigvis. Anvendelsen af de generiske domænenavne giver selvsagt ikke nogen indikation.

Den geografiske placering af en server, hvortil digitale produkter er up-loaded eller downloades fra kan ligeledes indgå som et tilknytningsmoment, men leverandøren/producenten er ikke nødvendigvis hjemmehørende i den samme stat, hvor serveren er placeret. Den virtuelle forhandler kan således være registreret i Danmark, men den server vedkommende up-loader til er placeret i Holland. Til trods for, at serveren i teknisk henseende kan spores via serverens IP nummer⁶²⁾, er dette ikke til hinder for at leverandøren/producenten uden de store problemer kan skifte til en server eksempelvis placeret i Belgien. Den geografiske placering kan indgå som et tilknytningsmoment, men bør næppe tillægges for stor værdi.⁶³⁾

De hidtil anvendte tilknytningsmomenter i forhold til den virtuelle forhandler skal i visse situationer fortolkes i en anden kontekst og kan i forhold til den internationale privatret ende med at have en mindre eller ingen betydning som tilknytningsmoment. Nedenfor eksemplificeres dette.

Som tilknytningsmoment for den traditionelle forhandler har stedet, hvor denne er hjemmehørende haft en betydelig rolle, jf. under 3, og Romkonventionens art. 4, stk 2. Den geografiske placering for forhandleren har derfor spillet en væsentlig rolle i den internationale privatret.

I modsætning til spotmarkedstransaktioner over Internettet, hvor det kan være svært for sælgeren at identificere, hvor køberen er hjemmehørende ved køb af digitale produkter, må det antages, at leverandøren/producenten i forbindelse med kontraktens indgåelse med den virtuelle forhandler vil bede denne oplyse om virksomhedens hjemsted, således at der ikke opstår tvivl herom. Imidlertid giver anvendelsen af Romkonventionen art. 4, stk. 2 anledning til vanskeligheder, når der henses til, at bestemmelsen bygger på at,

⁶²⁾ Serverens IP adresse kan betragtes som computerens CPR-nummer, således at kun en computer i verden har et givent nummer. Derved kan serveren spores på Internettet.

⁶³⁾ I USA har spørgsmålet været rejst i forbindelse med fastlæggelsen af værning. I sagen 636 So.2d 1351 (1994) Pres-Kap v. System One Direct Access. Udbyderen af produkter var hjemmehørende i New York men solgte produkter i adskillige stater på grundlag af en database placeret på en server i Florida. Retten i Florida fastslog, at anbringelsen af serveren i Florida ikke skabte den fornødne "connection" til fastlæggelsen af værning. Den fysiske placering af diverse tekniske anordninger har antagelig ikke nogen selvstændig betydning, men kan formentlig indgå i den samlede bedømmelse af, hvor kontrakten har sin nærmeste tilknytning til.

kontrakten skulle have sin nærmeste tilknytning til det land, hvor den virtuelle forhandler har sin bopæl, hvis der er tale om en enkeltmands virksomhed, eller hvis den virtuelle forhandler er organiseret som et selskab, en forening eller anden juridisk person sit hovedsæde, idet det kan diskuteres, hvorvidt en virtuel forhandler overhovedet kan siges at have sin nærmeste tilknytning til et givent land, selvom det fysiske hovedsæde er placerbart, når den virtuelle forhandlers opfyldelse af den karakteristiske ydelse sker på et globalt netværk.⁶⁴⁾

Ligeledes vil den virtuelle forhandler i EU kunne lade sin virksomhed registrere i en anden medlemsstat, hvor kravene til indskudskapital er mindst mulig, selvom virksomheden i øvrigt ikke har nogen tilknytning til den pågældende stat.⁶⁵⁾ Registreringsstedet kan derfor indenfor EU i forhold til den internationale privatret komme til at spille end langt mindre rolle i EU end hidtil.⁶⁶⁾

Stedet, hvor kontrakten er indgået indtager ligeledes en fremtrædende plads i den internationale privatret som tilknytningsmoment. Hvis producenten/leverandøren indgår aftalen med den virtuelle forhandler over Internettet eller pr. e-mail, kan parterne i den forbindelse have benyttet deres stationære pc., en bærbar pc, en wap telefon eller andet elektronisk middel. Stedet, hvor parterne fysisk er til stede, kan således afhængig af omstændighederne have en selvstændig betydning. Men antag eksempelvis, at den virtuelle forhandler er hjemmehørende i Danmark og samtidig er på forretningsrejse i USA, hvor vedkommende på sin wap telefon indgår en forhandleraftale med en belgisk leverandør, der modtager accepten af forhandlerkontrakten på sin bærbare pc ombord på et fly fra Belgien til Canada. I en sådan situation har forhandlerkontrakten isoleret set ikke et stærkt tilknytningsmoment til amerikansk ret eller det territorium, over hvilket den belgiske leverandør befinder sig ved aftalens indgåelse. Stedet for aftalens indgåelse bør i en sådan situation ikke tillægges nogen betydning som tilknytningsmoment.

⁶⁴⁾ Basalt set angår dette problemfelt, hvorvidt der skal ske en retlig udskillelse af Internettet eller Internettet indgår som et medium, som aktørerne i den fysiske verden kan benytte.

⁶⁵⁾ Indenfor EU må betydningen af Centros-sagen ligeledes inddrages, når der henses til, at "erhvervsdrivende fra en EU-stat frit kan anvende et selskab, der er stiftet i en anden medlemsstat, som juridisk ramme for sin erhvervsvirksomhed, uanset at selskabet ikke har *nogen tilknytning* (min fremhævelse) til den stat, hvor det er registreret", jf. Søren Friis Hansen i Nordisk Tidsskrift for Selskabsret, juli 2000: 1, side 46. Hvis denne fremgangsmåde i stigende omfang bliver anvendt af erhvervsvirksomhederne i EU, vil dette medvirke til, at den individualiserende metode vil få en større betydning på bekostning af formodningsreglen.

⁶⁶⁾ Disse synspunkter vil selvsagt i større eller mindre udstrækning kunne gøres gældende for producenten/leverandøren.

Under hensyntagen til de ovennævnte bemærkninger og dermed muligheden for at fravige formodningsreglen til fordel for den individualiserende metode, kan der opstilles følgende "formodningsregler" for den virtuelle forhandler.

For det første kan Romkonventionens art. 4, stk. 2 finde anvendelse for den virtuelle forhandler i de situationer, hvor der er sammenfald mellem det land, hvor vedkommende er hjemmehørende og det marked, hvor produkterne afsættes. Dette kunne være tilfældet, hvor en virtuel forhandler er registreret i Danmark med et dansk domænenavn, og den virtuelle forhandler på grundlag af indholdet på hjemmesiden oplyser, at der kun kan købes produkter af købere hjemmehørende i Danmark (disclaimer), uanset om den virtuelle forhandler afsætter løsørengenstande og/eller digitale produkter.⁶⁷⁾

For det andet må Romkonventionens art. 4, stk. 2 ligeledes kunne finde anvendelse i den situation som nævnt under 3, særligt U 1998.221 H, hvor producenten/leverandøren og den virtuelle forhandler er hjemmehørende i den samme stat, selvom den virtuelle forhandler skal afsætte produkter indenfor flere forskellige staters områder.

For det tredje hvis producenten/leverandøren og den virtuelle forhandler er hjemmehørende i forskellige stater, og den virtuelle forhandler skal afsætte produkterne til købere i flere forskellige lande, herunder den virtuelle forhandlers egen stat, bør formodningsreglen i art. 4, stk. 2 finde anvendelse. Hvorvidt den individualiserende metode i Romkonventionens art. 4, stk. 1 kunne finde anvendelse, er ingenlunde udelukket. I de situationer, hvor den virtuelle forhandler afsætter eksempelvis produkterne til på forhånd fastlagte nationale markeder på grundlag af indholdet på forhandlerens hjemmeside, bør formodningsreglen til stadighed finde anvendelse, da kontrakten ikke bør underkastes flere landes nationale regler.⁶⁸⁾

Det er imidlertid ikke udelukket, at den virtuelle forhandler i en given situation afsætter i hovedsagen sine produkter til et bestemt nationalt marked, som ligger udenfor forhandlerens eget land, hvilket taler for at anvende det

⁶⁷⁾ Den virtuelle forhandler www.haburi.com solgte således i virksomhedens startfase udelukkende til forbrugere hjemmehørende i Danmark, men sælger p.t. til forbrugere i mere end 10 lande. Eksemplet viser også den dynamik, der synes indeholdt i den såkaldte digitale økonomi, hvor det ofte for traditionelle virksomheder kan tage adskillige år, før de eksporterer til mere end 10 lande. Ligeledes er det værd at bemærke, at Romkonventionens art. 4, stk. 2 har tidspunktet for aftalens indgåelse som afgørende for, hvilke nationale regler, der skal finde anvendelse på kontraktforholdet. I en vis udstrækning kan der argumenteres for det synspunkt, at virksomheder på Internettet er anationale, og det derfor forekommer besynderligt, at sådanne virksomheder skulle have en særlig tilknytning til et eller evt. flere nationale retssystemer, jf. nærmere om muligheden for depecage.

⁶⁸⁾ Se ligeledes Ole Lando om traditionelle forhandlere i Kontraktstatutet, 1980, 3. udg, side 342.

pågældende lands nationale regler. I sidstnævnte situation bliver det således tilknytningsreglen, der finder anvendelse, jf. Romkonventionen art. 4, stk. 1.

For det fjerde i de situationer, hvor producenten/leverandøren og den virtuelle forhandler er hjemmehørende i forskellige stater, og den virtuelle forhandler afsætter sine produkter i én stat udenfor forhandlerens eget land, da bør tilknytningsreglen finde anvendelse, idet aftalen i en sådan situation har sin nærmeste tilknytning til det land, hvori produkterne afsættes.

Den geografiske uafhængighed, der karakteriserer Internettet, indebærer en dynamik, som giver mulighed for, at den virtuelle forhandlers overvejende tilknytning over tid vil skifte, hvilket ligeledes vil kunne indebære et skift mellem formodnings- og tilknytningsreglen.

Ligeledes vil Internettets karakter kunne indebære, at én eller flere af de ovennævnte situationer vil have en marginal betydning i fremtiden.

5. Den kombinerede forhandler.

I de situationer hvor forhandleren afsætter produkterne over såvel Internettet som på traditionel vis er spørgsmålene, der rejser sig i den internationale privatret, for så vidt de samme, som drøftet ovenfor under punkt 3 og 4, men afgørende er det om det skal tillægges nogen særskilt betydning, at der foreligger en kombineret forhandler.

Den kombinerede forhandler har sit fysiske forretningssted, hvilket umiddelbart kunne danne grundlag for anvendelsen af formodningsreglen i Romkonventionens art. 4, stk. 2, men en samlet vurdering af retsforholdet bør i lighed med det ovenfor anførte under 4 indebære en mulighed for at anvende den individualiserende metode i de tilfælde, hvor det efter en samlet vurdering fører til anvendelsen af nationale regler i en given stat udenfor den nationale stat, hvor den kombinerede forhandler har sit forretningssted.

Anvendelse af en kombineret forhandler medvirker til en skærpelse af den kompleksitet, der er forbundet med at anvende Romkonventionens art. 4. Tilknytningsmomenterne må således alt andet lige stige og kan have en kombineret beskaffenhed, hvilket bevirker, at lovvalgsproblemet bliver særdeles vanskeligt.

6. Vurdering

Internettet er qua sin karakter anational og i en vis udstrækning stedsubbestemt, hvilket ikke harmonerer med det principielle formål med den internationale privatret at udpege de *nationale regler*, der skal finde anvendelse på en international kontrakt, og at de internationale privatretlige regler i vid udstrækning er knyttet til stedsbegrebet.

Til trods herfor har domstolene i USA primært i relation til procesretten været i stand til at udfinde tilknytningsmomenter fra den fysiske verden og tilknytningsmomenter fra Internettet til at fastlægge det relevante værneting ved Internet baserede aftaler. Indenfor EU må Romkonventionens art. 5, stk. 2 om visse forbruger aftaler ses som udtryk for, at selv om Internettet har en særlig karakter, vil der være mulighed for at anvende et fast tilknytningsmoment til fastlæggelse af lovvalget; in casu forbrugers bopæl.

Der er heller ikke noget til hinder for at anvende Romkonventionens art. 4 i relation til den virtuelle forhandler eller den kombinerede forhandler, men Internettet skaber en vis usikkerhed med hensyn til, hvornår formodningsreglen respektive den individualiserende metode finder anvendelse, idet de teknologiske betingelser skaber

- dels nye tilknytningsmomenter, som domstolene bør iagttage i relation til den individualiserende metode og dermed en evt. fravigelse af formodningsreglens hidtidige fremtrædende anvendelse,
- dels at eksisterende tilknytningsmomenter skal fortolkes anderledes og evt. ikke tillægges værdi som tilknytningsmoment,
- dels "markedsafgrænsningen", hvor forhandleren afsætter sine produkter, bliver et langt mere dynamisk begreb, der dermed kan skifte over tid.

Den nuværende retlige ramme er dermed anvendelig til fastlæggelsen af lovvalget. Hvorvidt den er velegnet kan diskuteres. I de konkrete tilfælde er det domstolens afgørelse, hvorvidt formodningsreglen eller den individualiserende metode skal finde anvendelse. Faste tilknytningsregler skaber på den ene side forudsigelighed for parterne, på den anden kan en evt. sag under særlige omstændigheder blive underkastet et nationalt retssystem, hvor tilknytning er meget perifer, og den faste tilknytningregel kan dermed få utilsigtede virkninger.

Den individualiserende metode indebærer på den anden side en mere skønspræget tilgang, hvor det for parterne kan være svært at forudsige udfaldet af lovvalget. Internettet medfører ingenlunde, at den individualiserende metode bliver lettere at håndtere for domstolene i EU. De danske domstolsafgørelser, der er gennemgået under punkt 3 viser, at de danske domstole har anvendt de efter min vurdering rigtige nationale regler, uden præmisserne herfor nødvendigvis har været særlig klare eller på nogen måde udtrykt. Afgørelsen i U1996.937/2H viser ligeledes den fornødne fleksibilitet, der må anvendes ved fortolkningen af en bestemmelse, der ingenlunde er enkel at anvende korrekt.

Internettet er som nævnt globalt og i en vis udstrækning stedsuafhængig,

hvilket kunne tale for, at Internettet kunne have en særlig retlig status udenfor det traditionelle nationale eller supranationale retssystem, men det vil forudætte global enighed om fastlæggelse af den materielle ret for civilretlige problemer på Internettet, hvilket må anses for at være en uoverstigelig opgave, når der henses til at udfærdigelsen af internationale konventioner er særdeles tidskrævende. Ligeledes vil der kunne opstå afgrænsningsproblemer i forhold til de nationale retlige systemer i den fysiske verden, jf. eksempelvis den kombinerede forhandler.

Det bør snarere tilstræbes at harmonisere den internationale privatret på globalt plan med henblik på at skabe en større forudsigelighed i relation til lovvalget; eksempelvis i tilknytning til Haagerkonferencen ligesom Romkonventionen art. 4 med den fornødne indbyggede fleksibilitet kunne danne grundlag for et sådant konventionsarbejde.

I vid udstrækning bør det holdes i mente, at Internettet er et teknologibaseret medium, som skaber mulighed for at organisere transaktionen på en ny måde, men at eksisterende regler til stadighed kan finde anvendelse, men dog således at visse regler får en mere fremtrædende plads i den digitale økonomi i forhold til den "analoge" verden.

Betydningen af udtalelser fra den danske patentmyndighed i retssager vedrørende patenters beskyttelsesomfang

af
Bjørn Ryberg

1. Indledning

I retssager, hvor der er tvist om et patents beskyttelsesomfang, forekommer det ret ofte, at der fremlægges erklæringer fra den danske patentmyndighed (oprindeligt Patentkommissionen, senere Patentdirektoratet og nu Patent- og Varemærkestyrelsen). Udtalelserne har typisk drejet sig om *a)* forståelsen af udtryk, der er anvendt i patentkravene og/eller patentbeskrivelsen, *b)* den patenterede opfindelses formål, *c)* beskyttelsens omfang eller lignende. Emnet for denne artikel er den betydning sådanne udtalelser bliver tillagt i praksis.

2. Retspraksis

Kærneæltervalsedommen - UfR 1925 s. 586 H

I Kærneæltervalsedommen havde den påståede krænker søgt patent på den konstruktion, som lå til grund for den omtvistede kærneælder. I forbindelse med ansøgningens behandling tilkendegav Patentkommissionen i et brev, at en kærneælder konstrueret som angivet i den påståede krænkens ansøgning ikke ville være omfattet af det håndhævede patent. Denne tilkendegivelse blev ikke tillagt afgørende vægt under den efterfølgende krænkelsessag, idet såvel Østre Landsret som Højesteret kom frem til, at der var tale om krænkelse.

Under retssagen afgav Patentkommissionen en erklæring om, hvorledes kommissionen under behandlingen af ansøgningen om det håndhævede patent havde opfattet det i beskrivelsen anvendte udtryk "valsernes relative hastighed". Udtalelsen støttede den af den påståede krænker hævdede fortolkning. En række ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer og et egentligt syn og skøn støttede patentindehaverens forståelse af udtrykket. Højesteret valgte at se stort på Patentkommissionens udtalelse og fortolkede udtrykket i over-

ensstemmelse med de ensidigt indhentede erklæringer og syns- og skønsmændenes udtalelser.

Fodtøjslimdommen - UfR 1927 s. 285 H

I Fodtøjslimdommen havde syns- og skønsmændene givet udtryk for, at det omtvistede fodtøj måtte anses for omfattet af patentet, og det må antages, at Patentdirektoratet havde udtalt sig på tilsvarende vis i en af patentindehaveren ensidigt indhentet erklæring. Østre Landsret og Højesteret var enige om at tilsidesætte syns- og skønsmændenes og Patentdirektoratets udtalelser vedrørende beskyttelsesomfanget. I landsrettens af Højesteret tiltrådte begrundelse blev det endog som det første udtrykkeligt slået fast, at der ikke kunne tillægges direktoratets erklæring "afgørende betydning for sagen".

Varmestrømskredsdommen - UfR 1936 s. 306 H

I Varmestrømskredsdommen havde patentindehaveren og den påståede krænker hver deres udlægning af patentets beskyttelsesomfang med henholdsvis en bred og en snæver forståelse af patentet. Patentkommissionen udtalte sig på en måde, som støttede den brede opfattelse af beskyttelsesomfanget, mens syns- og skønsmændene udtalte sig til fordel for et snævrere beskyttelsesomfang. Højesteret valgte den snævre forståelse af patentets beskyttelsesomfang. I begrundelsen blev det om tilsidesættelsen af Patentkommissionens opfattelse anført, at der navnlig blev lagt vægt på et af syns- og skønsmændene fremført argument, som ikke var "nærmere imødegået af Patentkommissionen".

Vandafhærtningsdommen - UfR 1936 s. 536 H

I Vandafhærtningsdommen var det afgørende, hvorledes udtrykket "den væsentligste del af bundfaldet" i patentkravet skulle forstås i relation til en bestemt kemisk proces, som forløb ved hjælp af katalysatorer. Ifølge patentindehaveren og syns- og skønsmændene skulle udtrykket forstås som 51 - 100% af den samlede mængde bundfald. Ifølge den påståede krænkere og Patentkommissionens opfattelse skulle væsentlighedskriteriet derimod være knyttet til bundfaldets indvirkning på katalysatorenes effektivitet. Om den påståede krænkere opfattelse (og dermed indirekte også om Patentkommissionens opfattelse) udtalte syns- og skønsmændene, at de bagvedliggende tekniske synspunkter af forskellige årsager ikke var korrekte. Højesteret statuerede, at der forelå krænkelse. Afgørelsen var udtrykkeligt baseret på den af syns- og skønsmændene hævdede forståelse af udtrykket, hvilket

nødvendigtvis måtte indebære en tilsidesættelse af Patentkommissionens opfattelse.

Byggesætdommen - UfR 1936 s. 1132 V

I Byggesætdommen havde Patentkommissionen udtalt, at der efter dens mening var tale om krænkelse. Vestre Landsret statuerede, at der forelå krænkelse. I begrundelsen blev det udtrykkeligt anført, at retten efter at have set "de forskellige byggesæt" kunne tilslutte sig Patentkommissionens udtalelse. Som dommen er formuleret må det antages, at rettens konklusion primært var baseret på dommernes egen sammenligning af det omtvistede byggesæt med et af patentindehaveren fremstillet byggesæt.

Insulindommen - UfR 1941 s. 484 H

I Insulindommen havde Patentkommissionen udtalt, at formålet med den patenterede opfindelse var at danne en holdbar opløsning, hvorfra lægemidlet protamininsulinat kunne udfældes kort tid før indsprøjtning i patienten. I Højesteret kom flertallet på 5 ud af 9 højesteretsdommere frem til, at "kærnen i patentet" var den ved foreningen af insulin og protamin opståede tunge opløselighed i blod og vævsvædske. Patentkommissionens udtalelse om opfindelsens formål udgjorde den del af bevisførelsen, der havde størst direkte relevans for spørgsmålet om, hvad der skulle anses for opfindelsens kerne, tekniske effekt, formålet eller lignende. Flertallets opfattelse af, hvad der måtte anses for kernen, var resultatet af de pågældende dommers egen vurdering, og den må siges at indebære en indirekte tilsidesættelse af Patentkommissionens udtalelse. Mindretallet på 4 højesteretsdommere kom i deres begrundelse ikke ind på noget, som kan siges at indebære en stillingtagen til Patentkommissionens udtalelse.

Borsvingsdommen - UfR 1949 s. 53 H

I Borsvingsdommen havde Patentkommissionen udtalt sig om, hvad der var formålet med opfindelsen. Med udtrykkelig henvisning til Patentkommissionens udtalelse og en udtalelse i samme retning fra syns- og skønsmændene lagde Østre Landsret og Højesteret den af Patentkommissionen udtrykte opfattelse til grund for dommen.

Retledningsapparatdommen - UfR 1950 s. 877 H

I Retledningsapparatdommen var det i patentkravet angivet, at opfindelsen drejede sig om et retledningsapparat, der skulle tjene til at ophæve hvirvelstrømme i en gasluftsblending. Patentkommissionen og en særlig kommission udtalte, at det omtvistede apparat helt åbenbart ikke havde nogen retledningsvirkning. En syns- og skønsmand udtalte sig under sagens gang i Højesteret i samme retning. To andre syns- og skønsmænd havde under sagens behandling i landsretten udtalt sig i modsat retning. Højesteret frifandt den påståede krænker og angav i sin begrundelse, at det ikke kunne anses for godtgjort, at der var tale om krænkelse.

Ildstedsdommen - UfR 1958 s. 832 H

I Ildstedsdommen havde Patentkommissionen udtalt sig om, hvad der skulle forstås ved det i patentkravet anvendte udtryk "ildsteder uden rist". Syns- og skønsmændene havde også udtalt sig om dette spørgsmål, men kom frem til en anden fortolkning. Højesteret tilsidesatte Patentkommissionens opfattelse og valgte at lægge syns- og skønsmændenes opfattelse til grund.

Tærskæværksdom I - UfR 1959 s. 485 H

I Tærskæværksdom I var det i patentkravet angivet, at opfindelsen drejede sig om et tærskæværk, der blandt andet var karakteriseret ved et antal lister og nogle udskæringer i en slidske. Tvisten drejede sig primært om, hvorvidt patentet kunne omfatte et tærskæværk, der havde de i patentkravet beskrevne lister, men som ikke havde udskæringer i slidsken. Patentdirektoratet udtalte, at udskæringerne i slidsken måtte forstås som en del af det, der var ejendommeligt for opfindelsen. Syns- og skønsmændene udtalte sig i samme retning. Vestre Landsret og Højesteret lagde Patentdirektoratets og syns- og skønsmændenes samstemmende opfattelser til grund.

Phenylbutazondommen - UfR 1964 s. 498 H

I Phenylbutazondommen havde Patentdirektoratet udtalt sig om forståelsen af det i patentkravet og patentbeskrivelsen anvendte udtryk "et funktionelt reaktionsdygtigt derivat af en monosubstitueret malonsyre". Syns- og skønsmændene udtalte sig om det samme spørgsmål og kom frem til stort set samme fortolkning. For så vidt angår et enkelt aspekt af fortolkningen afveg syns- og skønsmændenes opfattelse dog fra Patentdirektoratets. I Højesteret tog 6 af de 7 dommere stilling til fortolkningsspørgsmålet. Alle 6 dommere

kom frem til en fortolkning, som svarer til Patentdirektoratets og/eller syns- og skønsmændenes fortolkninger. De 3 af disse 6 dommere henviste i deres begrundelse udtrykkeligt til syns- og skønsmændenes udtalelse, hvorimod de ikke fandt anledning til at nævne Patentdirektoratets udtalelse. Begrundelsen fra de andre 3 dommere, der også tog stilling til fortolkningsspørgsmålet, er så uklar, at man ikke med sikkerhed kan udtale sig om, hvilken vægt disse 3 dommere lagde på henholdsvis Patentdirektoratets og syns- og skønsmændenes udtalelser om fortolkningsspørgsmålet.

Tærskæværksdom II - UfR 1964 s. 628 H

I Tærskæværksdom II udtalte Patentdirektoratet sig om forståelsen af udtrykket "savtakformet kniv med skarpe kanter og spidse tænder" og kom frem til en fortolkning, som støttede den påståede krænkers synspunkter. Syns- og skønsmændene udtalte sig om det samme fortolkningsresultat men nåede frem til en fortolkning, der svarede til den af patentindehaveren hævdede. Med udgangspunkt i patentbeskrivelsen og korrespondancen i ansøgningssagen tog Højesteret selv stilling til fortolkningsspørgsmålet og kom derved frem til den af patentindehaveren hævdede fortolkning, hvilket indebar en tilsidesættelse af Patentdirektoratets opfattelse.

Persiennedom II - UfR 1965 s. 468 H

I Persiennedom II udtalte Patentkommissionen sig om, hvorledes det i patentkravet anvendte ord "direkte" skulle forstås. Patentkommissionen udtalte sig på måde, som støttede de af den påståede krænker fremsatte synspunkter. Syns- og skønsmændene udtalte sig om det samme spørgsmål men kom frem til en fortolkning, som gik i modsat retning. Østre Landsret valgte syns- og skønsmændenes fortolkning og tilsidesatte dermed den af Patentkommissionen foreslåede fortolkning.

Affjedringsdommen - UfR 1966 s. 537 H

I Affjedringsdommen havde den påståede krænker nedlagt indsigelse om ugyldighed. Som reaktion på ugyldighedsindsigelsen havde patentindehaveren nedlagt en påstand, som gik ud på, at patentet skulle opretholdes med patentkrav, som indeholdt visse nærmere specificerede ændringer. Patentkommissionen udtalte i den anledning, at de af patentindehaveren foreslåede ny patentkrav måtte anses for at have nyhed og opfindelseshøjde i forhold til den forud kendte teknik. Syns- og skønsmændene udtalte sig i modsat retning. Højesteret valgte at lægge syns- og skønsmændenes opfattelse til grund og

tilsidesatte dermed Patentkommissionens udtalelse. Højesteret udtalte endog udtrykkeligt, at der "måtte lægges afgørende vægt på syns- og skønsmændenes erklæringer".

Kaffeposedommen - UfR 1969 s. 249 Ø

I Kaffeposedommen udtalte Patentkommissionen sig om diverse spørgsmål på en måde, som støttede nogle af den påståede krænkens synspunkter. Østre Landsret statuerede, at der ikke forelå krænkelse. I begrundelsen henviste dommerne til patentets indhold og den der nævnte kaffeposes funktionsmåde. Selv om retten kom til det resultat, som Patentkommissionens udtalelser lagde op til, må afgørelsen anses for at være i hvert fald primært baseret på dommernes egen vurdering af, hvad der kunne udledes af patentkrav og patentbeskrivelse.

3. Konklusioner

Af de 16 omtalte domme er de 3 behæftet med en så væsentlig tvivl med hensyn til den betydning, der blev tillagt patentmyndighedens udtalelser, at det næppe er forsvarligt at tage dem i betragtning. Det drejer sig om Retlednings-apparatdommen, Phenylbutazondommen og Kaffeposedommen.

Kigger man på de resterende 13 domme blev patentmyndighedens udtalelser tilsidesat i 10 domme. I 6 af disse 10 domme forelå der udtalelser fra syns- og skønsmænd, som blev tillagt større vægt. I sidste 4 af de 10 domme blev patentmyndighedens og syns- og skønsmændenes samstemmende udtalelser tilsidesat i et enkelt tilfælde, mens patentmyndighedens udtalelser blev tilsidesat i 3 tilfælde, hvor der ikke forelå nogen udtalelser fra syns- og skønsmænd.

I 3 af de 13 domme tilsluttede retten sig patentmyndighedens udtalelser. Den ene dom - Byggesætdommen - må dog anses for primært at være motiveret i resultatet af de pågældende landsretsdommeres sammenligning af det omtvistede byggesæt med et af patentindehaveren fremstillet byggesæt. I de 2 øvrige domme forelå der syns- og skønserklæringer, som gik i samme retning som patentmyndighedens udtalelser.

Ovenstående giver grundlag for en meget klar konklusion, nemlig at udtalelser fra patentmyndighed helt generelt bliver tillagt endog meget begrænset betydning.

De temaer, som er omfattet af patentmyndighedens udtalelser i de 13 domme er *a)* fortolkning af diverse udtryk anvendt i patentkrav og/eller patentbeskrivelse (5 domme) *b)* hvorvidt den omtvistede genstand var omfattet af det håndhævede patent og lignende (4 domme) *c)* hvad der skulle anses for

formålet eller det essentielle ved det håndhævede patent (3 domme) og *d*) hvorvidt en af patentindehaveren foreslået omformulering af patentkravene havde nyhed og opfindelseshøjde i forhold til den forud kendte teknik (1 dom). Selv om man betragter de forskellige temaer hver for sig, giver det ikke anledning til nogen modifikationer eller justeringer af den konklusion, som er anført ovenfor.

Intet over, intet ved siden af konkurrenceloven?

Konkurrenceloven kontra politiske beslutninger med konkurrencebegrænsende virkninger

Af
Ulla B. Neergaard

1. Indledning

I henhold til konkurrencelovens (KRL) § 2, stk. 2, undtages fra dens anvendelsesområde den form for konkurrencebegrænsning, der er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering.¹⁾ Med andre ord tildeler bestemmelsen således en række konkurrencebegrænsninger beskyttelse overfor konkurrencelovens forbudsbestemmelser, som er umiddelbart sanktioneret med ugyldighed og straf- og erstatningsansvar. Bestemmelsen har vedvarende under sin tilblivelsesproces været genstand for omfattende politiske drøftelser og er efter sin vedtagelse således ikke helt overraskende blevet kritiseret i forskellige sammenhænge. Eksempelvis kritiserer Lau Hansen bestemmelsen med udgangspunkt i følgende opfattelse af gældende ret:

“Konkurrenceloven af 1997 (kkl.) indebar et skifte fra den tidligere lovgivning, idet loven tilstræbte EU-konformitet. [fodnote udeladt] Denne konformitet anvendes stadig som retningsgivende, således begrundes ønsket om at indføre fusionskontrol bl.a. med, at en sådan kontrol indgår i fællesskabsretten. På området for politisk motiverede eksklusive rettigheder er situationen imidlertid en anden. Her valgte lovgiver udtrykkeligt at unddrage disse tilfælde fra det konkurrenceretlige regime, jf. kkl. §2, stk. 2. [fodnote udeladt] Særlovgivningen uden for loven tillægges forrang, uanset om særloven selv måtte have taget stilling hertil. Unddragelsen fra konkurrencereguleringen gælder dog kun, hvor konkurrencebegrænsningen er ‘en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering’. Denne begrænsning modsvarer f.s.v. TEF art. 86, stk. 2 (før art. 90, stk. 2), der fritager disse virksomheder for konkurrenceretten i det omfang anvendelsen heraf ‘retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem’. [fodnote udeladt] Men dansk ret går videre, idet vurderingen heraf er unddraget konkurrencemyndighederne og i stedet skal træffes af de myndigheder, der har fastsat reguleringen, jf. kkl. § 2, stk.

¹⁾ Jf. Lov nr. 384 af 10.06.1997 med ændring jf. Lov nr. 416 af 31.05.2000.

4. Vurderingen kan dog prøves af domstolene. Herved adskiller loven sig betydeligt fra fællesskabsretten... ”²⁾

Med dette udgangspunkt uddyber Lau Hansen sin kritik:

*“Det er forståeligt, at lovgiver ikke ønsker sit politiske valg om det hensigtsmæssige i en koncessionsordning efterprøvet; hensynet til konkurrencen er ikke enerådende. Men helt at unddrage disse foranstaltninger fra en konkurrenceretlig prøvelse af de dertil indrettede myndigheder synes at være et vidtgående skridt. Det virker ikke overbevisende, at den konkurrenceretlige bedømmelse af kkl. § 2, stk. 2, kan foretages lige så vel af den offentlige myndighed, der selv står bag foranstaltningen. En vis interessekonflikt må forventes. Hertil kommer fraværet af konkurrenceretlig ekspertise hos den pågældende myndighed. Ligestillede man dansk konkurrenceret med fællesskabsretten også på dette område og opgav undtagelsen i kkl. § 2, stk. 4, ville konkurrencemyndighederne stadig skulle tage hensyn til det politiske skøn over valget af midler, jf. kkl. § 2, stk. 2. Men skønnet ville blive prøvet, hvilket i sig selv kun kan styrke lovgivernes agtsomhed, når der lovgives med konkurrencebegrænsende virkning.”*³⁾

Hovedprincipperne bag § 2 opretholdes i de ændringer af konkurrenceloven, der følger af lov nr. 416 af 31. maj 2000. Denne opretholdelse bør desuagtet de problemer, som eksempelvis Lau Hansen påpeger, hilses velkommen. Bestemmelsen rummer efter min vurdering mange fortrin, hvilket skal uddybes i det følgende.⁴⁾ Der tages afsæt i en analyse af bestemmelsens indhold og anvendelse (afsnit 2). Der fortsættes med en undersøgelse af dens *pendant* i EU-retten (afsnit 3). Endelig gennemføres en retspolitisk vurdering af bestemmelsen under hensyntagen til EU-retten (afsnit 4).

2. Dansk ret

Den danske retsstilling for konkurrencebegrænsende politiske beslutninger i forhold til KRL behandles i det følgende. Først fremsættes generelle bemærkninger (afsnit 2.1.) og dernæst gengives praksis på området (afsnit 2.2.).

²⁾ Jf. Lau Hansen, Jesper, “Politisk motiverede koncessioner og fællesskabsretten”, U2000B, s. 36.

³⁾ Jf. Lau Hansen, Jesper, “Politisk motiverede koncessioner og fællesskabsretten”, U2000B, s. 36.

⁴⁾ Vurderingen er her af generel karakter og således ikke begrænset til politisk motiverede koncessioner, som det er tilfældet i Lau Hansens artikel. De særlige forhold vedr. konkurrencebegrænsninger, der er fastsat af en kommunalbestyrelse eller af bestyrelsen i et kommunalt fællesskab er dog ikke genstand for en grundigere gennemgang. Endvidere tages der ikke eksPLICIT stilling til spørgsmålet om offentlig støtte.

2.1. Generelle bemærkninger

§ 2's fulde ordlyd i henhold til KRL 2000 er følgende:

“ § 2. Loven omfatter enhver form for erhvervsvirksomhed samt støtte ved hjælp af offentlige midler til erhvervsvirksomhed.⁵⁾

Stk. 2. Reglerne i kapitel 2 og 3 gælder ikke, hvis en konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering. En konkurrencebegrænsning, som er fastsat af en kommunalbestyrelse, er kun en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, når konkurrencebegrænsningen er nødvendig for, at kommunalbestyrelsen kan opfylde de opgaver, den er pålagt i henhold til lovgivning.⁶⁾

Stk. 3. Beslutninger truffet af bestyrelsen i et kommunalt fællesskab, jf. § 60 i lov om kommunernes styrelse, sidestilles med beslutninger truffet af kommunalbestyrelsen, jf. stk. 2.⁷⁾

Stk. 4. Afgørelse af, hvorvidt en konkurrencebegrænsning er omfattet af stk. 2, træffes af den myndighed m.v., der har fastsat reguleringen eller truffet beslutningen, eller, såfremt reguleringen er fastsat ved lov efter EF-forordning, af vedkommende myndighed. Retter konkurrencerådet henvendelse til pågældende myndighed m.v. med henblik på en afgørelse af, hvorvidt en konkurrencebegrænsning er omfattet af stk. 2, skal myndigheden træffe afgørelsen herom senest fire uger fra modtagelsen heraf. Rådet kan efter anmodning forlænge fristen.⁸⁾

Stk. 5. Hvis en konkurrencebegrænsning er omfattet af stk. 2 eller i øvrigt hindrer en effektiv samfundsmæssig ressourceanvendelse, kan Konkurrencerådet over for myndigheden, jf. stk. 4, 1. pkt., påpege mulige skadelige virkninger for konkurrencen

⁵⁾ I KRL 1998 var ordlyden af § 2, stk. 1: *“Loven omfatter enhver form for erhvervsvirksomhed.”*

⁶⁾ § 2, stk. 2, fremstår uændret i KRL 2000 i forhold til KRL 1998.

⁷⁾ § 2, stk. 3, fremstår uændret i KRL 2000 i forhold til KRL 1998.

⁸⁾ Ordlyden af § 2, stk. 4, var i KRL 1998 følgende: *“Afgørelse af, hvorvidt en konkurrencebegrænsning er omfattet af stk. 2, træffes af den myndighed m.v., der har fastsat reguleringen eller truffet beslutningen, eller, såfremt reguleringen er fastsat ved lov eller EF-forordning, af vedkommende minister.”*

samt fremkomme med forslag til fremme af konkurrencen på området. Myndigheden skal svare på en henvendelse fra rådet herom senest tre måneder fra modtagelsen.⁹⁾

Stk. 6. (ophævet). ”¹⁰⁾

Hensigten er i det følgende at give et generelt indblik i KRL § 2's væsentligste elementer af relevans for den her givne problematik. Fokus er således centreret omkring begrebet konkurrencebegrænsninger, der er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, jf. KRL § 2, stk. 2, 1. pkt., og kompetenceforskriften, jf. KRL § 2, stk. 4. Således redegøres indledningsvis for bestemmelsens bagvedliggende hensyn (afsnit 2.1.1.). Herefter fokuseres på KRL § 2, stk. 2, 1. pkt. samt KRL § 2, stk. 4 (afsnit 2.1.2.-2.1.6.).

2.1.1. De overordnede hensyn bag KRL § 2

KRL § 2 er udtryk for en - iøvrigt vanskelig - stillingtagen til forholdet mellem offentlig og privat erhvervsvirksomhed samt af særlig interesse her forholdet mellem konkurrenceloven og politiske beslutninger med konkurrencebegrænsende virkninger. De to former for erhvervsvirksomhed tilstræbes således ligestillet, dog med den modifikation, at lovens centrale forbudsregler ikke gælder i de tilfælde, hvor en konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering. Ligestillingen mellem offentlig og privat erhvervsudøvelse ligger således for det første i, at begge typer erhvervsvirksomhed omfattes samt for det andet i, at undtagelsesbestemmelserne om offentlig regulering gælder uanset i hvilket regi - offentligt eller privat - erhvervsvirksomheden udøves.¹¹⁾ Begrebet "offentlig regulering" i KRL § 2 kan i sagens natur lige såvel angå private erhvervsvirksomheder,

⁹⁾ Ordlyden af §2, stk. 5, var i KRL 1998 følgende: *"Hvis en konkurrencebegrænsning er omfattet af stk. 2, kan Konkurrencerådet rette henvendelse til pågældende myndighed, påpege mulige skadelige virkninger for konkurrencen samt fremkomme med forslag til fremme af konkurrencen på det pågældende område. Myndigheden skal svare på henvendelsen inden 3 måneder fra modtagelsen heraf."*

¹⁰⁾ Ordlyden af §2, stk. 6, var i KRL 1998 følgende: *"En myndighed m.v., der regulerer eller træffer beslutning om erhvervsvirksomhed, der udøves af myndigheden selv eller af en virksomhed, i hvis styrende organ myndigheden er repræsenteret, skal anmelde reguleringen eller beslutningen til Konkurrencestyrelsen, hvis reguleringen eller beslutningen har betydning for konkurrencen. Erhvervsministeren fastsætter efter at have indhentet udtalelse fra Konkurrencerådet nærmere regler om anmeldelsespligten, herunder regler om anmeldelsespligtens omfang."*

¹¹⁾ Jf. Koktvedgaard, Mogens, "Lærebog i konkurrenceret", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, 4. udg., s. 139.

eksempelvis når sådanne arbejder er under offentligretlige koncessionsvilkår eller er underkastet særlige vilkår eller bestemmelser.¹²⁾

Det er nødvendigt at have særlige regler om de konkurrencebegrænsninger, der er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, fordi den offentlige regulering ofte vil tilsigte andre samfundsformål end hensynet til konkurrencen.¹³⁾ Heri ligger, at der kan være andre samfundsmæssige hensyn, som eksempelvis økonomi, sociale forhold, miljø, forsyningssikkerhed, m.m., som ud fra en overordnet betragtning kan veje tungere end konkurrencehensynet.¹⁴⁾ Koktvedgaard forklarer i forlængelse heraf, at:

*“Sådanne særlige hensyn, der typisk fremtræder i den lovmæssige regulering af det pågældende område, skal respekteres af Konkurrenceloven, der jo ikke har grundlovskarakter... Den principielle konflikt fremtræder således som veldefineret og velbegrunder, og det praktiske problem er herefter at foretage den rette afgrænsning. Denne afgrænsning er særdeles betydningsfuld, dels fordi de offentlige reguleringer er omfattende og af helt afgørende betydning for erhvervs-udøvelsen i mange sektorer, dels og måske navnlig fordi diverse former for offentlig virksomhed ofte konkurrerer direkte med den private erhvervsudøvelse. Når dette er tilfældet, er det uacceptabelt at give de offentlige virksomheder et fortrin, der ikke er klart begrundet i offentligretlige hensyn.”*¹⁵⁾

2.1.2. Begrebet “offentlig regulering”

Begrebet “offentlig regulering”, jf. KRL § 2, stk. 2, må forstås bredt og ikke entydigt.¹⁶⁾ Det præciseres i Betænkning over forslag til KRL 98, at KRL § 2, stk. 2, 1. pkt., ikke indebærer særlige indholdsmæssige krav til reguleringens

¹²⁾ Jf. Koktvedgaard, Mogens, “Lærebog i konkurrenceret”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, 4. udg., s. 139. Hertil følger Fejø, at dette kan være en sandhed med modifikationer, såfremt der ved den offentlige regulering primært sker en favorisering af offentlige virksomheder, hvis resultat er en fortrinsstilling for disse i forholdet til de private virksomheder, jf. Fejø, Jens, “Konkurrenceloven af 1997 med kommentarer”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997, 1. udg., s. 57.

¹³⁾ Jf. Betænkning over forslag til konkurrencelov, afgivet af Erhvervsudvalget den 22. maj 1997, gengivet i Konkurrencestyrelsen, “Den ny konkurrencelov med forarbejder”, 1997, s. 127.

¹⁴⁾ Jf. Erhvervsministerens besvarelse af spørgsmål 114 under behandlingen af forslag til KRL 98, gengivet i Konkurrencestyrelsen, “Den ny konkurrencelov med forarbejder”, 1997, s. 267.

¹⁵⁾ Jf. Koktvedgaard, Mogens, “Lærebog i konkurrenceret”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, 4. udg., s. 139-140.

¹⁶⁾ Jf. Erhvervsministerens besvarelse af spørgsmål 35 under behandlingen af forslag til KRL 98, gengivet i Konkurrencestyrelsen, “Den ny konkurrencelov med forarbejder”, 1997, s. 197.

ordlyd.¹⁷⁾ Det er myndigheden - og ikke virksomhederne selv - der skal udmønte hensigten bag lovgivningen.¹⁸⁾ Begrebet omfatter bl.a.:

- lovgivning,
- bekendtgørelser,
- generelle budgetregler,
- aktstykker samt reglerne om kommunernes ulovbestemte opgaver (kommunalfuldmagten), samt
- forpligtelser efter f.eks. ratificerede konventioner og EF-forordninger.¹⁹⁾

Der er ikke tale om en udtømmende opregning, idet lovgiver bevidst har valgt at operere med et dynamisk begreb, som er egnet til at følge udviklingen i samfunds- og regelgrundlaget.²⁰⁾

Af særlig interesse er det, at begrebet "lovgivning" antages at være en samlebetegnelse for forskellige former for regulering, dog at der er tale om et mere snævert begreb end "offentlig regulering".²¹⁾ Således kan de to begreber ikke umiddelbart erstatte hinanden.

En særlig kategori af regulering er den såkaldte sektorspecifikke, der rummer bestemmelser med sigte på aktivt at fremme konkurrencen på et eller flere delmarkeder. Som eksempel herpå kan nævnes telelovgivningen. I Bemærkningerne til KRL 98 præciseres det, at de indgrebsmuligheder, der følger af en sådan sektorspecifik lovgivning, jf. *lex specialis* princippet, fortsat

¹⁷⁾ Jf. Betænkning over forslag til konkurrencelov, afgivet af Erhvervsudvalget den 22. maj 1997, gengivet i Konkurrencestyrelsen, "Den ny konkurrencelov med forarbejder", 1997, s. 127.

¹⁸⁾ Jf. Betænkning over forslag til konkurrencelov, afgivet af Erhvervsudvalget den 22. maj 1997, gengivet i Konkurrencestyrelsen, "Den ny konkurrencelov med forarbejder", 1997, s. 127.

¹⁹⁾ Jf. Betænkning over forslag til konkurrencelov, afgivet af Erhvervsudvalget den 22. maj 1997, gengivet i Konkurrencestyrelsen, "Den ny konkurrencelov med forarbejder", 1997, s. 127-128. Specifikt om cirkulærer fremgår det af Erhvervsministerens besvarelse af spørgsmål 26 under behandlingen af forslag til KRL 98, at disse vil være omfattet af begrebet offentlig regulering, i det omfang cirkulæret indeholder retlig bindende regler, jf. gengivelsen i Konkurrencestyrelsen, "Den ny konkurrencelov med forarbejder", 1997, s. 191.

²⁰⁾ Jf. Madsen, Palle Bo, "Kommunerne under den nye konkurrencelov", Særtryk af artikel tidligere offentliggjort i "Kommunestyre i retlige rammer. En antologi i anledning af KommuneKredits 100 års jubilæum", Kommunekredit, s. 10.

²¹⁾ Jf. Erhvervsministerens besvarelse af spørgsmål 35 under behandlingen af forslag til KRL 98, gengivet i Konkurrencestyrelsen, "Den ny konkurrencelov med forarbejder", 1997, s. 192.

består og vil skulle håndhæves af den pågældende ressortmyndighed.²²⁾ Det understreges, at der ikke bør kunne opstå en retstilstand, hvor såvel konkurrencemyndigheden som en sektorspecifik myndighed har kompetence til at gribe ind over for det samme forhold.²³⁾

Hvad angår beslutninger om konkurrencebegrænsninger, der er truffet af en kommunalbestyrelse (herunder et amtsråd) eller af en bestyrelse i et kommunalt fællesskab, er disse ikke omfattet af begrebet "offentlig regulering", men er som det fremgår af KRL § 2, stk. 2, 2. pkt. og KRL § 2, stk. 3, selvstændigt reguleret.²⁴⁾ Der stilles tre særligt skærpede krav til denne form for beslutning, nemlig fastsættelses-,²⁵⁾ nødvendigheds-²⁶⁾

²²⁾ Jf. Bemærkninger til Lovforslaget (KRL 98), gengivet i Konkurrencestyrelsen, "Den ny konkurrencelov med forarbejder", 1997, s. 4. Se iøvrigt Fejø, Jens, "Konkurrenceloven af 1997 med kommentarer", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997, 1. udg., s. 58.

²³⁾ Jf. Bemærkninger til Lovforslaget (KRL 98), gengivet i Konkurrencestyrelsen, "Den ny konkurrencelov med forarbejder", 1997, s. 42. Se iøvrigt sagerne om NESA og Danske Energiselskabers Forening, afsnit 2.2.1. nf.

²⁴⁾ Dette underbygges eksempelvis af Erhvervsministerens besvarelse af spørgsmål 114 under behandlingen af forslag til KRL 98, gengivet i Konkurrencestyrelsen, "Den ny konkurrencelov med forarbejder", 1997, s. 267. Se iøvrigt Fejø, Jens, "Konkurrenceloven af 1997 med kommentarer", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997, 1. udg., s. 62-63.

²⁵⁾ Fejø opsummerer om fastsættelseskriteriet: "*Der stilles gennem den anvendte formulering 'fastsat' i § 2, stk. 2, 2. pkt., krav om, at en konkurrencebegrænsnings konkrete indhold - for at kunne være en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering - skal fremgå direkte af kommunalbestyrelsens beslutning, regulativ m.v. Det er således ikke tilstrækkeligt, at en konkurrencebegrænsning f.eks. følger af en mere generel beslutning truffet af en kommunalbestyrelse. Det kræves, at kommunalbestyrelsen direkte/udtrykkeligt har truffet den konkurrencebegrænsende beslutning.*[fodnote udeladt]" Jf. Fejø, Jens, "Konkurrenceloven af 1997 med kommentarer", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997, 1. udg., s. 67.

²⁶⁾ Fejø opsummerer om nødvendighedskriteriet: "*Det kræves desuden, at en konkurrencebegrænsning skal være nødvendig for, at kommunalbestyrelsen kan varetage de opgaver, den er pålagt. Hvorvidt en konkurrencebegrænsning er nødvendig afhænger af de hensyn eller mål, der ligger bag den pågældende lovgivning. Bemærkningerne i Erhvervsudvalgets betænkning påpeger, at formuleringen indebærer, at kommunen skal vælge den mindst konkurrenceforvridende løsning ved udførelsen af en given erhvervsvirksomhed, hvor lovgivningen åbner mulighed for, at virksomheden kan udføres på flere forskellige måder.*[fodnote udeladt]" Jf. Fejø, Jens, "Konkurrenceloven af 1997 med kommentarer", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997, 1. udg., s. 67. Det kan således konstateres, at den pågældende form for beslutning er underlagt en tostrengt nødvendighedsvurdering, jf. således henholdsvis KRL § 2, stk. 2, 1. pkt og KRL § 2, stk. 2, 2. pkt.

og pålæggelseskriteriet.²⁷⁾ De nævnte betingelser er af kumulativ karakter.²⁸⁾

KRL § 2, stk. 2, forudsætter således en sondring mellem, om den offentlige regulering udmunder fra det statslige eller det amtslige/kommunale beslutningsniveau, hvor førstnævnte kategori reguleres i henhold til bestemmelsens 1. pkt. og sidstnævnte i henhold til 2. pkt. Således kan 1. pkt. ansues som at vedrøre det horisontale forhold mellem KRL og anden "statslig" regulering, hvorimod 2. pkt. kan ansues som at vedrøre det vertikale forhold mellem KRL og "amtslig/kommunal" regulering.

2.1.3. Begrebet "konkurrencebegrænsninger"

Begrebet "konkurrencebegrænsninger", jf. KRL § 2, stk. 2, er ikke defineret i loven eller bemærkningerne.²⁹⁾ Levinsen fremfører i denne forbindelse en interessant diskussion af, om KRL § 2 har karakter af en undtagelsesbestemmelse eller om den har en selvstændig regulerende effekt.³⁰⁾ Denne - ikke afklarede problemstilling - kan have betydning for forståelsen af konkurrencebegrænsningsbegrebet.³¹⁾

²⁷⁾ Levinsen opsummerer om pålæggelseskrevet: "At opgaven skal være pålagt, betyder, at det skal følge af lovgivningen, at en kommunalbestyrelse har ansvaret for eller skal varetage en bestemt opgave. Ved vurderingen af, om en opgave er pålagt, indgår almindelige principper for lovforklning, herunder lovens formål og forarbejder. Dette opgaveansvar skal være tildelt ved lovgivning." Jf. Levinsen, Kirsten, "Konkurrenceloven", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998, s. 45-46.

²⁸⁾ Se generelt om beslutninger truffet af kommunalbestyrelse og bestyrelse i et kommunalt selskab: Fejø, Jens, "Konkurrenceloven af 1997 med kommentarer", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997, 1. udg., s. 64-74; Kockvedgaard, Mogens, "Lærebog i konkurrenceret", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, 4. udg., s. 141-142; og Levinsen, Kirsten, "Konkurrenceloven", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998, s. 43-48.

²⁹⁾ Jf. Levinsen, Kirsten, "Konkurrenceloven", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998, s. 36.

³⁰⁾ Jf. Levinsen, Kirsten, "Konkurrenceloven", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998, s. 37-39.

³¹⁾ Levinsen fremfører således: Hvis der er tale om en undtagelsesbestemmelse, følger det, at der indledningsvis må foretages en vurdering af, om der foreligger en konkurrencebegrænsning omfattet af hovedreglerne i kap. 2 og 3. Herefter kan det antages, at det udelukkende er de konkurrencebegrænsninger, som er omfattet af forbudene i KRL kap. 2 og 3, der er henvist til i KRL § 2, stk. 2, 1. pkt. Konsekvensen er, at den administrative forskrift vil skulle suppleres af en handling (en aftale eller et misbrug) fra virksomhedernes side, førend forholdet vil være omfattet af KRL § 2, stk. 2, 1. pkt. Iøvrigt er konsekvensen i henhold til de almindelige fortolkningsprincipper i givet fald, at bestemmelsen skal fortolkes snævert. Hvis derimod bestemmelsen anses for at have en selvstændigt regulerende effekt kan begrebet konkurrencebegrænsning dække over enhver form for konkurrencebegrænsning, herunder konkurrencebegrænsninger, der er forbudte efter kap. 2 og 3. Der ville i givet fald være tale om en bredere definition, således at den administrativt fastsatte forskrift ikke ville skulle suppleres

2.1.4. Udtrykket “direkte eller nødvendig følge”

Om udtrykket “direkte eller nødvendig følge” af den offentlige regulering, jf. KRL § 2, stk. 2, fremgår det af bemærkningerne til KRL 98, at der ikke herved stilles særlige indholdsmæssige krav til reguleringens ordlyd.³²⁾ Herudover er forarbejderne ikke særligt meddelssomme. En konkurrencebegrænsning, der er en “direkte” følge af en offentlig regulering må umiddelbart antages at være lettere konstaterbar end en konkurrencebegrænsning, der er en “nødvendig” følge deraf. Denne sidstnævnte situation vil med andre ord lettere kunne give grobund for diskussion.^{33) 34)}

Koktvedgaard supplerer, at betingelsen efter sin ordlyd må indebære, at hjemmelen enten skal fremtræde som klar og åbenbar, eller at den offentlige regulering ikke kan gennemføres uden den omhandlede konkurrencebegrænsning.³⁵⁾ Hertil følger Levinsen, at sidstnævnte betingelse kan udtrykkes som, at virksomhederne ikke inden for den pågældende lov har noget alternativ til den konkurrencebegrænsende handling.³⁶⁾ Dette indebærer omvendt, at hvis den offentlige regulering åbner et vist spillerum for virksomhederne til at indgå eksempelvis konkurrencebegrænsende aftaler, er det ikke et gyldigt forsvar for virksomhederne at henvise til KRL § 2, stk. 2, 1. pkt., idet virksomhedernes adfærd da vil kunne rammes af forbudet i KRL § 6.³⁷⁾ Levinsen nævner ydermere, at afgørelsen, i tilfælde af at den pågældende regulering er

med en handling fra virksomhedens side. Herefter ville eksempelvis også selve tildelingen af en eneret kunne være omfattet. Jf. Levinsen, Kirsten, “Konkurrenceloven”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998, s. 37-38.

³²⁾ Jf. Bemærkninger til Lovforslaget (KRL 98), gengivet i Konkurrentstyrelsen, “Den ny konkurrencelov med forarbejder”, 1997, s. 42.

³³⁾ Jf. Schlüter, Johan, m.fl., “Konkurrentretten i Danmark og EU”, Schultz Lovkommentar, 1999, s. 415.

³⁴⁾ I et direkte spørgsmål til ministeren under behandlingen af forslag til KRL 98 om hvornår en konkurrencebegrænsning er unødvendig, sættes iøvrigt lighedstegn mellem unødvendig og overflødig, jf. Spørgsmål 115, gengivet i Konkurrentstyrelsen, “Den ny konkurrencelov med forarbejder”, 1997, s. 271.

³⁵⁾ Jf. Koktvedgaard, Mogens, “Lærebog i konkurrenteret”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, 4. udg., s. 141.

³⁶⁾ Jf. Levinsen, Kirsten, “Konkurrenceloven”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998, s. 41.

³⁷⁾ Jf. Levinsen, Kirsten, “Konkurrenceloven”, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998, s. 41.

lovgivning, kan tage sit udgangspunkt i reguleringens formål, herunder dens politiske formål.³⁸⁾

2.1.5. Retsfølgen

I de tilfælde hvor det kan konstateres, at en konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, gælder reglerne i kap. 2 og 3 ikke.³⁹⁾ Hermed sikres med andre ord, at konkurrencemyndigheden ikke kan gribe ind overfor den pågældende politiske beslutning med konkurrencebegrænsende virkninger. Denne vil således fortsat kunne bestå. Ydermere kan konkurrencemyndigheden heller ikke gribe ind over for selve den konkurrencebegrænsende adfærd.

2.1.6. Kompetenceforskriften

Et meget væsentligt element i KRL § 2 er, at kompetencen til at afgøre om en konkurrencebegrænsning er omfattet af bestemmelsen, er tillagt den myndighed m.v., der har fastsat reguleringen eller truffet beslutningen, eller, såfremt reguleringen er fastsat ved lov eller EF-forordning, af vedkommende minister, jf. KRL § 2, stk. 4.⁴⁰⁾ ⁴¹⁾ Kompetencen henhører således ikke under konkurrencemyndigheden, idet hensigten er, at denne ikke skal kunne underkende politisk bestemte reguleringer vedtaget af Folketinget.⁴²⁾ Dette indebærer i sagens natur, at den kompetente myndighed tildeles megen selvjustits og visse vil mene, at der er tale om at sætte ræven til at vogte gæs.⁴³⁾

³⁸⁾ Jf. Levinsen, Kirsten, "Konkurrenceloven", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998, s. 48.

³⁹⁾ Se også diskussion ovenfor under afsnit 2.1.3.

⁴⁰⁾ Det er en given forudsætning ved administrationen af konkurrenceloven, at konkurrencemyndigheden ikke kan gå ind i en legalitetsprøvelse af offentlig regulering og beslutninger, jf. Betænkning afgivet af Erhvervsudvalget den 22. maj 1997, gengivet i Konkurrencestyrelsen, "Den ny konkurrencelov med forarbejder", 1997, s. 129.

⁴¹⁾ Det præciseres i Konkurrencestyrelsens Vejledning, at såfremt der er tale om en kommunalt fastsat konkurrencebegrænsning, er det kommunen selv, der afgør, om denne er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering og om de øvrige betingelser i KRL § 2, stk. 2, 2. pkt., er opfyldt, jf. Konkurrencestyrelsen, "Konkurrenceloven og den offentlige sektor", 1998, s. 24.

⁴²⁾ Jf. Levinsen, Kirsten, "Konkurrenceloven", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998, s. 48.

⁴³⁾ Se eksempelvis høringssvar fra Handelskammeret, Finanssektorens organisationer, Dansk Handel & Service og FRR under behandlingen af KRL 98, gengivet i Konkurrencestyrelsen, "Den ny konkurrencelov med forarbejder", 1997, s. 157.

Konkurrencerådet kan iøvrigt forlange, at den pågældende myndighed træffer sin afgørelse om spørgsmålet senest fire uger efter dets henvendelse, jf. KRL § 2, stk. 4, 2. pkt. Derved hindres, at afgørelser eventuelt unødigt forhalles af de pågældende myndigheder.

Den endelige afgørelse af om en konkurrencebegrænsning har hjemmel og dermed er omfattet af KRL § 2, stk. 2, 1. pkt., henhører under domstolene, jf. dansk rets almindelige regler.⁴⁴⁾ Der vil således kunne anlægges søgsmål ved domstolene med henblik på en legalitetsprøvelse af tvivlsspørgsmålet.⁴⁵⁾

For fuldstændighedens skyld skal føjes til, at Konkurrencemyndigheden har bevaret sin kompetence til at kunne rette henvendelse til en myndighed og påpege mulige skadelige virkninger for konkurrencen samt fremkomme med forslag til forbedringer, jf. KRL 2000 § 2, stk. 5. Endvidere har Konkurrencerådet fået kompetence til at påtale konkurrenceforvridende støtte, jf. KRL 2000 § 11a.

2.2. Praksis

I det følgende analyseres de væsentligste konkurrenceankenævnskendelser og konkurrencerådsafgørelser, der har været afsagt fra KRL 98's ikrafttræden den 1. januar 1998.⁴⁶⁾ Fokus centrerer fortsat omkring forståelsen af begrebet konkurrencebegrænsninger, der er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, jf. KRL § 2, stk. 2, 1. pkt., samt håndteringen af kompetenceforskriften, jf. KRL § 2, stk. 4. Sager afgjort af Konkurrencestyrelsen er ikke medtaget i analysen.⁴⁷⁾ Gennemgangen er af kronologisk karakter.

2.2.1. Konkurrenceankenævnskendelser

I det følgende er til nærmere behandling udvalgt tre sager forelagt Konkurrenceankenævnet af direkte betydning for fortolkningen af KRL § 2. Det drejer sig om: 1) NESA, 2) Dansk Energiselskabers Forening samt 3) Dansk

⁴⁴⁾ Jf. bl.a. Bemærkninger til Lovforslaget (KRL 98), gengivet i Konkurrencestyrelsen, "Den ny konkurrencelov med forarbejder", 1997, s. 41, og Erhvervsministerens besvarelse af spørgsmål 34 under behandlingen af forslag til KRL 98, gengivet i Konkurrencestyrelsen, "Den ny konkurrencelov med forarbejder", 1997, s. 196.

⁴⁵⁾ Jf. også Dansk Naturgas-sagen, se afsnit 2.2.1. nf.

⁴⁶⁾ Der er medtaget afgørelser frem til og med den 15. august 2000.

⁴⁷⁾ Begrundelsen ligger i pladmæssige hensyn og i, at indblik i Konkurrencestyrelsens forvaltningspraksis et langt stykke henad vejen tilegnes allerede ved en analyse af sager forelagt Konkurrencerådet.

Naturgas. I alle tre sager ophævede ankenævnet den påklagede afgørelse og hjemviste den til Konkurrencerådets fornyede behandling efter bestemte retningslinjer.

Kendelse i den første relevante sag, NESA, afsiges den 3. august 1999.⁴⁸⁾ Af Konkurrencestyrelsens - iøvrigt ordknappe - vurdering forelagt Konkurrencerådet som beslutningsgrundlag fremgår det, at opfattelsen her er, at KRL § 2, stk. 2, ikke finder anvendelse. Konkurrenceankenævnet finder spørgsmålet mere kompliceret end, hvad umiddelbart fremgår af nævnte vurdering og påpeger især, at der hersker en kompetenceproblematik mellem Konkurrencerådet og Elprisudvalget. Spørgsmålet er således, om Konkurrencerådet overhovedet har kompetencen til at afgøre sagen eller om denne tilhører Elprisudvalget - eller begge organer på samme tid. Konkurrenceankenævnet henviser - lettere ironiserende - i denne forbindelse til, at denne sidstnævnte situation i henhold til forarbejderne til KRL slet ikke kan opstå.

Sagen vedrører mere generelt klage over Konkurrencerådets afgørelse af 25. november 1999, hvorved Konkurrencerådet vedtager at meddele NESA A/S, at dets "Almindelige betingelser for ellevering gældende fra den 1. januar 1991", § 5.3.3, falder ind under forbudet i KRL § 6, stk. 1. Den pågældende bestemmelse bliver ved efterfølgende skrivelse fra Konkurrencerådet forlangt fuldstændigt ophævet. Bestemmelsens ordlyd er sålydende: "*Kunden må ikke videresælge elektriciteten, med mindre NESA har givet tilladelse hertil.*"

Hvad angår KRL § 2, stk. 2, anføres det i vurderingen indføjet i det for Konkurrencerådet forelagte beslutningsgrundlag: "*Elsektoren er i dag reguleret gennem en omfattende sektorlovgivning, først og fremmest elforsyningsloven. Konkurrencelovens § 2, stk. 2 bestemmer, at reglerne i lovens kapitel 2 og 3 ikke gælder, hvis en konkurrencebegrænsning er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering. Der er imidlertid ikke i sektorlovgivningen bestemmelser, der giver hjemmel til indførelse af en forbudsbestemmelse som den omhandlede. I henhold til § 10, stk. 4 i elforsyningsloven kan Elprisudvalget alene behandle spørgsmålet om hvorvidt en bestemmelse opfylder rimelighedskriteriet i elforsyningsloven i konkrete sager om leveringsforholdet mellem elselskabet og den enkelte forbruger. Udvalget kan således ikke tage stilling til generelle aftaler, men alene til om de konkrete virkninger af aftalen kan betragtes som urimelige overfor enkeltkunder i henhold til elforsyningsloven. Konkurrencelovens § 2, stk. 2 kan således ikke bringes i anvendelse her.*"

Centralt for Ankenævnets bemærkninger er forholdet mellem KRL og sektorspecifik konkurrenceregulerende lovgivning. De er omfangsrige, men af pladmæssige hensyn gengives kun her de afsluttende bemærkninger: "*Ifølge begrundelsen for den påklagede afgørelse kan konkurrencelovens § 2, stk. 2, ikke bringes i anvendelse i relation til videresalgsvilkåret i NESAs leveringsbetingelser, da Elprisudvalget ikke*

⁴⁸⁾ Jf. Kdl. af 03.08.1999: NESA A/S ctr. Konkurrencerådet, Sag 98-195.223.

generelt i medfør af elforsyningslovens § 10, stk. 4, kan tage stilling til et sådant leveringsvilkår, men kun i konkrete sager om leveringsforhold mellem elselskabet og den enkelte forbruger. Denne opfattelse har ikke støtte i bestemmelsens ordlyd eller forarbejder, og den er i modstrid med Elprisudvalgets afgørelse af 21. april 1997 vedrørende et tilsvarende vilkår i DEFs vejledende leveringsbestemmelser. Ankenævnet finder det utvivlsomt, at Elprisudvalgets kompetence omfatter en stillingtagen til, om videresalgsvilkåret i NESAs leveringsbetingelser må anses for i sig selv at være urimeligt efter elforsyningslovens § 10, stk. 4. Konkurrencerådets afgørelse indebærer således – hvis Konkurrencerådet antages at have haft kompetence til at træffe den, hvilket beror på, hvorledes det foran nævnte fortolkningsspørgsmål skal besvares – at såvel Konkurrencerådet som Elprisudvalget har kompetence til at gribe ind over for det samme forhold – en retstilstand, som ifølge forarbejderne til konkurrenceloven ikke kan opstå. Ankenævnet finder det rigtigst, at Konkurrencerådet får lejlighed til at ytre sig om det foran nævnte fortolkningsproblem, inden Ankenævnet tager stilling til, om Konkurrencerådet har haft den fornødne kompetence. Herefter – og da den påklagede afgørelse bygger på en forkert forståelse af elforsyningsloven, som efter afgørelsens begrundelse har været afgørende for, at Konkurrencerådet har anset sig for kompetent – ophæver Ankenævnet afgørelsen og hjemviser sagen.”

Kendelse i den anden relevante sag, Danske Energiselskabers Forening, afsiges den 16. maj 2000.⁴⁹⁾ I sagen foreligger de samme problemer af kompetencemæssig karakter som i NESA-sagen.

Sagen vedrører klage over Konkurrencerådets afgørelse af 26. maj 1999, hvorved Konkurrencerådet vedtager at meddele Nordthy Strømforsyning påbud i medfør af KRL § 6, stk. 4, om inden den 1. januar 2000 at ophæve bestemmelsen i selskabets vedtægters § 3, stk. 1, om automatisk andelshaverstatus, jf. KRL § 16, stk. 1, 1. pkt. Selskabets vedtægters § 3, stk. 1, har følgende ordlyd: “Enhver, der får leveret elektricitet inden for selskabets forsyningsområde, og som opfylder de i selskabets leveringsbestemmelser fastsatte vilkår, optages som andelshaver. Selskabet er dog berettiget til i særlige tilfælde at levere elektricitet til ‘ikke andelshavere’ til priser og på vilkår, der fastsættes af bestyrelsen. En udtrædende andelshaver har ikke krav på nogen del af selskabets formue.” Hvad angår KRL § 2, stk. 2, bestemmes det i begrundelsen i det for Konkurrencerådets forelagte beslutningsgrundlag: “Der stilles ikke i medfør af elforsyningsloven eller varmforsyningsloven krav med hensyn til, hvorledes en forsyningsvirksomhed organisatorisk skal opbygges, og der stilles således heller ikke krav om, at en forsyningsvirksomhed skal organiseres som et andelsselskab. En lang række forsyningsvirksomheder er da også organiseret på anden vis, eller er kommunalt drevne. Ingen afselskaberne har da heller påberåbt sig Konkurrencelovens § 2, stk. 2. Konkurrencelovens § 2, stk. 2 kan således ikke finde anvendelse...” Konkurrenceankenævnet gentager i sine bemærkninger fra sin kendelse i NESA-sagen (delvist citeret ovenfor) og konkluderer på denne baggrund: “Hvad der i denne afgørelse er anført om videresalgsvilkåret i NESA’s

⁴⁹⁾ Jf. Kdl. af 16.05.2000: Danske Energiselskabers Forening på vegne af Andelsselskabet Nordthy Strømforsyning ctr. Konkurrencerådet, Sag 99-112.113.

leveringsbetingelser gælder tilsvarende om Nordthy Strømforsynings vedtægtsvilkår om andelshaverstatus. Af de grunde, der er anført i den citerede kendelse, ophæver Ankenævnet derfor den påklagede afgørelse og hjemviser sagen."

Kendelse i den tredje og sidste udvalgte relevante sag behandlet ved Konkurrenceankenævnet, Dansk Naturgas A/S, afsiges den 31. juli 2000.⁵⁰⁾ Der afsiges iøvrigt delkendelse i sagen knapt et år tidligere, hvor Konkurrenceankenævnet anmoder Konkurrencerådet om at rette en fornyet KRL § 2, stk. 4-henvendelse til rette myndighed. Sagen er af meget principiel karakter og rummer flere væsentlige fortolkningsmæssige anvisninger. Allerede i den vurdering, som er indgået i Konkurrencerådets beslutningsgrundlag, forekommer det læseren, at Konkurrencestyrelsen ikke finder den første udtalelse afgivet i henhold til KRL § 2, stk. 4, af rette myndighed, helt overbevisende. Efter forelæggelse af den anden og sidste § 2, stk. 4-afgørelse fra rette myndighed, fremgår det eksplicit af kendelsen, at Konkurrencerådet er forpligtet til at lægge denne oprøvet til grund. Det understreges, at eventuel prøvelse af aftalens materielle indhold kun kan ske ved domstolene. Sagen er iøvrigt vigtig, fordi Konkurrenceankenævnet opstiller det krav til KRL § 2, stk. 4-udtalelser, at de skal foreligge som utvetydige afgørelser af KRL § 2, stk. 2-spørgsmålet. Endvidere opstilles krav om, at det skal fremgå af sådanne afgørelser, hvad der er den pågældende myndigheds kompetence til at træffe afgørelse i henhold til KRL § 2, stk. 4.

Sagen vedrører klage over Konkurrencerådets afgørelse af 26. maj 1999, hvorefter det i medfør af KRL § 6, stk. 4, påbyder Dangas at "at ændre udløbet" i to aftaler indgået mellem Dangas på den ene side og Elkraft og Elsam på den anden til 2001 i "1991-aftalen" og 2004 i "1994-aftalen". 1991-aftalen - indgået i henhold til en principaftale fra samme år - angår Dangas' levering af ca. 300 mio. m³ naturgas årligt til nærmere angivne danske centrale kraftvarmeværker fra 1994 til 2020. 1994-aftalen angår Dangas' levering af ca. 350 mio. m³ naturgas årligt til nærmere angivne danske centrale kraftvarmeværker fra 1997-2020. Begge aftaler er indgået den 24. februar 1994.⁵¹⁾ I sagen anmodes Energistyrelsen om at udtale sig om, hvorvidt det er en direkte og nødvendig følge af offentlig regulering, at de indgåede aftaler er langvarige og uopsigelige. Energistyrelsen svarer bekræftende herpå, men kan imidlertid ikke på grundlag af reguleringen afgøre, om den konkret udmøntede løbetid i aftalerne kan begrundes i behovet for at kunne indgå langvarige, uopsigelige kontrakter.

Denne usikkerhed foranlediger Konkurrencestyrelsen til at fremkomme med følgende vurdering i sin indstilling til Konkurrencerådet: *"Det bemærkes, at der for en række af de "offentlige reguleringers vedkommende" er tale om politiske aftaler mellem*

⁵⁰⁾ Jf. Kdl. af 31.07.2000: Dansk Naturgas A/S ctr. Konkurrencerådet, Sag 99-112.213.

⁵¹⁾ I sagen henvises endvidere til en optionsaftale med en løbetid på 10 år.

Folketingets partier, som af Energistyrelsen tillægges samme betydning, som en egentlig lovmæssig regulering af området. Det fremhæves af Energistyrelsen i notatet side 4, at der på energiområdet er tradition for at udstikke de overordnede politiske rammer i brede politiske aftaler. Sådanne aftaler kan imidlertid ikke ligestilles med lovmæssig regulering. Notatet fra Energistyrelsen fremstår som et partsindlæg, uanset at Energistyrelsen ikke kan betragtes som part i sagen, men en sideordnet myndighed. Desuagtet at specielt det forhold, at Energistyrelsen har peget på en række politiske aftaler som baggrund for at afgøre, at spørgsmålet om langvarighed og uopsigelighed i aftalerne er en direkte og nødvendig følge af offentlig regulering, må det ved Konkurrencerådets afgørelse[] af sagen lægges til grund, at Energistyrelsen har udtalt, at det er en direkte og nødvendig følge af offentlig regulering. Det fremgår imidlertid af notatet side 8 og side 12, at Energistyrelsen ikke på grundlag af den offentlige regulering kan afgøre, om de tre aftalers løbetid på henholdsvis 26, 23 og 10 år kan begrundes i behovet for at indgå langvarige, uopsigelige kontrakter. Da spørgsmål om kontraktens længde således efter Energistylsens opfattelse ikke er omfattet af offentlig regulering falder spørgsmålet ind under Konkurrencerådets kompetence... På denne baggrund og med Energistylsens udtalelse om, at det er en nødvendig og direkte følge af de offentlige reguleringer, må en løbetid på ti år [] anses for rimelig. Der henvises også til, at Optionsaftalen, der blev indgået efter at parterne var klar over den kommende liberalisering af området har en løbetid på ti år... Det misbrug af Dansas' nuværende monopolstilling, der her er tale om må bringes til ophør. Det vil være rimeligt, om der sker en begrænsning af aftalernes løbetid til henholdsvis 2001 og 2004. Det lægges herved til grund, at en 10-årig løbetid må betragtes som "langvarig" i relation til Energistylsens udtalelse og indebærer en tilstrækkelig beskyttelse af de investeringer, parterne har foretaget i gasnettet. I vurdering heraf indgår endvidere, at installationerne herefter vil kunne bruges til andre gasleverancer, dvs. at det ikke er nødvendigt at kræve, at anlæggene skal være fuldt afskrevet i aftalernes løbetid."

Af Konkurrenceankenævnets delkendelse af 12. august 1999 anføres det, at "Da det ikke fremgår af Energistylsens skrivelse, hvad der er grundlaget for Energistylsens kompetence til at træffe afgørelse i henhold til konkurrencelovens § 2, stk. 4, og da det kan give anledning til tvivl, om Energistyrelsen har truffet afgørelse om, hvorvidt konkurrencebegrænsningen som følge af bestemmelserne i aftalerne om uopsigelighed indtil år 2020 og de centrale kraftværkers binding til klager som leverandør af og manglende mulighed for hos andre leverandører at købe den mængde naturgas, de har pålæg om at anvende, skal Ankenævnet anmode Konkurrencerådet om snarest at rette henvendelse til Energiministeriet med henblik på, at der fra rette myndighed fremkommer en utvetydig afgørelse af, hvorvidt den nævnte konkurrencebegrænsning er omfattet af konkurrencelovens § 2, stk. 2, eller ej. Indtil en sådan afgørelse foreligger, stilles sagens videre behandling ved Ankenævnet i bero. Det bemærkes herved at Ankenævnet forventer, at en afgørelse vil foreligge i løbet af kortere tid."

Konkurrencestyrelsen retter herefter på vegne af Konkurrencerådet fornyet henvendelse til Energiministeriet i overensstemmelse med Ankenævnets kendelse og modtager som svar en skrivelse af 13. oktober 1999 fra Energistyrelsen, hvori det bl.a. hedder: "Energistylsens kompetence til at træffe afgørelse i henhold til

konkurrencelovens § 2, stk. 4, følger direkte af bestemmelsen, i de tilfælde hvor Energistyrelsen har fastsat reguleringen eller truffet beslutningen. I det omfang Energistirelsens kompetence ikke følger direkte af § 2, stk. 4, har Energistyrelsen fået delegeret kompetencen til at træffe afgørelse i henhold til konkurrencelovens § 2, stk. 4. På baggrund af Konkurrencestyrelsens anmodning om en utvetydig afgørelse af, hvorvidt konkurrencebegrænsningen er omfattet af konkurrencelovens § 2, stk. 2, eller ej, har Energistyrelsen vurderet sagen på ny. Energistyrelsen konkluderer, at det er en direkte eller nødvendig følge af den offentlige regulering på energiområdet, at 1991-aftalen og 1994-aftalen løber til 8. juli 2012. Energistyrelsen konkluderer endvidere, at optionsaftalens 10-årige løbetid er en direkte eller nødvendig følge af den offentlige regulering på energiområdet."

Ved sagens efterfølgende behandling ved Konkurrenceankenævnet ændrer parterne påstande. Her er det dog blot relevant at hæfte sig ved, at: "*Parterne er enige om, at Energistyrelsen ved skrivelse af 13. oktober 1999 har truffet afgørelse om, at det er en direkte og nødvendig følge af den offentlige regulering på energiområdet, at 1991-aftalen og 1994-aftalen løber til den 8. juli 2012, og at Konkurrencerådet efter kompetencefordelingen i konkurrencelovens § 2, stk. 4, jf. stk. 2, er forpligtet til at lægge Energistirelsens afgørelse uprøvet til grund, idet en eventuel prøvelse af det materielle indhold af Energistirelsens afgørelse kun kan ske ved domstolene. EK Energi (tidligere Elkraft) og Elsam indtrådte forud for Energistirelsens afgørelse af 13. oktober 1999 i sagen til støtte for Konkurrencerådet, der oprindeligt påstod stadfæstelse. Disse selskaber har opretholdt deres status som biintervenienter efter Konkurrencerådets ændrede påstand, men herved bemærket, at elværkerne ikke er enige i, at Konkurrencerådet ikke skulle have kompetence til at tage stilling til andet end aftalernes løbetid efter den 8. juli 2012, og forbeholder sig i givet fald at tage skridt til en retslig prøvelse af dette spørgsmål."*

Ankenævnet hjemviser herefter sagen til fornyet behandling i Konkurrencerådet med følgende begrundelse: "*Den påklagede afgørelse indeholder ingen redegørelse for spørgsmålet om fritagelse, for så vidt angår en periode efter den 8. juli 2012, som efter Energistirelsens afgørelse af 13. oktober 1999 er det tidspunkt, som aftalerne efter lovgivningen uopsigeligt skal løbe til. Den påklagede afgørelse indeholder heller ikke en sådan begrundelse for udløb i henholdsvis 2001 og 2004, som kan anses for på nogen måde at være fyldestgørende, hverken i henseende til den trufne afgørelse eller i henseende til den for Ankenævnet af Konkurrencerådet nedlagte påstand. Ankenævnet ophæver derfor den påklagede afgørelse og hjemviser sagen til fornyet behandling."*

Allerede disse blot tre sager demonstrerer, at anvendelsen af KRL § 2 ikke er helt ukompliceret. Det kan opsummeres, at Konkurrenceankenævnet i Dansk Naturgas-sagen opstiller krav om, at KRL § 2, stk. 4-afgørelser fra rette myndighed skal foreligge i utvetydig form og at det fremgå, hvad rette myndigheds kompetence er til at træffe sådan afgørelse. Ved en utvetydig afgørelse må forstås en formulering i retning af følgende: "Konkurrencebegrænsning X er (ikke) en direkte eller nødvendig følge af den offentlige regulering Y". Omvendt synes fortolkningsbidrag fra rette myndighed holdt

i mere generelle vendinger ikke umiddelbart at kunne opfylde dette utvetydighedskrav. Dansk Naturgas-sagen illustrerer iøvrigt, hvor stor betydning kompetenceforskriften i KRL § 2, stk. 4, i praksis kan være for en sags udfald. Det kan endvidere opsummeres, at de første to sager - vedrørende NESAs og Dansk Energiselskabers Forening - illustrerer en vanskelig problematik vedrørende kompetenceafgrænsningen mellem Konkurrencerådet og Elprisudvalget.

2.2.2. Konkurrencerådsafgørelser

En række sager, der i mere eller mindre høj grad behandler KRL § 2, har allerede på indeværende tidspunkt været til afgørelse i Konkurrencerådet. I det følgende gennemgås i alt seksten sager, der er udpeget til at være af relevans for nærværende undersøgelse. Det skal bemærkes, at sagerne om NESAs, Danske Energiselskabers Forening samt Dansk Naturgas, ikke behandles her på konkurrencerådsniveau, idet der henvises til analysen ovenfor under Konkurrenceankenævnskendelser (afsnit 2.2.1.). Der lægges vægt på at undersøge, om rette myndighed adspørges i henhold til KRL § 2, stk. 4, og om der i givet fald kan antages at foreligge en såkaldt utvetydig afgørelse af KRL § 2, stk. 2-spørgsmålet, jf. Konkurrenceankenævnets kendelse i sagen om Dansk Naturgas.

Den første sag, som bør nævnes som værende af en vis betydning for nærværende analyse, er sagen om Dansk Landbrugs Realkreditfonds (DLR) aftaler med henholdsvis Danske Kredit Realkreditaktieselskab, Realkredit Danmark (RD) og Unikredit Realkreditaktieselskab om samarbejde i forbindelse med optagelse af lån i landbrugsejendomme.⁵²⁾ De pågældende aftaler findes ikke at falde ind under KRL § 6, stk. 1. Imidlertid konstateres det, at DLR's lovbestemte monopol på at yde lån på grundlag af udstedelse af realkreditobligationer i intervallet 45-70 pct. af landbrugsejendommens værdi, jf. Lov om Dansk Landbrugs Realkreditfond, udgør et konkurrencebegrænsende element.

Det anføres iøvrigt i indstillingens afsnit 4.2: "*Efter konkurrenceloven § 2, stk. 5 kan Konkurrencerådet rette henvendelse til Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri, om de mulige skadelige virkninger loven har og komme med forslag til at fremme konkurrencen på området. Der er ikke i dette notat taget særskilt stilling til denne problematik.*" En KRL § 2, stk. 5-henvendelse forudsætter, at der foreligger en konkurrencebegrænsning, jf. KRL § 2, stk. 2. At en KRL § 2, stk. 4-henvendelse

⁵²⁾ Jf. DLR's aftaler med andre realkreditinstitutter, Afgjort den 30.09.1998, J.nr. 2:8032-54, -55 og -56.

ikke er taget i anvendelse skyldes antageligvis en vurdering af, at konkurrencebegrænsningen så åbenbart er affødt af offentlig regulering.

Den næste sag af relevans vedrører Dansk Tipstjeneste.⁵³⁾ I denne sag vurderer Konkurrencestyrelsen i forbindelse med sit sagsforberedende arbejde for Konkurrencerådet, at der ikke kan opnås beskyttelse i henhold til KRL § 2. Sagsfremstillingen er blevet fremsendt til høring hos den kompetente myndighed, der ikke har fremsendt bemærkninger hertil. Når de givne oplysninger lægges til grund, kan det således konstateres, at den kompetente myndighed ikke eksplicit er blevet spurgt om at fremkomme med sin afgørelse af, hvorvidt konkurrencebegrænsningen er omfattet af KRL § 2, stk. 2, jf. stk. 4. Således foreligger der i sagens natur heller ikke en utvetydig afgørelse fra rette myndighed af, hvorvidt den nævnte konkurrencebegrænsning er omfattet af KRL § 2, stk. 2.

Sagen vedrører generelt en klage fra Muskelsvindfonden over en aftale mellem Dansk Tipstjeneste og producenten af skrabelodder, BABN. Aftalen indeholder en klausul om meddelelesespligt, der forpligter BABN til at anmelde indgåelsen af aftaler med konkurrenter til Dansk Tipstjeneste og ydermere giver Dansk Tipstjeneste ret til i givet fald at afslutte kontraktsforholdet. Klausulen kan derfor hindre konkurrenter i at få produceret skrabelodder hos BABN. Dansk Tipstjeneste begrundede klausulen med, at den har til formål at forhindre konkurrerende virksomheder i at nyde godt af de oplysninger, som BABN kommer i besiddelse af i kraft af samarbejdet med Dansk Tipstjeneste. Konkurrencerådet finder imidlertid, at den pågældende klausul er i strid med KRL § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 2. I henseende til KRL § 2, stk. 2 anføres det i sagen: *“De af Dansk Tipstjeneste angivne lovområder, der regulerer markedet for skrabespil i Danmark, vedrører forhold som udstedelse af bevillinger, afgiftsforhold, formkrav mv. Nærværende konkurrencebegrænsning ses ikke at være en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering. Sagsfremstillingen er blevet fremsendt til høring i Skatteministeriet, der ikke har fremsendt bemærkninger hertil.”*

Den tredje relevante sag vedrører lufthavnsafgifterne i Københavns Lufthavne.⁵⁴⁾ Denne sag er karakteriseret ved, at rette myndighed i medfør af KRL § 2, stk. 4, anmodes om at tage stilling til, om der er tale om en konkurrencebegrænsning, der er en direkte og nødvendig følge af offentlig regulering. Rette myndighed besvarer dette bekræftende i utvetydige vendinger. Den pågældende konkurrencebegrænsning finder således sin beskyttelse bag KRL § 2, stk. 2.

⁵³⁾ Jf. Klage over Dansk Tipstjeneste, Afgjort den 28.10.1998., J.nr. 2:801-153.

⁵⁴⁾ Jf. Lufthavnsafgifterne i Københavns Lufthavne, Afgjort den 16.12.1998, J.nr. 2:800-57.

Mere generelt vedrører sagen en forhøjelse af lufthavnsafgifterne i Københavns Lufthavne A/S (KLH) med 15% fra den 1. januar 1999. Ved brev af 8. september 1998 ansøger KLH Trafikministeriet om en godkendelse af takstforhøjelsen og udarbejder hertil et udkast til et nyt takstregulativ, hvor alle afgifter er forhøjet med 15%. Trafikministeriet godkender i brev af 30. oktober 1998 KLH's ansøgning om takstforhøjelsen. Det fremgår af sagsfremstillingen, at der ikke foreligger hjemmel for KLH til egenhændigt at ændre lufthavnsafgifterne, da afgiftsforhøjelserne skal godkendes af trafikministeren. Endvidere fremgår det, at de af trafikministeren godkendte takster som hovedregel ikke kan fraviges. Specifikt om KRL § 2, stk. 2-problematikken anføres følgende i sagsfremstillingen: *"I medfør af konkurrencelovens § 2, stk. 4, har Konkurrencestyrelsen ved brev af 30. september 1998 anmodet Trafikministeriet om at tage stilling til, om en godkendelse af de varslede afgiftsforhøjelser for Københavns Lufthavne A/S - og de i den forbindelse angivne retningslinier for beregning af en afgiftsforhøjelse - er en direkte eller nødvendig følge af offentlig[] regulering, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 2. Ved brev af 7. oktober har Trafikministeriet svaret, at 'Trafikministeriets godkendelse af de varslede afgiftsforhøjelser og de i den forbindelse angivne nærmere regler for beregning af eventuelle afgiftsstigninger i et nyt takstregulativ for KLH vil have status som en offentlig regulering, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 2". Dette falder Konkurrencerådet noget for brystet, der således i brev til Trafikministeriet anbefaler, at: ...luftfartslovens § 71 ændres således, at både principperne for fastsættelse af takster for luftfartsselskabers anvendelse af danske lufthavne og myndighedsopgaverne herom overgår til regulering efter den almindelige konkurrencelovgivning, hvorved dobbeltrollen som hovedaktionær og myndighed for så vidt angår Københavns Lufthavne A/S således undgås."*⁵⁵⁾

Den fjerde sag vedrører aftagepligt for eldistributionsselskaber.⁵⁶⁾ Når de givne oplysninger lægges til grund, forekommer vurderingen af, om KRL § 2, stk. 2, kan bringes i anvendelse at være foretaget af Konkurrencestyrelsen selv i forbindelse med sit sagsforberedende arbejde for Konkurrencerådet, idet rette myndighed ikke synes at være blevet hørt i henhold til KRL § 2, stk. 4.

Sagen vedrører en anmeldelse fra i/s Sjællandske Kraftværker (SK) af en vedtægtsbestemt aftageforpligtelse. SK ejes af Frederiksberg Kommune, NESA, NVE og SEAS Transmission. Ejerne kan som interessenter ifølge vedtægterne ikke uden bestyrelsens samtykke producere eller aftage elektricitet fra andre end SK. Aftageforpligtelsen er at sidestille med en eksklusivforpligtelse og findes at udgøre en konkurrencebegrænsning i medfør af KRL § 6, stk. 1. Specifikt i henseende til KRL § 2, stk. 2, anføres det i begrundelsen: *"Elsektoren er i dag reguleret gennem en omfattende sektorlovgivning, først og fremmest elforsyningsloven. Det fremgår af konkurrencelovens § 2, stk. 2, at reglerne i lovens kapitel 2 og 3 ikke gælder, hvis en konkurrencebegrænsning*

⁵⁵⁾ Trafikministeren har i et svar til Folketingets Trafikudvalg i forlængelse af Konkurrencerådets udtalelse oplyst, at der ikke er planer om at ændre luftfartslovens § 71.

⁵⁶⁾ Jf. i/s Sjællandske Kraftværker - aftagepligt for eldistributionsselskaber, Afgjort den 27.01.1999, J.nr. 2:8032-131.

er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering. Det fremgår af elforsyningsloven jf. § 9c, at distributionsvirksomheder med en årlig afsætning på mindst 100 gigawatt-timer kan indgå aftaler om køb af elektricitet med elproduktionsvirksomheder med en årlig produktion på mindst 100 gigawatt-timer. Alle de omhandlede distributionsselskaber opfylder 100 Gwh-kravet. Sektorlovgivningens bestemmelser pålægger ikke de nævnte distributionsselskaber at aftage el til videresalg fra nogen bestemt leverandør. Konkurrencelovens § 2, stk. 2, kan derfor ikke bringes i anvendelse i den aktuelle sag."

Den femte sag er SEAS Transmission A/S-sagen.⁵⁷⁾ I sagen adspørges rette myndighed vedrørende KRL § 2, stk. 2-spørgsmålet og fremkommer med en relativt utvetydig udtalelse herom.

Sagen indledes på grundlag af SEAS Transmission A/S' anmeldelse af en aktionæroverenskomst. En af bestemmelserne heri, § 8, er konkurrenceretligt betragtet problematisk, idet selskabets ti ejere forpligter sig til gensidigt ikke at levere elektricitet til forbrugerne i de andre ejeres respektive forsyningsområde. I vurderingen af denne bestemmelse sondres mellem den fysiske levering (netydelser) og det finansielle salg. Det anføres således: *"I elforsyningsloven § 5a er anført, at eldistributionsvirksomhederne skal tilvejebringe en tilstrækkelig og sikker forsyning til at dække behovet i deres forsyningsområde. Loven indeholder således bestemmelser om pligt til fysisk levering af elektricitet. Da distributionsnettet i det enkelte forsyningsområde ejes af forsyningen, der har leveringspligt, bliver der samtidig tale om en leveringsret, idet det ikke er realistisk at forestille sig, at der etableres nye net, selv om elforsyningsloven ikke hindrer dette. Da elforsyningsloven indeholder bestemmelser, der regulerer den fysiske levering af elektricitet, udelukker konkurrencelovens § 2, stk. 2, rådet fra at stilling til markedsopdelingen med hensyn til netydelser. Energistyrelsen har i sagen afgivet en udtalelse om forholdet er omfattet af konkurrencelovens § 2, stk. 2. Af besvarelsen fremgår, at Energistyrelsen ikke generelt finder, at sektorlovgivningen sonderer mellem salg af netydelser (den fysiske levering af elektricitet inden for et geografisk afgrænset område) og såkaldt finansielt salg. I høringssvaret konkluderes, 'at den i SEAS A/S' vedtægter nævnte bestemmelse om, at ejerne forpligter sig gensidigt til ikke at levere elektricitet til forbrugerne i de andre ejeres respektive forsyningsområder alene vedrører spørgsmålet om, hvorvidt ejerne i deres egenskab af mellemmænd kan formidle direkte aftaler om køb af elektricitet mellem en produktionsvirksomhed eller en udenlandsk leverandør og en forbruger i en anden ejers forsyningsområde, som i henhold til elforsyningsloven frit kan vælge leverandør. Dette forhold er ikke reguleret af sektorlovgivningen på elområdet."*

På dette grundlag findes forholdet vedrørende den fysiske levering at være omfattet af KRL § 2, stk. 2: *"For så vidt angår netydelser, indeholder elforsyningsloven bestemmelser som regulerer dette område. Med elforsyningslovens § 9 d er fastsat bestemmelser om netadgang. I § 9 d, stk. 7 har Miljø- og Energiministeren fået bemyndigelse til fastsættelse af grænseværdier for netadgang og fastsætte nærmere*

⁵⁷⁾ Jf. SEAS Transmission A/S - aktionæroverenskomst, Afgjort den 28.04.1999, J.nr. 2:8032-277.

regler om omfanget af bestemmelserne i § 9d. Netydelser findes derfor at være omfattet af undtagelsesbestemmelsen i konkurrencelovens § 2, stk. 2."

Hvad angår det finansielle salg findes dette ikke at være beskyttet ved KRL § 2, stk. 2, og det anføres således i vurderingen: *"Aftalen er indgået mellem 10 aktionærer om deling af detailmarkedet for elektricitet inden deres respektive forsyningsområder, idet de har forpligtet sig til ikke at levere elektricitet til forbrugerne i de andre ejeres forsyningsområder. For så vidt dette vedrører det finansielle salg, er der tale om en markedsdelingsaftale, der direkte har til følge, at der er fravær af konkurrence. Dette er bekræftet af SEAS, der bl.a. oplyser, at der ikke er adgang for eldistributionsvirksomheder til at foretage direkte salg af elektricitet til forbrugere beliggende i en anden eldistributionsvirksomheds område. På denne baggrund må gælde, at aftalen falder ind under konkurrencelovens § 6, stk. 1."*

Sagen om bus/tog-samarbejdet - den sjette i denne analyses sagsrække - er et eksempel på en sag, hvor Konkurrencestyrelsen i sin indstilling til Konkurrencerådet finder det åbenbart, at beskyttelse i henhold til KRL § 2, stk. 2, ikke er aktuel.⁵⁸⁾

Således anføres det i indstillingens afsnit 4: *"[Det] konstateres, at aftalekomplekset består af frivillige privatretlige aftaler, hvor konkurrencebegrænsningerne ikke efter det oplyste kan betragtes som direkte eller nødvendige følger af offentlig regulering, jf. lovens § 2, stk. 2."*

Den syvende sag af betydning for nærværende problemfelt er sagen om Danske Mejeriers Mælkeudvalg, hvor fortolkningen af KRL § 2, stk. 2, foretages af Konkurrencestyrelsen i forbindelse med sit sagsforberedende arbejde for Konkurrencerådet uden involvering af rette myndighed, jf. KRL § 2, stk. 4.⁵⁹⁾

Sagen initieres ved Mejeriforeningens anmeldelse af et aftalekompleks for Danske Mejeriers Mælkeudvalg. Dette udvalgs opgaver er knyttet til EU's mælkekvoter. Som led heri er Mælkeudvalget godkendt som opkøber af mælk fra mælkeproducenterne til mejerier. Mejerierne indtegner sig ved aftale hos Mælkeudvalget, og Mælkeudvalget står herefter for opkøbet fra de leverandører, der har en kvote og som har aftale med det pågældende mejeri. I henseende til KRL § 2 anføres det i vurderingen, at *"[m]ælkeudvalgets aftalekompleks samt administration vedrører bl.a. økonomiske aktiviteter i forbindelse med køb af mælk til forsyning af mejerier. Forholdene er dermed omfattet af konkurrenceloven, jf. kl § 2. Mælkeudvalgets administration af kvoteordningen (tildeling og omfordeling af kvoter mv.) sker efter regler fastsat med hjemmel i offentlig regulering - bkg. nr. 190 af 23. marts 1999 med senere ændringer samt Kfo. 536/93. Disse regler og administration af dem er derfor ikke omfattet af*

⁵⁸⁾ Jf. Bus/tog samarbejdet, Afgjort den 28.04.1999, J.nr. ikke angivet.

⁵⁹⁾ Jf. Danske Mejeriers Mælkeudvalg, Afgjort den 25.08.1999, J.nr. ikke angivet.

kap. 2 og 3 i konkurrenceloven, jf. kl. § 2, stk. 2, 1. pkt. Opgaven som opkøber af mælk er fastlagt ved bekendtgørelsen (jf bkg. § 3 og Rfo. 3950/92) og dermed ligeledes undtaget fra kap. 2 og 3 i konkurrenceloven. Mælkeudvalgets øvrige virksomhed, herunder aftalen med mejerierne og administrationen af aftalerne er ikke omfattet af særskilt offentlig regulering, og evt. regler og adfærd vil dermed kunne prøves i forhold til konkurrencelovens § 6, respektive konkurrencelovens § 11." Sagen udmunder i, at bestemmelser i aftalekomplekset vedrørende hindring af ikke-danske mejeriers opkøb af mælk gennem Mælkeudvalget samt hindring af mejerier i at skifte opkøber, før der er forløbet 12-24 måneder, påbydes ophævet.

Den ottende relevante sag vedrører en aftale mellem Amtsrådsforeningen og Falck.⁶⁰⁾ I denne sag foretages en KRL § 2, stk. 4-henvendelse. På grundlag af de foreliggende oplysninger er denne myndigheds svar af utvetydig karakter: forholdet anses ikke for at være omfattet af KRL § 2, stk. 2, selv om myndigheden iøvrigt er af den opfattelse, at der er tale om en fordelagtig ordning. Særreglen i KRL § 2, stk. 2, 2. pkt., tages iøvrigt også i anvendelse i denne sag.

Sagen vedrører en vejledende aftale indgået mellem Amtsrådsforeningen og Falck for så vidt angår udfærdigelsen af en standardoverenskomst. Aftalen indeholder bl.a. en bestemmelse, som kun i ganske særlige tilfælde tillader amterne at overlade udførelsen af kørslen til andre.

Om KRL § 2, stk. 2-problematikken anføres følgende: "*Det følger af sygehuslovens §§ 6, stk. 1, 8 og 10a, at amterne har en forpligtelse til at stille befordring med ambulance eller særligt sygekøretøj til rådighed for borgerne. Det følger endvidere af ambulancebekendtgørelsen, at amterne kan vælge at etablere ambulancetjeneste med egne ambulancer eller ambulancer stillet til rådighed af andre amtskommuner, kommuner eller private. Ambulancebekendtgørelsen stiller endvidere en række indholdsmæssige krav til ambulancebetjeningen. På denne baggrund finder Konkurrencestyrelsen, at amterne er pålagt befordringsopgaven i henhold til lov, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 2, 1. pkt. Konkurrencestyrelsen finder imidlertid ikke, at det er en direkte eller nødvendig følge af hverken sygehusloven eller ambulancebekendtgørelsen, at amterne varetager denne befordringsopgave ved at overlade det til Amtsrådsforeningen at udfærdige en standardaftale, som er beregnet til at udgøre grundlaget for de enkelte amters og Falcks indbyrdes aftaler om varetagelse af ambulancebefordringen i amtet. Endvidere finder Konkurrencestyrelsen ikke, at det er hverken hensigtsmæssigt eller nødvendigt for at varetage befordringsopgaven, at standardaftalen indeholder bestemmelser, som kan forstås således, at formålet med standardaftalen er at overlade Falck eneretten til at drive befordringsvirksomhed, og at andre entreprenørers mulighed for at kontrahere med amterne kun undtagelsesvist skal forekomme (aftalens § 1, stk. 2). På den baggrund finder Konkurrencestyrelsen, at aftalen ikke er en direkte og nødvendig følge af offentlig regulering, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 2, 1. punktum.*

⁶⁰⁾ Jf. Aftale mellem Amtsrådsforeningen og Falck, Afgjort den 27.10.99, J.nr. ikke angivet.

I sagen fremgår det, at Sundhedsministeriet anmodes om at fremkomme med sin vurdering af, om rammeaftalen kan betragtes som en direkte eller nødvendig følge af sygehusloven. Svaret gengives således: "...ministeriet anfører, at der er en række fordele ved aftalen, idet amterne ikke individuelt skal forhandle med Falck, og fordi amterne er sikret en entreprenør til varetagelse af ambulanceopgaven. Sundhedsministeriet påpegede endvidere, at aftalens § 1, stk. 2 efter ministeriets opfattelse åbnede mulighed for andre operatører. Imidlertid er Sundhedsministeriet enig med Konkurrencestyrelsen i, at aftalen ikke er en direkte eller nødvendig følge af den offentlige regulering."

Endelig henledes i sagsfremstillingen opmærksomheden på særreglen i KRL § 2, stk. 2, 2. pkt.: "... der gælder den yderligere regel for kommunalt eller amtslige fastsatte konkurrencebegrænsninger, at de, såfremt de er en direkte eller nødvendig følge af lov, skal være således indrettet, at de er udtryk for den mindst mulige konkurrencebegrænsning, der er nødvendig for at løse de pålagte pålagte opgaver. Sammenfattende finder styrelsen således, at aftalen hverken er omfattet af bestemmelserne i konkurrencelovens § 2, stk. 2, 1. punktum eller § 2, stk. 2, 2. punktum, og at aftalen dermed er omfattet af konkurrencelovens forbudsbestemmelser."

Den niende sag som bør nævnes i denne sammenhæng vedrører skorstensfejning.⁶¹⁾ Denne sag er karakteriseret ved, at den rette myndighed adspørges i h.t. KRL § 2, stk. 4. Dennes vurdering forekommer efter de af sagsfremstillingen givne oplysninger ikke at være af absolut utvetydig karakter. Iøvrigt er sagen interessant, fordi KRL § 2, stk. 2, 2. pkt., tages i anvendelse.

Sagen initieres ved Kommunernes Landsforenings (KL) anmeldelse af standardaftale om skorstensfejning og af vejledende gebyrer for denne form for arbejde. Aftalen er indgået mellem KL og Skorstensfejerlauget. Aftalen anvendes mellem KL's medlemskommuner og skorstensfejerne. Tre forhold findes at have konkurrenceretlig interesse. Det ene drejer sig om en tidsubestemt tildeling af bestemte geografiske områder, det andet om anvendelsen af vejledende gebyrer og det tredje om grundgebyrer for kontrolmåling af mindre oliefyrt. Førstnævnte to forhold påbydes ophævet, hvorimod det tredje forhold findes at være beskyttet i henhold til KRL § 2, stk. 2.

Om den offentlige regulering af relevans i henseende til KRL § 2, stk. 2, anføres det nærmere i sagsfremstillingen: "Af byggelovens § 15 fremgår, at 'By- og boligministeren kan fastsætte nærmere regler om rensning af skorstene og røgkanaler samt eftersyn i bygninger, hvori der er indrettet ildsteder. Der kan tillige fastsættes regler for, hvem der kan forestå arbejdet og de pågældende ansættelsesforhold, arbejdets tilrettelæggelse, samt hvorledes der skal reageres ved konstaterede mangler ved en ejendom'. Det fremgår endvidere af byggelovens § 28, stk. 3, at 'By- og boligministe-

⁶¹⁾ Jf. Standardaftale om skorstensfejning samt vejledende gebyrer for skorstensfejarbejde, Afgjort den 15.12.1999, J.nr. 2:8032-227, 2:8032-228. Denne sag refereres efterfølgende til som "den første skorstensfejnings-sag".

ren kan fastsætte nærmere regler om gebyrer for de foranstaltninger, der iværksættes i medfør af § 4A, § 6, stk. 3, og § 15'. I medfør af disse bestemmelser har by- og boligministeren i § 1 i bekendtgørelsen nr. 239 af 27. april 1993 fastsat, at '§1. Kommunalbestyrelsen skal sørge for, at lovpligtigt skorstensfejerarbejde tilbydes kommunens borgere. stk. 2 Kommunalbestyrelsen træffer afgørelse om, hvorledes pligten til at tilbyde borgerne det lovpligtige skorstensfejerarbejde nærmere skal tilrettelægges. Der kan herunder træffes aftaler om samarbejde mellem flere kommuner. stk. 3 Lovpligtigt skorstensfejerarbejde skal udføres af faglærte personer, der har bestået skorstensfejerlaugets svendeproeve eller mesterskole eller anden tilsvarende uddannelse.'"

Konkurrencestyrelsen lægger herefter til grund i sin sagsfremstilling forelagt Konkurrencerådet: *"Det fremgår ikke af de omhandlede bestemmelser, at kommunerne skal tilrettelægge skorstensfejningen på en sådan måde, at der etableres konkurrencebegrænsninger i form af geografiske enerettigheder eller i form af ensartede vejledende gebyrer for alle kommunerne under ét. Da disse konkurrencebegrænsninger, som fastsættes af kommunalbestyrelserne, efter Konkurrencestyrelsens vurdering, ikke er nødvendige for, at kommunalbestyrelserne kan opfylde de opgaver de er pålagt i henhold til lovgivning, gælder reglerne i konkurrencelovens kapit[e]l 2 og 3 i fuldt omfang, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 2, 2. punktum."*

Det fremgår, at Konkurrencestyrelsen i sagen finder anledning til at tage KRL § 2, stk. 4, i anvendelse: *"Konkurrencestyrelsen har i medfør af konkurrencelovens § 2, stk. 4 ved brev af 3. november 1999 anmodet By- og boligministeriet tage stilling til, om de omhandlede konkurrencebegrænsninger er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 2. By- og boligministeriet har ved brev af 1. december 1999 meddelt, at de omhandlede konkurrencebegrænsninger ikke er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, idet det anføres, at 'Det er efter skorstensfejerbekendtgørelsen den enkelte kommunalbestyrelse, der har kompetencen til at beslutte den nærmere organisering. Den enkelte kommunalbestyrelse har derfor også haft mulighed for at vælge andre løsninger, som er forenelige med hensynene bag reguleringen'. Grundgebyrerne for skorstensfejerens kontrolmåling af mindre oliefyre, tillige indeholdt i de mellem KL og SFL aftalte vejledende gebyrer, er dog undtaget konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. § 2, 1. punktum, idet disse grundgebyrer er direkte fastsat i medfør af offentlig regulering [jf. tidligere uddybning]"*

Den tiende sag drejer sig ligeledes om skorstensfejning. Denne gang er to konkrete aftaler indgået i Roskilde kommune i fokus.⁶²⁾ Det er således anvendelsen af KRL § 2, stk. 2, 2. pkt., som er central for sagen. Det fremgår af sagsfremstillingen, at den antageligvis rette myndighed, jf. KRL § 2, stk. 4, Roskilde kommune, øjensynligt blot er blevet forelagt en kopi af

⁶²⁾ Jf. Anmeldelse af aftale om skorstensfejning i Roskilde Kommune, Afgjort den 15. 12. 1999, J.nr. 2:8032-102. Denne sag refereres efterfølgende til som "den anden skorstensfejnings-sag".

sagsfremstillingen - hvoraf det fremgår, at By- og boligministeriet har udtalt sig - og altså ikke konkret er blevet anmodet om en KRL § 2, stk. 4-udtalelse. Kommunen har herefter meddelt, at den ingen kommentarer har til denne kopi af sagsfremstillingen. Der er således tale om anvendelse af en mere indirekte spørgeform. Det fremgår, at de tre skærpede betingelser, der er opstillet i henhold til KRL § 2, stk. 2, 2. pkt., nemlig fastsættel-ses-, nødvendigheds- og pålæggelseskriteriet, ikke er genstand for en mere nøje behandling. Fortolkningskriterier vedrørende disse kan derfor ikke nærmere udledes.

Sagen indledes ved Roskilde Kommunes anmeldelse af to aftaler om skorstensfejning i kommunen. Disse vedrører udførelsen af lovpligtig skorstensfejning og brandpræventivt eftersyn. I sagen findes aftalernes vilkår om tildeling af bestemte geografiske områder på eksklusiv basis at være omfattet af forbudet i KRL § 6. Beskyttelse i henhold til KRL § 2, stk. 2, er ikke mulig. I sagsfremstillingen vedrørende KRL § 2, stk. 2, gengives § 1 i by- og boligministeriets bekendtgørelse nr. 239 af 27. april 1993.⁶³⁾ Herefter anfører Konkurrencestyrelsen i den sagsfremstilling, der er tilvejebragt Konkurrencerådet som beslutningsgrundlag, at: *"Det fremgår ikke af bestemmelsen, at kommunerne skal tilrettelægge skorstensfejningen på en sådan måde, at der etableres konkurrencebegrænsninger i form af geografiske områdeopdelinger. Styrelsen anser det for en unødvendig konkurrencebegrænsning, at Roskilde Kommune tilrettelægger skorstensfejningen ved anvendelse af eksklusive områdeopdelinger. Tilrettelæggelsen af opgaven kan eksempelvis ske ved at udbyde retten til skorstensfejning i en tidsbegrænset periode (eksempelvis 3-5 år) eller ved at overlade opgaven til flere skorstensfejere, som skorstensejerne derefter frit kan vælge imellem. Styrelsen finder ikke, at en sådan omstrukturering af skorstensfejningen vil være til hinder for kommunens tilrettelæggelse af lovpligtig skorstensfejning eller skorstensfejerens opfyldelse af miljø- og sikkerhedskrav omkring skorstensfejning."* Derefter henvises til brev fra By- og boligministeriet (gengivet under den første skorstensfejnings-sag ovf.) og det konkluderes: *"Da denne konkurrencebegrænsning, som fastsættes af kommunalbestyrelserne, ikke er nødvendig for, at kommunalbestyrelserne kan opfylde de opgaver de er pålagt i henhold til lovgivning, gælder reglerne i konkurrencelovens kapit[el] 2 og 3 i fuldt omfang, jf konkurrencelovens § 2, stk. 2, 2. punktum. Roskilde Kommune har ved brev af 8. november meddelt Konkurrencestyrelsen, at kommunen ingen bemærkninger har til defn] fremsendte kopi af sagsfremstillingen."*

Den ellefte sag drejer sig om UBOD.⁶⁴⁾ Der er her tale om en af de mere ordknappe sager i henseende til KRL § 2, stk. 2. Der foretages ikke en KRL § 2, stk. 4-henvendelse til rette myndighed. Desuagtet vurderes der til dels at foreligge et KRL § 2, stk. 2-forhold.

⁶³⁾ Se den første skorstensfejnings-sag herom ovf.

⁶⁴⁾ Jf. Overenskomst for UBOD og aftale mellem UBOD og Copy-Dan Kabel TV, Afgjort den 15. 12. 1999, J.nr. 2:8032-2, 2:8032-1105.

Sagen vedrører for det første en overenskomst for UBOD og for det andet en aftale mellem UBOD og Copy-Dan Kabel TV. UBOD er en sammenslutning mellem diverse radiofonier. Overenskomsten koordinerer radiofoniernes rettigheder med hensyn til kabeldistribution. Aftalen derimod koordinerer administrationen af rettigheder i forbindelse med udsendelse af radio- og TV-programmer via kabel. Endskønt aftalen og overenskomsten anses for at være omfattet af KRL § 6, stk. 1, idet deltagernes mulighed for at forhandle vederlag overfor kabeldistributørerne m.fl. begrænses, tildeles der individuel fritagelse i h.t. KRL § 8, stk. 1. Om KRL § 2, stk. 2-spørgsmålet, anføres blot: *“Overenskomsten og aftalen er ikke en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 2. For så vidt angår blankbåndsvederlag er der imidlertid tale om et lovbestemt vederlag jf. ophavsretslovens § 40. Styrelsen finder derfor ikke anledning til at gå nærmere ind i denne del af overenskomsten.”*

Den tolvte relevante sag i denne analyse er Viterra Energy Services-sagen.⁶⁵⁾ Denne udmærker sig ved, at endskønt den involverede part anmoder derom, finder Konkurrencestyrelsen det ikke fornødent at anmode den rette myndighed om en vurdering i henhold til KRL § 2, stk. 2, jf. stk. 4.

Viterra Energy Services (i det flg. Viterra) er eneleverandør af elektroniske varmemålingsmålere af fabrikatet “Doprino”, som er de eneste målere, som kan anvendes til udskiftning eller supplering af allerede installerede målere i Viterras varmeafregningssystem. Den konkurrenceretlige problemstilling i denne sag angår den omstændighed, at Viterra ved salg af disse varmemålere betinger sig, at virksomheden samtidig får til opgave at forestå varmeafmåling og udfærdigelse af varmeregnskab. Konkurrencerådet beslutter, at denne sammenkædning af varer/ydelser udgør et misbrug af dominerende stilling, jf. KRL § 11, stk. 2, nr. 4.

Viterra gør gældende, at virksomhedens dominerende stilling og eventuelle misbrug heraf er en nødvendig følge af offentlig regulering, jf. KRL § 2, stk. 2, og at KRL kap. 2 og 3 derfor ikke finder anvendelse. Herom anføres i sagens vurderingsafsnit: *“Det er den offentlige regulering udtrykt i kravet om, at der ved udskiftning af varmemålingsmålere, skal anvendes målere af samme fabrikat og type som de allerede installerede, der fastlægger det relevante marked, og som er årsag til, at Viterra får en markedsandel på 100 pct. på det relevante marked. Dette opfatter Viterra som et oplagt tilfælde af et misbrug skabt af en offentlig regulering, der er fastsat for at fremme andre hensyn. Derfor kan Konkurrencerådet ikke træffe afgørelse, førend de kompetente myndigheder på området obligatorisk individuel varmemåling. Bygge- og Boligstyrelsen samt Erhvervsfremmestyrelsen, har taget stilling til, om en given konkret konkurrencebegrænsning er en nødvendig følge af en offentlig regulering.”*

⁶⁵⁾ Jf. Viterra Energy Services' vilkår for salg af varmemålingsmålere, Afgjort den 31.05.2000, J.nr. 2:801-434.

Hertil anføres det videre, jf. sagens vurderingsafsnit, at: "...styrelsen [skal] anføre, at de offentlige regler ganske rigtigt er stærkt medvirkende til, at målerleverandørerne får en dominerende stilling (100 pct.) på eftermarkedet. Men reglerne indebærer på ingen måde, at leverandørerne er tvunget til at gøre levering af varmemålere til udskiftning betinget af, at der tillige udarbejdes et varmeregnskab. Styrelsen har i den konkrete sag ikke fundet det fornødent at spørge Bygge- og Boligstyrelsen eller Erhvervsfremmestyrelsen om dette. I følge konkurrencelovens § 2, stk. 2, gælder forbudene i § 6 mod konkurrencebegrænsende aftaler og i § 11 mod misbrug af dominerende stilling ikke, hvis konkurrencebegrænsningen er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering. Forbudet i konkurrencelovens § 11 retter sig ikke mod den dominerende stilling, som de offentlige regler har skabt i denne sag, men alene mod et misbrug af denne stilling. Denne forbudte konkurrencebegrænsning - misbruget - er ikke en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering og § 2, stk. 2, finder derfor ikke anvendelse."

Den trettende sag, som skal tages under behandling her, angår bindende priser for taxikørsel i Sønderjyllands Amt.⁶⁶⁾ Den myndighed, der har fastsat den omhandlede offentlige regulering, er i dette tilfælde blevet adspurgt i henhold til KRL § 2, stk. 4. Af de i sagen givne oplysninger forekommer det som om, at der kun i henseende til den ene af de ialt tre involverede parter foreligger en utvetydig udtalelse.

Centralt i denne sag, der er indledt på grundlag af en klage, er, hvorvidt bestemmelse i vedtægten for henholdsvis Sønderborg Taxa, Dansk Taxi Forbund og Centralforeningen af Taxiforeninger om bindende takster er i strid med KRL § 6, stk. 1 og 3. Det bestemmes i henhold til taxibekendtgørelsens § 28, at maksimaltakster og eventuelle tillæg til taksterne fastsættes af den enkelte kommune.

I denne forbindelse anføres det i sagsfremstillingen forelagt Konkurrencerådet: "Det vil sige, at enhver bevillingshaver ikke må køre til højere takster end de fastsatte maksimaltakster. Dette betyder dog ikke, at loven påbyder bevillingshaveren at gøre disse takster bindende... Konkurrencestyrelsen finder derfor, at det ikke er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering, at bevillingshavere skal anvende de fastsatte maksimaltakster... Ifølge konkurrencelovens § 2, stk. 4 skal afgørelsen af hvorvidt en konkurrencebegrænsning er omfattet af § 2, stk. 2, træffes af den myndighed, der har fastsat reguleringen, hvilket i dette tilfælde vil sige Færdselsstyrelsen... Styrelsen har modtaget hørings svar fra Færdselsstyrelsen. Færdselsstyrelsen fastslår nederst på s. 2 og øverst s. 3, at taxiloven bygger på det princip, at den enkelte tilladelsesindehaver er selvstændig næringsdrivende, og 'at taksterne for taxikørsel i medfør af lovgivningen alene er fastsat som maksimaltakster, inden for hvilke den enkelte tilladelsesindehaver suverænt og uden styring af nævn og eller bestillingskontor kan fastsætte den takst, han ønsker at køre til.' Endvidere bemærker færdselsstyrelsen, 'at formuleringen af bestemmelsen i § 2, stk.

⁶⁶⁾ Jf. Klage over bindende priser for taxikørsel i Sønderjyllands Amt, Afgjort den 26.04.2000, J.nr. 2:801-455.

I, Love for Sønderjyllands Amts Taxiforening efter Færdselsstyrelsen opfattelse ikke er en direkte eller nødvendig følge af taxilovgivningen.” Intet nævnes i referatet af Færdselsstyrelsens svar om dennes eventuelle bemærkninger til Dansk Taxiforbunds og Centralforeningen af Taxiforeningers vedtægtsbestemmelser. Sagen afgøres herefter med, at de omtvistede vedtægtsbestemmelser anses for at være konkurrencebegrænsende og således påbydes ophævet.

Den fjortende sag drejer sig om retshjælpsforsikring.⁶⁷⁾ I sagen foreligger der - bedømt ud fra de givne oplysninger - en utvetydig udtalelse fra rette myndighed.

Sagen tager sin begyndelse ved Forsikring & Pensions (F&P) anmeldelse af et sæt retshjælpsforsikringsbetingelser. I den konkurrenceretlige vurdering af disse indeholdes vedrørende KRL § 2-problematikken blot følgende passage: *“Justitsministeriet har i medfør af konkurrencelovens § 2, stk. 2, jf. stk. 4, vurderet, at der ikke er tale om en konkurrencebegrænsning, som er en direkte eller nødvendig følge af offentlig regulering.”* Sagens udfald er iøvrigt, at retshjælpsforsikringsbetingelserne findes at være omfattet af forbudet i KRL § 6, stk. 1, jf. KRL § 6, stk. 3, hvorefter bestemmelserne om maksimumsdækning og selvrisiko påbydes ophævet.

Analysens femtende sag vedrører RKI Kreditinformation.⁶⁸⁾ Sagen markerer sig ved, at den påstand frembringes, at en konkurrencebegrænsning kan være en direkte eller nødvendig følge af en given offentlig regulerings “ånd”. Påstanden afvises imidlertid. Rette myndighed adspørges ikke i denne sag i henhold til KRL § 2, stk. 4, men der henvises dog til en knap seks år tidligere skrivelse fra denne.

Sagen vedrører en anmeldt aftale mellem Advokaternes Serviceselskab A/S (Serviceselskabet) og RKI-Kreditinformation A/S (RKI). Aftalen indeholder en række eksklusivbestemmelser. Således forpligter RKI sig til ikke at drive inkassovirksomhed, samt til kun at tilbyde en række ydelser til advokatvirksomheder, som har indgået aftale med RKI. Samtidig forpligtes advokatvirksomheder til ikke at indgå aftaler med eller samarbejde med andre kreditoplysningsbureauer. Endvidere indeholder aftalen visse problematiske prisbestemmelser, således gælder bl.a., at RKI ikke må tilbyde andre advokatvirksomheder priser eller betingelser, som er gunstigere end det, der er aftalt mellem RKI og Serviceselskabet.

Om KRL § 2, stk. 2-spørgsmålet fremgår følgende af vurderingsafsnittet: *“Serviceselskabet har anført, at det må antages at være i registerlovens ånd, at RKI forpligter sig til ikke at drive inkassovirksomhed... Hertil bemærkes, at der ikke i*

⁶⁷⁾ Jf. Retshjælpsforsikringen, Afgjort den 21.07.2000, J.nr. 2:8032-681.

⁶⁸⁾ Jf. Kontrakt mellem RKI Kreditinformation A/S og Advokaternes Serviceselskab A/S, Afgjort den 21.07.2000, J.nr. 2:8032-568.

registerloven eller Lov om inkassovirksomhed findes bestemmelser, som forbyder at kreditoplysningsvirksomheder driver inkassovirksomhed. Hertil kommer, at flere kreditoplysningsvirksomheder som nævnt foran faktisk driver inkassovirksomhed. På denne baggrund finder styrelsen, at der ikke i anden lovgivning findes bestemmelser, som forhindrer at konkurrencelovens kapitel 2 finder anvendelse... Serviceselskabet har gjort gældende, at det vil være i strid med retsplejelovens § 124 og de af Justitsministeriet godkendte regler om god advokatskik, såfremt en advokatvirksomhed drev kreditoplysningsvirksomhed... Styrelsen finder, at det som anført af Serviceselskabet er i strid med retsplejeloven og reglerne om god advokatskik, såfremt en advokatvirksomhed drev kreditoplysningsvirksomhed. Styrelsen har herved navnlig lagt vægt på de synspunkter, som er kommet til udtryk i Justitsministeriets skrivelse af 23. december 1994 til Konkurrencerådet... Det må herefter konkluderes, at de bestemmelser i aftalen mellem RKI og Advokaternes Serviceselskab, som ikke omhandler advokatvirksomhedernes mulighed for at drive kreditoplysningsvirksomhed, skal bedømmes efter reglerne i konkurrencelovens kapitel 2." Sagen afgøres iøvrigt med, at den pågældende aftale påbydes ophævet.

Analysens sidste sag vedrører et aftalekompleks mellem Århus Renholdningsselskab og Århus Kommune.⁶⁹⁾ Af sagsfremstillingen fremgår det, at en nugældende aftale af Århus Kommune vurderes til at være beskyttet af KRL § 2, stk. 2. Endskønt en formel KRL § 2, stk. 4-henvendelse ikke synes at være taget i brug, undlader Konkurrencestyrelsen i sin indstilling til Konkurrencerådet på denne baggrund at tage konkurrenceretlig stilling til denne aftale. En formel henvendelse burde i sagens natur iøvrigt føre til samme resultat, da henvendelsen i givet fald skulle stiles til Århus Kommune, der således både er part i sagen og rette myndighed at spørge. Hvad angår et nyt aftalekompleks, anser Konkurrencestyrelsen det for tilstrækkeligt for vurderingen af hæfte sig ved, at parterne ikke har påberåbt sig en beskyttelse i henhold til KRL § 2, stk. 2. Således er en formel KRL § 2, stk. 4-henvendelse heller ikke i denne situation taget i anvendelse. Årsagen skal antageligvis igen findes i det særlige forhold, at Århus Kommune både er part i sagen og rette myndighed at spørge. Utvetydighedskravet kan imidlertid ikke anses for opfyldt.

Sagen vedrører et aftalekompleks mellem Århus Kommune og Århus Renholdningsselskab om indsamling af affald i kommunen. Aftalekomplekset har til formål frem til år 2006 løbende at konkurrenceudsætte hele indsamlingen af husholdningsaffald. I relation til KRL § 2-problematikken anføres det i indstillingens, jf. afsnit 13, bl.a. om det nugældende aftalekompleks: "Kommunen anser den nuværende aftale for omfattet af konkurrencelovens § 2, stk. 2, og aftalen er dermed efter kommunens opfattelse ikke omfattet af konkurrencelovens forbudsbestemmelser.

⁶⁹⁾ Jf. Anmeldelse af aftalekompleks mellem Århus Renholdningsselskab og Århus Kommune, Afgjort de 21.07.2000, J.nr. 2:8032-1169.

Derimod er indsamling af affald udbudspligtigt efter EU's tjenesteydelsesdirektiv. Aftalen blev imidlertid indgået før direktivets ikrafttrædelse, og er således ikke omfattet af direktivet." Om det nye aftalekompleks anføres det, jf. afsnit 44: "Parterne i aftalekomplekset har i anmeldelsen ikke påberåbt sig, at de indeholdende konkurrencebegrænsninger i aftalekomplekset er omfattet af konkurrencelovens § 2, stk. 2, som derfor ikke finder anvendelse." Sagen afgøres iøvrigt med, at aftalekomplekset tildeles individuel fritagelse i henhold til KRL § 8, stk. 1.

Analysen af de seksten konkurrencerådsafgørelser bekræfter i lighed med analysen af de tre konkurrenceankenævnskendelser, at anvendelsen af KRL § 2 ikke er uproblematisk. Dette er bestemt heller ikke overraskende set i lyset af bestemmelsens komplekse genstand (afgrænsningen mellem konkurrenceloven og politiske beslutninger med konkurrencebegrænsende virkninger) samt iøvrigt set i lyset af den omfattende politiske diskussion forud for KRL's vedtagelse, som netop denne bestemmelse gav anledning til.

Det fremgår, at kun i et fåtal af sager er beskyttelse opnået i henhold til KRL § 2, stk. 2. Det drejer sig først og fremmest om lufthavnsafgifts-sagen, hvor rette myndigheds vurdering i henhold til KRL § 2, stk. 4, blev lagt til grund. Derudover må nævnes Århus Renholdningsselskabs-sagen, hvor et nugældende aftalekompleks blev udeladt fra en konkurrenceretlig vurdering under hensyntagen til det forhold, at parten Århus Kommune - der samtidig ville være rette myndighed at rette en eventuel KRL § 2, stk. 4-henvendelse til - antog aftalekomplekset for at være beskyttet i henhold til KRL § 2, stk. 2. Endelig drejer det sig om DLR-, SEAS-, mælkeudvalgs-, første og anden skorstensfejnings, UBOD- og RKI Kreditinformations-sagerne, hvor gennemgående blot en perifer del af den konkurrencebegrænsende adfærd fandt sin beskyttelse. På dette grundlag kan det således ikke hævdes, at bestemmelsen foranlediger, at forbudene i KRL i endeløse rækker af sager udelukkes fra at blive bragt i anvendelse.

I henseende til begrebet "offentlig regulering" frembringer analysen ikke væsentlige nye fortolkningsbidrag. Det kan dog fremhæves, at RKI Kreditinformations-sagen markerer sig ved, at den påstand frembringes, at en konkurrencebegrænsning kan være en direkte eller nødvendig følge af en given offentlig regulering "ånd". Påstanden afvises imidlertid. Heraf er der dog næppe tilstrækkeligt grundlag for at konkludere, at det aldrig vil forekomme, at der lægges vægt mere generelt på en offentlig reguleringens formål.⁷⁰⁾ Det fremgår iøvrigt af analysen, at den form for offentlig regulering, der har været til vurdering, primært er lovgivning og bekendtgørelser. Herudover henvises i en enkelt sag til visse EU-forordninger (mælkeudvalgs-sagen) og i en anden

⁷⁰⁾ Jf. Levinsen, Kirsten, "Konkurrenceloven", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998, s. 48.

til en myndigheds godkendelse af varslede afgiftsforhøjelser m.m. (luftfavnasafgifts-sagen). Endelig fremhæver rette myndighed i Dansk Naturgas-sagen, at også politiske aftaler mellem Folketingets partier kan omfattes af begrebet "offentlig regulering". Det kan tilføjes, at i Århus Renholdningsselskabs-sagen oplyses ikke, hvilken form for offentlig regulering, som aftalekomplekset anses for beskyttet af.

I henseende til begrebet "konkurrencebegrænsninger" fremgår det, at dette ikke i sig selv har været genstand for en nærmere definition i de undersøgte sager.

I henseende til udtrykket "direkte eller nødvendig følge" fremgår det af analysen, at der generelt ikke sondres mellem begrebet "direkte" følge og begrebet "nødvendig" følge af offentlig regulering. Begreberne ses således gennemgående anvendt i forening. Eksempelvis anføres det i Falck-sagen, at *"På den baggrund finder Konkurrencestyrelsen, at aftalen ikke er en direkte og nødvendig følge af offentlig regulering, jf. konkurrencelovens § 2, stk. 2, 1. punktum."* En enkelt undtagelse er Viterra-sagen, hvor der efter det i sagen oplyste af den indklagede part, Viterra, ikke overraskende kun blev hævdet, at misbruget var en "nødvendig" følge af offentlig regulering, frem for både en "direkte og nødvendig" følge.

I henseende til det af Levinsen frembragte synspunkt om, at hvis den offentlige regulering åbner et vist spillerum for virksomhederne til at indgå eksempelvis konkurrencebegrænsende aftaler, er dette ikke et gyldigt forsvar for virksomhederne at henvise til § 2, stk. 2, 1. pkt.,⁷¹⁾ er dette endnu ikke eksplicit behandlet i praksis. Imidlertid underbygges synspunktet i en vis grad af ræsonnementet i den første skorstensfejnings-sag. I denne anfører rette myndighed således: *"Det er efter skorstensfejerbekendtgørelsen den enkelte kommunalbestyrelse, der har kompetencen til at beslutte den nærmere organisering. Den enkelte kommunalbestyrelse har derfor også haft mulighed for at vælge andre løsninger, som er forenelige med hensynene bag reguleringen."*

I henseende til KRL § 2, stk. 2, 2. pkt., vedrørende det såkaldte vertikale forhold mellem KRL og offentlig regulering (jf. afsnit 2.1.2. ovf.) fremgår det, at kun få sager indtil videre har været forelagt Konkurrencerådet herom. Det drejer sig om Falck-sagen samt de to skorstensfejnings-sager. Hertil kan i princippet føjes sagen om Århus Renholdnings-selskab. I Falck-sagen anføres det, at nødvendighedskriteriet forstås som, at konkurrencebegrænsningen skal være således indrettet, at de er udtryk for den mindst mulige konkurrencebegrænsning, der er nødvendig for at løse de pålagte opgaver. Om de tre

⁷¹⁾ Jf. Levinsen, Kirsten, "Konkurrenceloven", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998, s. 41.

skærpede betingelsers anvendelse forekommer nærmere fortolkningskriterier iøvrigt ikke.

I henseende til kompetenceforskriften i KRL § 2, stk. 4, afslører analysen, at Konkurrencestyrelsen i sit sagsforberedende arbejde på vegne af Konkurrencerådet selv forbeholder sig ret til at vurdere, om det er nødvendigt at spørge rette myndighed. Kun i knap halvdelen af sagerne er rette myndighed formelt blevet adspurgt.⁷²⁾ I et par sager, Dansk Tipstjeneste og den anden skorstensfejnings-sag, er sagsfremstillingen blot blevet fremsendt den antageligvis rette myndighed, uden at denne eksplicit forekommer at være blevet bedt om en formel stillingtagen i henhold til KRL § 2, stk. 4. Endvidere har man i sagen om Århus Renholdningsselskab ladet sig nøje med Århus Kommunes vurdering i forbindelse med sit partsindlæg om, at den nugældende aftale anses for at være beskyttet. I samme sag har man endvidere i henseende til ny aftale lagt vægt på parternes manglende påberåbelse af en KRL § 2, stk. 2-beskyttelse. Endelig har man i en enkelt sag, RKI Kreditinformation, ladet sig nøje med at henvise til en knap seks år tidligere skrivelse fra den relevante myndighed desangående. KRL § 2, stk. 4, fortolkes således ikke helt så bogstaveligt, som en umiddelbar læsning af især bestemmelsens pkt. 1 måske kunne foranledige. Anmodning fra en involveret part om, at en KRL § 2, stk. 4-henvendelse foretages, vil ikke nødvendigvis foranledige Konkurrencestyrelsen i forening med Konkurrencerådet til at ændre standpunkt i denne henseende, jf. Viterra-sagen.

Konsekvensen af denne tilgang til KRL § 2, stk. 4-henvendelser er, at der foreligger sager, hvor det ikke er en ekstern myndighed, men derimod konkurrencemyndigheden selv, der træffer afgørelsen om, hvorvidt en konkurrencebegrænsning er omfattet af KRL § 2, stk. 2. Disse sager har gennemgående som udfald, at beskyttelse i henhold til KRL § 2, stk. 2, ikke opnås for den overvejende del af den konkurrencebegrænsende adfærds vedkommende. Den forekommende frygt for, at eksterne myndigheder i henhold til KRL § 2, stk. 4, fristes til at udnytte denne kompetence til at forfordle sig selv ved vurderingen, må herved siges at være gjort til skamme, da "fristelsen" oftest slet ikke vil blive udstukket disse myndigheder.

Det forhold, at KRL § 2, stk. 4-henvendelser ikke konsekvent foretages i - i yderste konsekvens - samtlige sager, der forelægges Konkurrencerådet til afgørelse, kan et langt stykke henad vejen retfærdiggøres under henvisning til hensynet om at undgå en for bureaukratisk og tidskrævende forvaltningspraksis. Endnu en begrundelse ligger i, at det i størstedelen af sager vil være oplagt,

⁷²⁾ Det drejer sig om sagerne vedrørende Lufthavnsafgift, SEAS, Falck, skorstensfejnning (den første), taxikørsel, samt retshjælpsforsikring.

enten at KRL § 2, stk. 2-beskyttelse ligger uendeligt fjernt fra den givne konkurrencebegrænsende adfærd eller at beskyttelsen er absolut selvindlysende. Endelig kan det synspunkt fremlægges, at 2. pkt. i KRL § 2, stk. 4, indikerer en vis grad af valgfrihed, idet det anføres: "*Retter konkurrencerådet henvendelse til den pågældende myndighed...*", fremfor eksempelvis: "Når konkurrencerådet retter henvendelse...", eller endnu stærkere: "Konkurrencerådet skal rette henvendelse...". Det modsatte synspunkt kan dog også rejses, nemlig at ordlyden ikke er, at "Konkurrencerådet kan rette henvendelse...".⁷³⁾

Det må fremhæves, at selv om behandlingstiden for de enkelte sager i sagens natur bør tilstræbes begrænset mest muligt, kan dette hensyn reelt set ikke være absolut tungtvejende, når det tages i betragtning, at i kraft af indføjjelsen i § 2, stk. 4 - ved KRL 2000 - skal rette myndighed træffe afgørelse senest fire uger fra modtagelsen af Konkurrencerådets henvendelse. Endvidere gælder, at hvad der mere præcist udgør en oplagt sag, jf. umiddelbart ovf., kan give anledning til diskussion. Det skøn, der må antages at være tildelt konkurrencemyndigheden i denne henseende, bør således udøves under iagttagelse af størst mulig forsigtighed for at undgå, at dens troværdighed betvivles og at den oplevede grad af retssikkerhed bringes i fare. I tilfælde af den mindste tvivl forekommer det at være anbefalelsesværdigt hellere at spørge en gang for meget, end en gang for lidt. Under alle omstændigheder bør en fortolkning, der fører til en bebyrdende afgørelse, d.v.s. manglende beskyttelse i henhold til KRL § 2, stk. 2, formentlig i højere grad udvirke, at rette myndighed må spørges.

I henseende til det utvetydighedskrav, som Konkurrenceankenævnet opstillede i Dansk Naturgas-sagen, afslører analysen, at der ikke skeles strikt hertil, endog ikke engang i sager afgjort efter den delkendelse, hvori kravet første gang formuleres.⁷⁴⁾ Ved denne vurdering forstås ved begrebet en

⁷³⁾ Endnu en indikation af at det formentlig aldrig har været lovgivers intention, at rette myndighed kun absolut undtagelsesvist skal adspørges i henhold til KRL § 2, stk. 4, fremgår af det forhold, at kun Konkurrencerådets afgørelser truffet efter KRL § 2, stk. 1 - men ikke efter KRL § 2, stk. 2 og 4 - kan påklages til Konkurrenceankenævnet, jf. KRL § 19. Baggrunden for denne indskrænkede klageadgang forklares af Levinsen: "*Efter § 2, stk. 4, træffes afgørelsen af, hvorvidt en konkurrencebegrænsning er omfattet af § 2, stk. 2, (dvs. loven finder ikke anvendelse) af den myndighed, der har fastsat en konkurrencebegrænsende regulering mv., eller af vedkommende minister, jf. kommentaren ovenfor til § 2. Hermed er såvel Konkurrencerådet som Konkurrenceankenævnet afskåret fra en efterprøvelse heraf, og efterprøvelsen heraf vil i stedet skulle foretages af domstolene.*" Jf. Levinsen, Kirsten, "Konkurrenceloven", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998, s. 280.

⁷⁴⁾ Denne delkendelse blev afsagt den 12.08.1999, hvorefter det kun er de første seks af de analyserede seksten sager (DLR, Dansk Tipstjeneste, Lufthavnsafgift, Eldistributionsafgift, Bus/tog-samarbejdet og SEAS), der er afgjort forinden.

utvetydig afgørelse en formulering i retning af følgende: "Konkurrencebegrænsning X er (ikke) en direkte eller nødvendig følge af den offentlige regulering Y". Omvendt betragtes fortolkningsbidrag fra rette myndighed holdt i mere generelle vendinger ikke umiddelbart at opfylde dette utvetydighedskrav.

3. EU-ret

Som det fremgår af lovbemærkningerne til KRL 98, er tanken bag KRL § 2 at tilstræbe en harmonisering med EU-konkurrencereglerne, hvor Traktatens art. 81 og 82 (tidl. art. 85 og 86) gælder direkte for offentlig virksomhed, jf. Traktatens art. 86 (tidl. art. 90).⁷⁵⁾ ⁷⁶⁾ Billedet er imidlertid langt mere komplekst. Således må også de domstolsskabte doktriner vedrørende samspillet mellem art. 3, stk. 1, litra g, artikel 10, stk. 2, og artikel 81 henholdsvis artikel 82 tages i betragtning (tidl. art. 3, litra g, art. 5, stk. 2 og art. 85 og 86).⁷⁷⁾ Endelig bør art. 96 og 97 (tidl. art. 101 og 102) nævnes. I det følgende redegøres nærmere for anvendelsen af de pågældende bestemmelser.

3.1. Art. 86

Art. 86 har siden begyndelsen af 1990'erne i konkurrenceretlig forstand været af temmelig stor betydning.⁷⁸⁾ Først og fremmest hjemler den den

⁷⁵⁾ Jf. Bemærkninger til Lovforslaget (KRL 98), gengivet i Konkurrencestyrelsen, "Den ny konkurrencelov med forarbejder", 1997, s. 39.

⁷⁶⁾ Medmindre andet udtrykkeligt anføres, er alle artikel-henvisninger i denne fremstilling til bestemmelser i Traktaten Om Oprettelse Af Det Europæiske Fællesskab. P.g.a. den omnummering, der er indtrådt siden Amsterdam-Traktatens ikrafttræden den 1. maj 1999, anføres første gang en bestemmelse nævnes, dens hidtidige nummer i parentes.

⁷⁷⁾ Levinsen er af samme opfattelse, jf. Levinsen, Kirsten, "Konkurrenceloven", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998, s. 41-42. De nævnte bestemmelser vil i det følgende refereres til som de europæiske "state action" doktriner.

⁷⁸⁾ Art. 86's ordlyd er følgende: "*1. Medlemsstaterne afstår, for så vidt angår offentlige virksomheder og virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med denne Traktats bestemmelser, navnlig de i art. 12 og 81-89 nævnte. 2. Virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, eller som har karakter af fiskale monopoler, er underkastet denne Traktats bestemmelser, navnlig konkurrencereglerne, i det omfang anvendelse af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem. Udviklingen af samhandelen må ikke påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse. 3. Kommissionen påser, at bestemmelserne i denne artikel bringes i anvendelse, og meddeler, såfremt det er påkrævet, medlemsstaterne passende direktiver eller beslutninger.*"

altomgribende liberalisering, der finder sted indenfor væsentlige sektorer såsom energi og telekommunikation.⁷⁹⁾ Et andet væsentligt - og af særlig relevans her - udviklingstræk ligger i EF-domstolens fortolkning af medlemsstaternes forpligtelser for så vidt angår offentlige virksomheder og virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder. Der skal i det følgende kort redegøres nærmere for denne praksis, der relaterer sig til art. 86, stk. 1, læst i forening med art. 82.⁸⁰⁾

Først og fremmest må Höfner-sagen fra 1991 fremhæves som værende af betydning.⁸¹⁾ Sagen vedrører en tysk erhvervsregulering, der angår tildeling af en eneret til arbejdsanvisning. Denne eneret indrømmes et offentligt arbejdsformidlingskontor, Forbundskontoret for Beskæftigelse. Det lovbestemte monopol omfatter både almindelig arbejdsanvisning, men principielt også formidling og anvisning af virksomhedsledere, altså såkaldte headhunting-aktiviteter. EF-domstolen anmodes i henhold til art. 177 om bl.a. at tage stilling til den pågældende erhvervsregulerings forenelighed med art. 82 og 86. Sagen er væsentlig, fordi EF-domstolen fastsætter følgende overordnede princip vedrørende medlemsstaternes forpligtelser i henseende til offentlige og privilegerede virksomheder:

*"Skønt artikel 86 omhandler virksomheder og inden for de i artikel 90, stk. 2, fastsatte grænser kan anvendes på offentlige virksomheder eller virksomheder, der har særlige eller eksklusive rettigheder, står det dog fast, at Traktaten pålægger medlemsstaterne ikke at indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af denne bestemmelse... Artikel 90, stk. 1, bestemmer nemlig, at medlemsstaterne, for så vidt angår offentlige virksomheder og virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, afstår fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med Traktatens bestemmelser, navnlig med artikel 85-94."*⁸²⁾

⁷⁹⁾ Jf. art. 86, stk. 3.

⁸⁰⁾ Se mere detaljeret redegørelse i Neergaard, Ulla B., "Competition & Competences. The Tensions between European Competition Law and Anti-Competitive Measures by the Member States", DJØF Publishing, 1998; eller "Art. 90 i 90'erne. Nye principper for medlemsstaternes forpligtelser i h.t. Traktatens art. 90, stk. 1, sammenholdt med art. 86", i "Julebog 1998", Redigeret af Ruth Nielsen, s. 119-132. Endvidere må nævnes: Sierra, Jose Luis Buendia, "Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (formerly Article 90) of the EC Treaty", Oxford University Press, 1999, kap. 5.

⁸¹⁾ Jf. Sag C-41/90, Klaus Höfner og Fritz Elser mod Macroton GmbH, Dom af 23. april 1991, Saml. 1991, s. I-1979.

⁸²⁾ Jf. Höfner-sagens præmis 26.

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

*"Følgelig er enhver foranstaltning truffet af en medlemsstat, hvorved der opretholdes en lovbestemmelse, der skaber en situation, i hvilken [en offentlig virksomhed] nødvendigvis foranlediges til at handle i strid med ordlyden af artikel 86, uforenelig med Traktatens bestemmelser."*⁸³⁾

Det fremgår af dommens systematik, at følgende fire betingelser skal være opfyldt, førend en medlemsstat kan antages at overtræde art. 86 og 82: 1) den involverede virksomhed skal udgøre en virksomhed i den art. 81 og 82 forudsatte betydning, 2)

den involverede virksomhed skal kunne anses for at indtage en dominerende stilling,

3) der skal foreligge en form for misbrug, og 4) den involverede virksomheds misbrug skal kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne.

Alle fire betingelser kendes fra formuleringen af art. 82. Dog gælder om den tredje betingelse, at den her bevidst fremtræder i en upræcis formulering, idet art. 82's anvendelse i forbindelse med art. 86 kan siges at ændre indholdet af misbrugskravet. I den kombinerede anvendelse af bestemmelserne er det naturligvis først og fremmest essentielt, at der kan etableres en forbindelse mellem den foranstaltning, der etablerer den pågældende offentlige eller quasi-offentlige virksomhed og selve misbruget. Derudover gælder, at kravet til en konstatering af misbruget formentlig er mindre strengt end ved den rene anvendelse af art. 82.

Höfner-sagens rationale opretholdes i den efterfølgende praksis.⁸⁴⁾ Et markant eksempel på slækkelsen af misbrugskravet er Silvano Raso-sagen fra 12. februar 1998.⁸⁵⁾ Af denne sag fremgår det udtrykkeligt, at et faktisk misbrug ikke behøver bevisligt at foreligge.⁸⁶⁾ Det er tilstrækkeligt, at en

⁸³⁾ Jf. Höfner-sagens præmis 27.

⁸⁴⁾ Blandt den nyeste praksis kan henvises til de forenede sager, C-180/98 - C-184/98, Pavel Pavlov m.fl. mod Stichting Pensioenfonds Medische Specialist, Dom af 12. sept. 2000, endnu utrykt.

⁸⁵⁾ Jf. Sag C-163/96, Straffesag mod Silvano Raso m.fl., Dom af 12. februar 1998, Saml. 1988, s. I-533.

⁸⁶⁾ I sagen bestemmes det: "Allerede i kraft af selve udøvelsen af monoopolet kan virksomheden således til egen fordel fordreje de lige muligheder for de forskellige erhvervsdrivende, der opererer på markedet for tjenesteydelser, der udøves i havnen... Selskabet foranlediges således til at misbruge sit monopol på den måde, at det påtvinger konkurrenterne på markedet for havnearbejde urimelige priser på levering af arbejdskraft, eller at det stiller arbejdskraft, der er

virksomhed ved den blotte udøvelse af sine rettigheder foranlediges til at udnytte sin dominerende stilling på en måde, der er udtryk for misbrug. Med andre ord er det nok, at den pågældende foranstaltning giver virksomheden et incitament til at misbruge sin dominerende stilling.⁸⁷⁾ Der er således tale om en opblødning af begrebet misbrug. Det indebærer, at sagen bekræfter en tendens til, at det er selve etableringen af rettighederne, m.m., der i sig selv kan opfattes som anstødelig. Det skal dog understreges, at der dog formentlig vil være tilfælde, hvor EF-domstolen vil forlange bevis for misbrug.

Art. 86, stk. 2, kan iøvrigt påberåbes som grundlag for, at en medlemsstat tildeler en virksomhed, som har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, eksklusive rettigheder, der bl.a. er i strid med traktatens art. 82, i det omfang opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem, kun kan sikres ved tildeling af sådanne rettigheder, og forudsat at udviklingen af samhandelen ikke påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse.⁸⁸⁾

Alt i alt kan det konstateres, at gyldigheden af såvel udøvelsen, som selve eksistensen af den offentlige eller privilegerede virksomhed, kan udfordres. Endvidere gælder, at misbrugskravet ikke opretholdes i samme grad, som det er tilfældet i rene art. 82-sager.

3.2. De europæiske "state action" doktriner

EU's konkurrencebestemmelser, herunder af særlig relevans her, Traktatens art. 81 og 82, retter sig efter ordlyden udelukkende mod virksomheders aktiviteter. EF-domstolen har imidlertid over en lang årrække i sin domspraksis udviklet et overordnet princip baseret på samspillet mellem Traktatens art. 3, stk. 1, litra g, art. 10, stk. 2, og art. 81 (og først i nyere tid tillige art. 82) om, at medlemsstaterne ikke ved lov eller administrativt må indføre eller

mindre egnet til at udføre det krævede arbejde, til deres rådighed. En ordning som den, der er tilvejebragt ved loven af 1994, må herefter i sig selv antages at være i strid med Traktatens artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 86. Det er derfor uden betydning, at den forelæggende ret i relation til det tidligere, nu omdannede havneselskab ikke har konstateret noget misbrug." Jf. Silvano Raso-sagens præmis 29-31.

⁸⁷⁾ Der henvises iøvrigt til Blum, Francoise & Logue, Anne, "State Monopolies under EC Law", John Wiley & Sons, 1997, kap. 4, vedrørende en oversigt over de forskellige former for misbrugssituationer, som udover de traditionelle art. 86-misbrugsformer også kan omfatte mere specielle former, der er affødt af den statslige medspillings tilstedeværelse.

⁸⁸⁾ Jf. præmis 74 i Sag 209/98, Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) mod Københavns Kommune, Dom af 23. maj 2000, endnu utrykt.

opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomheder gældende konkurrenceregler.⁸⁹⁾

De fire relevante bestemmelser skal for en god ordens skyld præsenteres nærmere. I henhold til art. 3, stk. 1, litra g, bestemmes det, at Fællesskabets virke indebærer en *"gennemførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes"*.

I henhold til art. 10, stk. 2, bestemmes det, at medlemsstaterne skal afholde *"sig fra at træffe foranstaltninger, der er egnede til at bringe virkeliggørelsen af denne Traktats målsætning i fare"*. Medlemsstaternes forpligtelse kan her betegnes som en pligt til ikke-handling. Den hævdede forbindelse mellem art. 3, stk. 1, litra g, og art. 10, stk. 2, er selvsagt, at de målsætninger, som art. 10, stk. 2, henviser til, findes i bl.a. art. 3, stk. 1, litra g. Således kan art. 10, stk. 2, læses som følger: Medlemsstaterne afholder sig fra at træffe foranstaltninger, der er egnede til at bringe gennemførelsen af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes, i fare.

Endvidere skal nævnes art. 81, som vedrører konkurrencebegrænsende aftaler o.l. mellem virksomheder, m.m., og art. 82, 1. pkt., som vedrører en eller flere virksomheders misbrug af dominerende stilling. Den hævdede forbindelse mellem disse to bestemmelser og art. 3, stk. 1, litra g, og art. 10, stk. 2, er, at art. 81 henholdsvis art. 82 kan siges at rumme en præcisering af art. 3, stk. 1, litra g, som jo altså så igen rummer en af de i art. 10, stk. 2, nævnte målsætninger.

Den første markante sag vedrørende de europæiske *"state action"* doktriner er Leclerc-sagen fra 1985, hvori introduceres det overordnede princip for bestemmelseernes fortolkning:⁹⁰⁾

"Selv om disse regler ganske vist vedrører virksomheders adfærd og ikke de medlemsstaterne ved lov eller administrativt fastsatte bestemmelser, er staterne ikke desto mindre i henhold til traktatens art. 5, stk 2, forpligtet til ikke ved national lovgivning at skade den ensartede anvendelse - i hele fællesmarkedet - af fællesskabsreglerne og den fulde virkning af de retsakter, som udstedes i henhold til disse regler, samt til ikke ved lov eller administrativt at indføre eller opretholde

⁸⁹⁾ Der henvises til uddybning af følgende kortfattede præsentation af de europæiske *"state action"* doktriner i Neergaard, Ulla B.: *"Competition & Competences. The Tensions between European Competition Law and Anti-Competitive Measures by the Member States"*, DJØF Publishing, 1998; *"State Action and European Competition Rules: A New Path?"*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 1999, Volume 6, Number 4, pp. 380-396; samt *"National erhvervsregulering med konkurrenceforvridende virkninger som EU-konkurrenceretligt og konstitutionelt problem"*, EU-ret & Menneskeret, 5. årgang, nr. 6, s. 189-210.

⁹⁰⁾ Jf. Sag 229/83, Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc m.fl. mod Sàrl "Au blé vert", Dom af 10. januar 1985, Saml. 1985, s. 1.

foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomheder gældende konkurrenceregler." ⁹¹⁾

Princippet har sidenhen konsekvent udgjort det fortolkningsmæssige udgangspunkt for EF-domstolen i analoge sager. Det fremgår, at EF-domstolen her indfortolker, at også medlemsstaterne er omfattet af de tre bestemmelser.

Den næste væsentlige sag, der bør fremhæves, er Van Eycke-sagen fra 1988. I denne sag fordømmer EF-domstolen på trods af mange indikationer af, at tidligere bestående aftaler i virkeligheden var lovfæstet ved den omtvistede foranstaltning, ⁹²⁾ ikke denne. ⁹³⁾ I sagen sammenstiller EF-domstolen på grundlag af tidligere sager tre hovedkriterier til angivelse af, om en foranstaltning er i overensstemmelse med de tre betragtede traktatbestemmelser eller ej. Denne tre-trins-test gentages gennemgående i den efterfølgende praksis. Kriterierne forstås bedst ved at relatere dem til, hvorvidt de vedrører aktiviteter, der finder sted før den omtvistede foranstaltnings vedtagelse, eller aktiviteter, der er afledt af en sådan foranstaltning. Således angår det første kriterium, "foreskrivelseskriteriet", aktiviteter afledt af foranstaltningen, idet:

a) Medlemsstater må ikke foreskrive eller fremme indgåelse af aftaler, eller tilsvarende, i strid med artikel 81.

Det andet kriterium, "forstærkningskriteriet", vedrører derimod aktiviteter, der finder sted før den omtvistede foranstaltnings vedtagelse, idet:

b) Medlemsstater må ikke forstærke virkningerne af sådanne ulovlige aftaler, eller tilsvarende. ⁹⁴⁾

Det førstnævnte kriterium angår med andre ord "nye" aftaler, m.m., hvorimod det andet vedrører "forudgående" aftaler, m.m.

Endelig kan det tredje kriterium, "delegeringskriteriet", ligesom det førstnævnte, siges at vedrøre aktiviteter afledt af foranstaltningen, idet:

⁹¹⁾ Jf. dommens præmis 14.

⁹²⁾ Jf. eksempelvis Ehricke, Ulrich, "Staatliche Regulierungen und EG-Wettbewerbsrecht. Die neueste Entwicklung - das 'Van Eycke'-Urteil des EuGH vom 21. September 1988", *Wirtschaft und Wettbewerb*, Vol. 41, 1991, s. 187-188.

⁹³⁾ Jf. Sag 267/86, Pascal Van Eycke mod aktieselskabet ASPA, Dom af 21. september 1988, Saml. 1988, s. 4769. Den endelige afgørelse blev dog overladt til den henvisende nationale domstol.

⁹⁴⁾ Det var dette kriterium, som i virkeligheden næppe var opfyldt i Van Eycke-sagen.

c) Medlemsstater må ikke berøve sine egne bestemmelser deres statslige karakter ved til private erhvervsdrivende at uddelegere ansvaret for at træffe beslutninger om økonomisk intervention.

Om dette sidstnævnte kriterium er det iøvrigt væsentligt at fremhæve, at det kan anvendes uafhængigt af de to førstnævnte, og at der ikke behøver at foreligge en aftale for, at det kan komme i anvendelse. Kriteriet kan siges at have et dobbeltsidigt formål. På den ene side kan det siges at supplere foreskrivelseskriteriet som kontrol af, om aftaler m.m. foreligger. På den anden side kan det også forstås som en undersøgelse af, om den omtvistede regulering udtrykkeligt udgør en ren statslig handling.⁹⁵⁾

En underafdeling af sager vedrører den specifikke situation, hvor den nationale foranstaltning overlader et udvalg at varetage især prisfastsættelsen inden for en bestemt sektor. Sådanne foranstaltninger kan på den ene side betragtes som en for lovgiver attraktiv form for beslutningsredskab.⁹⁶⁾ På den anden side kan de ses som en lovindhyllet form for kartel. Blandt nyere afgørelser er det sager som Güterfernverkehr, Delta, Spediporto, DIP, CNSD-I og Autotrasporti Librandi, som er repræsentanter for denne praksis. Ved hjælp af ovenstående sontring kan de konkurrenceforvridende aktiviteter beskrives som afledt af en foranstaltning og altså i tidsmæssig henseende at finde sted efter foranstaltningens vedtagelse. Såvel det første, foreskrivelseskriteriet,⁹⁷⁾

⁹⁵⁾ Jf. Fenger, Niels & Broberg, Morten P., "National Organisation of Regulatory Powers and Community Competition Law", *European Competition Law Review*, Vol. 16, 1995, Nr. 6, s. 364 og s. 367.

⁹⁶⁾ Jf. Holst-Christensen, Nina & Høegh, Katja, "Lovgivers forpligtelser i henhold til EU-konkurrence retten", *Ugeskrift for Retsvæsen*, 1995B, s. 5.

⁹⁷⁾ I eksempelvis Delta-sagen - jf. Sag C-153/93, Republic of Germany mod Delta Schiffahrtsgesellschaft mbH, Dom af 9. juni 1994, Saml. 1994, s. 2517 - anvender EF-domstolen først foreskrivelseskriteriet, forstået som en vurdering af, om den pågældende foranstaltning kan betegnes som en aftale i art. 81's forstand. I sin vurdering lægger EF-domstolen vægt på, at medlemmerne beklædte hvervet som tillidshverv og ikke var bundet af instrukser eller anvisninger. Tarifferne blev fastsat ikke alene under hensyntagen til virksomhedernes interesser, men også under hensyntagen til landbrugets og de mindre virksomheders interesser, samt til økonomisk svagere og i transportmæssig henseende ugunstigt stillede egne. På dette grundlag finder EF-domstolen, at nævnsmedlemmerne ikke kan betragtes som brancherepræsentanter med henblik på at forhandle og indgå prisaftaler. Herved eksemplificeres, hvorledes EF-domstolen bøjer sine egne kriterier i retning af at anerkende national erhvervsregulering med konkurrenceforvridende virkninger, eller med andre ord, at der forekommer en form for indre irrationalitet i kriterierne. Utvivlsomt måtte nævnsmedlemmerne forventes at fungere primært i egen interesse og sekundært at varetage branchens interesser. Dommen kan således kritiseres for at lægge for megen vægt på nævnsmedlemmernes formelle uafhængighed.

som det tredje kriterium, delegeringskriteriet,⁹⁸⁾ er relevante, idet situationen kan beskrives enten som en aftaleindgåelse blandt de i det pågældende udvalg deltagende medlemmer eller som en uddelegering af ansvar.

Endelig er det væsentligt at fremhæve den særlige rolle, som i den seneste praksis er blevet art. 82 til del. Indtil Spediporto-sagen fra 1995 har der hersket tvivl om art. 82's rolle i relation til art. 3, stk. 1, litra g, og art. 10, stk. 2. Med sagen er det imidlertid blevet klarlagt, at det overordnede princip gældende for disse to bestemmelsers samspil med art. 81 også gælder i henseende til deres samspil med art. 82. Ydermere opstiller EF-domstolen tre specifikke kriterier for, hvornår en medlemsstat overtræder de tre bestemmelser. For det første skal det kunne påvises, at den pågældende foranstaltning enten tillægger én enkelt virksomhed en økonomisk magtposition,⁹⁹⁾ eller i det tilfælde, hvor mere end én virksomhed er involveret, at der er tale om kollektivt dominerende stilling, karakteriseret ved, at de pågældende virksomheder har så snævert et samarbejde, at de kan føre samme markedspolitiske linje.¹⁰⁰⁾ For det andet skal det kunne bevises, at misbrug foreligger i form af, at virksomheden eller virksomhederne sættes i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked.¹⁰¹⁾ For det tredje skal der kunne etableres et forbindelsesled mellem den pågældende foranstaltning og misbruget af den dominerende stilling. Det er uklart, om det er en betingelse for, at en foranstaltning er utilladelig, at den både bevirker den dominerende stilling og misbruget, eller om det er tilstrækkeligt, at kun det ene forhold er en udløber af foranstaltningen.

I det indtil nu anførte om de europæiske "*state action*" doktriner har fokus været retsstillingen vedrørende medlemsstaternes foranstaltninger. Et relateret

⁹⁸⁾ I eksempelvis Delta-sagen anvender EF-domstolen delegeringskriteriet, forstået som en vurdering af, om de offentlige myndigheder har delegeret deres kompetence med hensyn til tariffastsættelsen til private erhvervsdrivende. Herom bemærker EF-domstolen, at den ansvarlige minister ganske vist ikke havde ret til at være medlem af fragtnævnene, men at ministeren dog selv kunne fastsætte tariffærne og herved træffe afgørelse i stedet for nævnene, såfremt de tariffær, nævnene måtte have fastsat, ikke stemte overens med de almene hensyn, som ministeren i kraft af sine funktioner var forpligtet til at tilgodesee. På dette grundlag antager EF-domstolen, at de offentlige myndigheder ikke havde delegeret deres kompetence til private erhvervsdrivende. Igen synes det som om, at kriteriet er bøjet i retning af, at den omtvistede foranstaltning skal anerkendes. Således fokuserer EF-domstolen på, om den ansvarlige minister formelt havde bevaret sin kompetence, og ikke på, om ministeren i praksis på noget som helst tidspunkt reelt blandede sig i tariffastsættelsen.

⁹⁹⁾ Jf. dommens præmis 31.

¹⁰⁰⁾ Jf. dommens præmis 33.

¹⁰¹⁾ Jf. dommens præmis 31.

problemfelt vedrører virksomhedernes eventuelle ansvarspådragelse i de tilfælde, hvor de udøver konkurrencebegrænsende aktiviteter, der imidlertid er påkrævet i henhold til national lovgivning. Som en væsentlig sag i denne sammenhæng må henvises til CNSD-II-sagen, hvor gældende ret opsummeres omhyggeligt.¹⁰²⁾

Generelt gælder om samspillet mellem art. 3, stk. 1, litra g, art. 10, stk. 2, og art. 81 og 82, at den praktiske betydning ikke er den store, idet national erhvervsregulering kun i få sager utvetydigt er blevet fundet uforenelig med de pågældende traktatbestemmelser. Endvidere må det pointeres, at en slags indre irrationalitet forekommer i anvendelsen af de temmelig formalistiske kriterier, som EF-domstolen her opstiller.¹⁰³⁾ Endelig skal det iagttages, at ikke enhver form for national politisk beslutning med konkurrencebegrænsende virkninger vil kunne forbydes i henhold til doktrinerne. Der fordres således en forbindelse til en art. 81- eller 82-aktivitet. En national foranstaltning kan således ikke tilsidesættes under henvisning til dens generelt konkurrencebegrænsende virkninger.

3.3. Art. 96 og 97

Art. 96 vedrører behandlingen af eksisterende konkurrencefordrejende bestemmelser. Bestemmelsens ordlyd er:

"Finder Kommissionen, at bestående forskelle i Medlemsstaternes ved lov eller administrativt fastsatte bestemmelser forvansker konkurrencevilkårene på fællesmarkedet og derved fremkalder en fordrejning, som bør fjernes, holder den samråd med de pågældende Medlemsstater herom. Fører dette samråd ikke til en aftale, som fjerner den pågældende fordrejning, udsteder Rådet på forslag af

¹⁰²⁾ Således anføres det: "Det fremgår af retspraksis, at traktatens artikel 85 og 86 (nu artikel 81 EF og 82 EF) således kun tager sigte på konkurrencestridig adfærd fra virksomhedernes side på deres eget initiativ... Såfremt virksomhederne pånødes en konkurrencestridig adfærd ved en national lovgivning, eller såfremt denne lovgivning skaber en retlig ramme, som på sin side berøver dem enhver mulighed for at konkurrere retmæssigt, finder traktatens artikel 85 og 86 ikke anvendelse. I denne situation skyldes begrænsningen af konkurrencen ikke, som det forudsættes i disse bestemmelser, en selvstændig adfærd fra virksomhedernes side... Desuden bemærkes, at muligheden for at udelukke en bestemt konkurrencestridig adfærd fra anvendelsesområdet for traktatens artikel 85, stk. 1, fordi den er blevet pålagt de pågældende virksomheder af den bestående nationale lovgivning, eller fordi denne fratager dem enhver mulighed for at konkurrere, er blevet fortolket snævert af Fællesskabets retsinstanser..." Jf. Sag T-513/93, Consiglio Nazionale degli Speizionieri Doganali mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, Dom af 30. marts 2000, præmis 58-60, endnu utrykt.

¹⁰³⁾ Se for kritik senest Gagliardi, Andrea Filippo, "United States and European Union antitrust versus State Regulation of the Economy: Is there a Better Test?", *European Law Review*, 2000, Vol. 25, s. 353-373.

Kommissionen og derefter med kvalificeret flertal de dertil nødvendige direktiver. Kommissionen og Rådet kan træffe alle andre formålstjenlige foranstaltninger, der har hjemmel i denne Traktat."

Art. 97 vedrører behandlingen af nye konkurrencefordrejende bestemmelser. Bestemmelsens ordlyd er:

"Når der er grund til at frygte, at indførelse eller ændring af en ved lov eller administrativt fastsat bestemmelse fremkalder en fordrejning som nævnt i foregående artikel, skal den Medlemsstat, som vil gennemføre foranstaltningen, rådføre sig med Kommissionen. Efter samråd med Medlemsstaterne henstiller Kommissionen til de pågældende Stater at træffe formålstjenlige foranstaltninger med henblik på at undgå den omhandlede fordrejning."

Begge bestemmelser hjemler således et slags henvendelsesinstrument, som dog i praksis ikke er af den store betydning på nuværende tidspunkt.

4. Retropolitisk vurdering under hensyntagen til EU-retten

Det danske regelværk vedrørende de konkurrencebegrænsninger, der er en følge af offentlig regulering, har i det foregående været genstand for en analyse af såvel den foreliggende retslitteratur som praksis ved Konkurrenceankenævnet og Konkurrencerådet, jf. afsnit 2 ovf. Det generelle indtryk er, at der er tale om et regelværk, hvis anvendelse ikke til fulde forekommer at have fundet sit stabile, forudsigelige leje. I særdeleshed synes Konkurrenceankenævnet i forhold til Konkurrencerådet og Konkurrencestyrelsen at lægge en mere strikt forståelse af KRL § 2, stk. 4, til grund. Endvidere synes talrige afgrænsningstilfælde i henseende til anvendelsen af KRL § 2, stk. 2, ikke at være afklaret. Disse problemer må antages løst i løbet af en overskuelig årtække, efterhånden som de kompetente organer får yderligere anledning til at behandle sager herom.

Ovenfor er endvidere regelværket vedrørende EU-rettens art. 86, "state action" doktriner samt art. 96 og 97 præsenteret, jf. afsnit 3. Ved en sammenligning af EU-retten med dansk ret er det væsentligt at tage forbehold for den markante forskel, der ligger i, at den danske KRL § 2, stk. 2, vedrører så at sige såvel det horisontale som det vertikale forhold mellem KRL og anden offentlig regulering. Det vil med andre ord sige, at der i dansk ret for det første tages stilling til KRL's anvendelse i forhold til situationer, hvor der foreligger politiske beslutninger med konkurrencebegrænsende virkninger, der er truffet på "statsligt" niveau. For det andet tages der i dansk ret stilling til situationer, hvor der foreligger lavere rangerende politiske beslutninger med

konkurrencebegrænsende virkninger, der er truffet på "amtsligt" eller "kommunalt" niveau.

Modsat gælder, at det i afsnit 3 betragtede EU-retlige regelværk ikke omfatter såkaldt sideordnede politiske beslutninger truffet på "føderalt" niveau. Det betyder med andre ord, at regelværket vedrører det vertikale forhold mellem EU-retten og nationale foranstaltninger, d.v.s. forholdet mellem "føderal" konkurrencelovgivning og konkurrencebegrænsende politiske beslutninger vedtaget på medlemsstatsniveau. Fokus er således forholdet mellem to forskellige beslutningsniveauer eller i virkeligheden snarere to forskellige retsordener.

Det i afsnit 3 betragtede regelværk vedrører derimod ikke det horisontale forhold mellem den "føderale" konkurrencelovgivning og anden "føderal" lovgivning. På EU-rettens nuværende stadi foreligger næppe et eksplicit bindende princip regulerende denne relation. Således kan "føderal" regulering antageligvis ikke underkastes en prøvelse i forhold til et krav om overensstemmelse med konkurrencemæssige principper med henblik på eventuel tilsidesættelse. Dette burde ikke være helt overraskende. Eksempelvis kan henvises til EU's landbrugsregulering, som gennemgående er karakteriseret ved at have stærkt konkurrencebegrænsende virkninger. Endvidere gælder, at hvis EU-institutionerne - hypotetisk betragtet - etablerede virksomheder af offentlig karakter, eller indrømmede virksomheder særlige eller eksklusive rettigheder, ville disse ikke umiddelbart være underkastet en særlig konkurrencemæssig vurdering.

Visse forfattere gør sig imidlertid til talsmænd for indførelsen af et horisontalt overensstemmelseskrav, hvorefter også EU-lovgiveren skal betragtes som bundet af en forpligtelse til at underlægge sig målet om en ufordrejet konkurrence, herunder eksempelvis at EU-lovgiveren skal underkastes de ovenfor omtalte van Eycke-kriterier eller endnu bredere være underkastet et *effet utile* krav, således at reguleringen ikke i sig selv må være konkurrencebegrænsende.¹⁰⁴⁾ Det kan ikke udelukkes, at et sådant horisontalt

¹⁰⁴⁾ Jf. bl.a. van der Esch, B., "Loyauté fédérale et subsidiarité à propos des arrêts du 17 novembre 1993 dans les affaires C-2/91 (Meng), C-245/91 (Ohra) et C-185/91 (Reiff)", *Cahiers de droit Européen*, Vol. 30, 1994, Nr. 5-6, s. 542; Falke, Josef & Joerges, Christian, "Rechtliche Möglichkeiten und Probleme bei der Verfolgung und Sicherung nationaler und EG-weiter Umweltschutzziele im Rahmen der europäischen Normung", Gutachten erstellt im Auftrag des Büros für Technikfolgen - Abschätzung des Deutschen Bundestages, Bremen, 1995, s. 149f; Mestmäcker, Ernst-Joachim, "Zur Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln auf die Mitgliedstaaten und die Europäischen Gemeinschaften", i "Europarecht - Energierecht - Wirtschaftsrecht - Festschrift für Bodo Börner zum 70. Geburtstag", Red. af Baur, Jürgen F., Müller-Graff, Peter-Christian & Zuleeg, Manfred, Carl Heymanns Verlag, 1992, s. 277-288; Möschel, Wernhard, "Hoheitliche Massnahmen und die Wettbewerbsvorschriften des Gemeinschaftsrechts", i "Weiterentwicklung der Europäischen Gemeinschaften und der Marktwirtschaft - Referate des

overensstemmelseskrav vil finde vej, givet EU-rettens sædvanligvis mere "kreative" retlige udvikling.¹⁰⁵⁾ Selv om det i Traktatens artikel 3, stk. 1, litra g, anføres, at Fællesskabets virke skal indebære gennemførelsen af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrøjes, må det imidlertid også i EU-retten anses for utænkeligt at etablere et hensynshierarki, hvor hensynet til konkurrencen til enhver tid er øverst placeret.

EU-retten er derfor bedre sammenlignelig med det element i det danske, der vedrører kommunalbeslutninger, m.m., jf. KRL § 2, stk. 2, 2. pkt., og stk. 3, idet der her netop er tale om forholdet mellem konkurrencelovgivning og politiske beslutninger med konkurrencebegrænsende virkninger truffet på et lavere trin i regelhierarkiet, altså den vertikale relation.¹⁰⁶⁾ På dette grundlag må der alt i alt tages afstand fra diverse henvisninger i den eksisterende litteratur samt lovarbejderne til, at KRL § 2 i sin helhed er udtryk for en harmonisering af EU-retten. Tværtimod må det antages, at der i EU-retten i henseende til den horisontale relation nærmest må forefindes en uskreven regel, der er analog med KRL § 2, stk. 2, 1. pkt., således at EU-regulering netop ikke underkastes en konkurrencemæssig vurdering. Den her udpenslede basale forskel mellem dansk ret og EU-retten udelukker imidlertid ikke, at EU-retten kan udgøre en inspirationskilde ved en retspolitisk vurdering af dansk ret.

Ved en mere specifik sammenligning af dansk ret med EU-retten er en iøjnefaldende parallel mellem KRL § 2, stk. 2, og art. 86, stk. 1, at begge bestemmelsers anvendelsesområde omfatter offentlige virksomheder og virksomheder, som er indrømmet særlige eller eksklusive rettigheder. Imidlertid er anvendelsesområdet for førstnævnte bestemmelse offentlig regulering i bred forstand og således ikke indskrænket til offentlige og privilegerede virksomheder, som tilfældet er for art. 86's vedkommende. Den mest fundamentale forskel mellem de to bestemmelser er dog, at medlemsstaterne i henhold til art. 86, stk. 1, skal afstå fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med traktatsbestemmelserne, herunder navnlig konkurrencebestemmelserne. Som anført af Fejøl findes en tilsvarende regel om undladelsespligt ikke i den danske konkurrencelov, som

XXV. FIW-Symposions", Carl Heymans Verlag, 1992, s. 89-104.

¹⁰⁵⁾ Det kan ikke udelukkes, at nyere traktatsbestemmelser som eksempelvis art. 4 (tidl. art. 3A), art. 14 (tidl. art. 7A), art. 98 (tidl. art. 102A) og art. 157 (tidl. art. 130) i denne sammenhæng kan komme til at spille en afgørende rolle.

¹⁰⁶⁾ Dog vel at mærke med det forbehold, at i dansk ret er der tale om internt placerede nationale beslutningstrin, hvorimod der i EU-retten er tale om retsregler på hvert sit niveau i en føderationslignende struktur.

netop med KRL § 2, stk. 2, anerkender muligheden for at etablere offentlig regulering, som indeholder konkurrencebegrænsninger.¹⁰⁷⁾ Som ligeledes påpeget af Fejø, stilles der i dansk ret - når man ser bort fra konkurrencebegrænsninger, der fastsættes af kommunalbestyrelser m.m. - ikke krav om, at disse skal være "nødvendige".¹⁰⁸⁾ Den store forskel mellem de to bestemmelser udviskes i praktisk forstand noget, når art. 86, stk. 2, tages i betragtning. Bestemmelsen hjemler således mulighed for, at virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, eller som har karakter af fiskale monopoler, ikke underkastes konkurrencebestemmelserne, såfremt opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet virksomhederne, derved retligt eller faktisk hindres. I praksis indebærer bestemmelsen således, at en række politiske beslutninger med konkurrencebegrænsende virkninger alligevel vil kunne tillades i henhold til EU-retten.

En parallel mellem KRL § 2, stk. 2, og de europæiske "*state action*" doktriner er, at begge tager stilling til forholdet mellem konkurrenceregulering og konkurrencebegrænsende politiske beslutninger i bred forstand. Det er dog væsentligt at påpege, at de europæiske "*state action*" doktriner ligesom art. 86 baserer sig på en undladelsespligt som den altovervejende hovedregel. Dette står i modsætning til dansk ret, der må defineres som at basere sig på en slags anerkendelsesprincip. Undladelsespligten i EU-retten "*state action*" doktriner er dog ikke absolut, idet den begrænses ved kravet om tilstedeværelsen af forhold, der er forbudte i henhold til art. 81 og 82. Det betyder, at der typisk skal foreligge en aftalelignende konstruktion eller en konstruktion, der opfylder betingelserne for konstatering af misbrug af dominerende stilling.

¹⁰⁷⁾ Jf. Fejø, Jens, "Konkurrenceloven af 1997 med kommentarer", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997, 1. udg., s. 51.

¹⁰⁸⁾ Jf. Fejø, Jens, "Konkurrenceloven af 1997 med kommentarer", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997, 1. udg., s. 51.

For fuldstændighedens skyld skal det bemærkes, at en *pendant* til art. 86, stk. 3, ikke forefindes i dansk ret.¹⁰⁹⁾ Derimod kan der mellem art. 96 og 97 og henvendelsesinstituttet i KRL § 2, stk. 5, siges at herske visse paralleller.

På mange måder bestyrker ovennævnte analyse, at den danske hovedregel om at lade konkurrenceloven vige for konkurrencebegrænsende politiske beslutninger rummer mange fordele og i højere grad end almindeligvis antaget er i overensstemmelse med EU-retten. EU-retten kan således ikke anses for at regulere den horisontale relation mellem konkurrencebestemmelserne og "egne" politiske beslutninger med konkurrencebegrænsende virkninger. Hermed underkaster denne retsorden i overensstemmelse med hovedreglen i dansk ret ikke egne reguleringer en konkurrencemæssig vurdering. En indførelse i dansk ret af et undladelsesprincip - analogt med EU-retten vedrørende den vertikale relation - for "sideordnede" politiske beslutninger er næppe mulig og ville nærmest være udtryk for en grov form for konkurrencedogmatisk imperialism.

Hvad derimod angår forholdet mellem central konkurrencelovgivning og konkurrencebegrænsende politiske beslutninger truffet på lavere niveau - i Danmark således kommunalbestyrelser m.m. - har begge retsordener fundet det nødvendigt at etablere en varierende grad af forbud. Den danske regel synes allerklarest. Den baserer sig på et spørgsmål om, hvorvidt den pågældende begrænsning er hjemlet både i henhold til kommunalbestyrelsesfastsættelse og offentlig regulering samt på en nødvendighedsvurdering.

5. Konklusion

Det må lægges til grund, at det generelt er et fornuftigt princip, at konkurrencehensyn til tider må vige for andre hensyn. Det bør almindeligvis kunne forudsættes, at regeludformerer foretager en nærmere afvejning af eventuelt modstridende hensyn. Det kan således konkluderes, at KRL § 2, stk.

¹⁰⁹⁾ Levinsen anfører således om art. 86, stk. 3, at bestemmelsen: "...pålægger Kommissionen en overvågningspligt, ligesom bestemmelsen giver Kommissionen hjemmel til at udstede passende retsakter. Domstolen har fastslået, at art. 90, stk. 3, giver Kommissionen hjemmel til at præcisere de pligter, der påhviler medlemsstaterne efter art. 90, stk. 1. Art. 90, stk. 3, giver således Kommissionen adgang til at gribe ind over for medlemsstater, der overtræder art. 90, stk. 1. Ønsker Kommissionen at gribe umiddelbart ind over for en virksomheds adfærd, kan dette ske ved direkte anvendelse af art. 85 eller 86, jf. art. 3 i Rfo 17/62. En tilsvarende adgang for Konkurrencerådet til at overvåge og gribe ind, hvor en regulering er i strid med lovens bestemmelser, er ikke hjemlet i konkurrenceloven. Tværtimod er det med bestemmelsen i § 2, stk. 2, anerkendt, at Konkurrencerådet ikke kan tilsidesætte politisk bestemte beslutninger, og med § 2, stk. 4, er der tillagt den pågældende myndighed kompetence til selv at afgøre, om en konkurrencebegrænsning kan undtages fra forbudsbestemmelserne." Jf. Levinsen, Kirsten, "Konkurrenceloven", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998, s. 30.

2, på mange måder er en fornuftigt udtænkt og udformet bestemmelse, som iøvrigt i højere grad, end det almindeligvis synes at være antaget, er i overensstemmelse med EU-retten.

Forbrugerret og Erhvervsret To sider af samme sag

af
Peter Møgelvang-Hansen

Retlig forbrugerbeskyttelse før og nu

Retlig beskyttelse af forbrugere er i og for sig ikke noget nyt fænomen, der kun hører de seneste årtier til. Der har i lang tid eksisteret retsregler, der yder almenheden og det enkelte individ qua privatperson et vist værn mod erhvervsmæssige aktiviteter, som går deres interesser for nær.

Beskyttelsen kan være *direkte*, dvs. (et af) de pågældende retsreglers (erklærede) formål, eller *indirekte*, dvs. en faktisk effekt eller refleksvirkning af regulering i andet øjemed, fx varetagelse af standsinteresser, modvirkning af den uønskede eller fremme af den ønskede konkurrence.¹⁾

Offentligretlig lovgivning, der direkte eller indirekte yder almenheden en vis beskyttelse af sundhed og sikkerhed, jf. speciallovgivningen om produktkontrol, kvalifikationskrav mv., har således mange år på bagen.²⁾ Det samme gælder lovgivning, der som fx markedsførings-, konkurrence- og prislovgivningen og de specielle næringslove (med deres autorisationsordninger, kvalifikationskrav, kvalitetssikring, soliditetskontrol mv.) på forskellige måder direkte eller indirekte værner (bl.a.) forbrugernes økonomiske interesser gennem straf- og forbudsanktionerede regler mm., herunder i et vist omfang indgreb i henhold til "god skik"-regler, jf. fx bank- og sparekasselovens § 1, stk. 6.

Der er heller ikke noget nyt i, at individuelle forbrugere (ligesom alle andre), hvis interesser er gået for nær, har mulighed for i egen interesse at aktivere det civilretlige system og dermed, typisk gennem compensation eller

¹⁾ Medtagelsen af regler, der "kun" yder indirekte beskyttelse, er et udslag af den funktionelle metode, der ligger til grund for de nedenfor omtalte afgrænsninger af disciplinerne "forbrugerret" og "erhvervsret".

²⁾ Derimod er den EU-dikterede, generelle produktsikkerhedslov (364/1994, jf. direktiv 1992/59/EØF) et led i den "moderne" forbrugerbeskyttelse (samt etableringen af det Indre Marked).

anden form for reparation, nyde godt af den retsposition, som følger af almindelige civilretlige deklaratoriske og beskyttelsespræceptive regler, fx købelovens og forsikringsaftalelovens.

Det nye er, at der i kølvandet på forbrugerbevægelsen siden 1960'erne i de fleste vestlige lande og på internationalt plan er formuleret forbrugerpolitiske programmer, herunder retspolitiske programmer for beskyttelse af forbrugere. Efter de officielle forbrugerpolitiske programmer er det overordnede sigte med den statslige intervention meget kort fortalt, som det er udtrykt i EF-traktaten art. 153, stk. 1, at »beskytte forbrugernes sundhed, sikkerhed og økonomiske interesser og til at fremme deres ret til oplysning og uddannelse og til at organisere sig for at beskytte deres interesser«.

De forbrugerpolitiske programmer bygger på et helhedssyn på de problemer, der er knyttet til privates forbrug, og den opfattelse, at forbrugere i almindelighed befinder sig i en underlegen styrkeposition i forhold til erhvervsdrivende ("forbrugerbeskyttelse sideologien").³⁾ Programmerne er/har været kendetegnet ved, at samfundsmæssige fænomener ansues ud fra forbrugeres synsvinkel i lys af og med henblik på formulering af bestemte forbrugerpolitiske mål, som efter en afvejning med de mål, der tilstræbes ud fra andre synsvinkler, søges realiseret gennem foranstaltninger af lovgivningsmæssig eller anden karakter. Disse foranstaltninger kaldes forbrugerbeskyttelse.⁴⁾

Den almindelige opfattelse af forbrugernes vilkår på markedet, der ligger til grund for de forbrugerpolitiske programmer, ("forbrugerbeskyttelse sideologien") kan kort fortalt sammenfattes i følgende:⁵⁾

Den tekniske udvikling og den dermed sammenhængende almindelige indkomststigning i den vestlige verden i efterkrigsårene har været ledsaget af et større udbud af stadigt mere teknisk komplicerede produkter, hvis sammensætning, virkemåde, tjenlighed, levetid mv. kun vanskeligt kan fastslås af ikke særligt sagkyndige. Samtidig prægtes erhvervslivet af færre og stadigt større enheder, som gennem veltilrettelagt markedsføring udsætter forbrugerne

³⁾ Jf. *Thomas Wilhelmsson*: *Konsumentskyddet i Finland* (1989) s. 30, der taler om "konsumentskydds sideologien".

⁴⁾ Jf. således *Ulf Bernitz* i *Svensk rätt i omvandling* (1976) s. 80, *Norbert Reich*: *Verbraucher und Recht* (1976) s. 7 f. samt *E. Damsgaard Hansen* i bilag A til Forbrugerkommissionens 4. betænkning (816/1977).

⁵⁾ Se hertil bla. President Kennedy's Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest af 15. marts 1962 (gengivet af *Eike von Hippel* *Verbraucherschutz* (1974) s. 161 ff, EØF's første program for en politik vedrørende forbrugerbeskyttelse og -oplysning (EFT 1975 C 92/3), Forbrugerkommissionens fjerde betænkning (816/1977) s. 112 ff, SOU 1971:37 Konsumentpolitik. Riktlinjer och organisation s. 48 ff, og *Ulf Bernitz* i *Svensk rätt i omvandling* (1976) s. 65.

for massiv påvirkning. Virksomhedernes markedsadfærd er organiseret, mens markedet er uigennemsigtigt for den enkelte forbruger.

Disse forhold sættes i forbindelse med strukturelle forhold. De ses som betinget/forstærket⁶⁾ af den tekniske udvikling og den i sammenhæng hermed stadigt stigende koncentration og akkumulering af økonomiske ressourcer og sagkundskab inden for erhvervslivet. Som modspiller på markedet har erhvervslivet private husholdninger, der er henvist til ekstrem smådrift, og som optræder enkeltvis uden at være organiserede og uden realistisk mulighed for selvorganisering i større stil. De enkelte husholdninger savner sagkundskab, økonomiske ressourcer og tid til på egen hånd at kunne påvirke vilkårene på markedet

Under disse forhold er der ikke tale om jævnbyrdighed på markedet. Til sikring af, at virksomhederne ikke misbruger den overlegne position, og at den manglende jævnbyrdighed ikke i øvrigt fører til uacceptable forhold for forbrugerne, er der behov for statslig intervention til fordel for forbrugersiden. De forbrugerretspolitiske programmer er i større eller mindre omfang udmøntet i lovgivning, men har også sat sig spor i andet konkret retsmateriale. Selv om de overordnede forbrugerpolitiske målsætninger i store træk er de samme, er den juridisk-tekniske udformning af de enkelte landes beskyttelsesregler naturligt nok præget af de forskellige retssystemers generelle struktur og traditioner (retsideologiske og lovgivningstekniske).

Ikke overraskende har udviklingen i Danmark og de øvrige nordiske lande fulgt et ensartet mønster. Den gennemførte lovgivning har en række fælles-træk, som gør det berettiget at tale om en nordisk model for retlig forbrugerbeskyttelse.

Ved en sammenligning med (fremmed ret og) retstilstanden i udgangspositionen (dvs. inden den "moderne" forbrugerbeskyttelse, jf. ovenfor) kan fremhæves, at den nordiske model - som en konsekvens af forankringen i forbrugerpolitikken - hviler på et helhedssyn på de retlige virkemidler som forskellige midler til realisering af overordnede mål. Det er således Den Nordiske Models (ikke altid lige klart udtalte) ambition at etablere et sammenhængende retsbeskyttelsessystem, der koordinerer de forskellige (civil-, offentlig- og proces)retlige virkemidler.

⁶⁾ I den danske Forbrugerkommission var der enighed om, at der ikke i dag er tale om jævnbyrdighed, men ikke om, hvorvidt dette på noget tidspunkt har været tilfældet. Se betænkning 738/1975 s. 14 f med referat af de forskellige opfattelser. Se også *Palle Bo Madsen* i *Dansk Forbrugerret* (1986) s. 30 ff.

Forbrugerretten som juridisk disciplin

Ved "forbrugerret" (som juridisk disciplin) forstås her læren om de private husholdningers totale retlige situation, når de med henblik på opfyldelsen af ikke-erhvervsmæssige behov optræder på markedet som efterspørgere af varer og andre ydelser, der udbydes som led i privat erhvervsvirksomhed eller offentlig virksomhed, der kan sidestilles hermed.⁷⁾

Denne afgrænsning af forbrugerretten som juridisk disciplin adskiller sig navnlig ved sit øjemed fra de afgrænsninger, der ligger til grund for de traditionelle, juridiske faginddelinger. Disse begrundes efter nutidig, retsteoretisk tankegang med henvisning til hensigtsmæssighedsovervejelser af praktisk-systematisk karakter og traditionen. Hensigtsmæssighedsovervejelserne foretages i retsdogmatisk øjemed, dvs. med henblik på systematisk beskrivelse af retsregler med fælles begrebsmæssige kendetegn, som fremgår af eller kan udledes af den positive ret.⁸⁾ Sådanne kriterier ville i relation til forbrugerretten føre til, at disciplinen kun skulle omfatte den del af retsstoffet, der opstiller særlige regler for forbrugerforhold.⁹⁾

Det her opstillede forbrugerretsbegreb går videre, idet det er *funktionelt* bestemt. Det omfatter ikke alene den del af den positive ret, der betjener sig af et forbrugerbegreb eller udelukkende er af betydning for forbrugere, men dækker principielt enhver retlig regulering, som direkte eller indirekte¹⁰⁾ er af betydning for forbrugere.

Den funktionelt bestemte afgrænsning forbinder forbrugerretten med forbrugerpolitikken. Ligesom denne anskuer forbrugerretten samfundsmæssige (nærmere bestemt: retlige) fænomener med udgangspunkt i en forbrugersynsvinkel. I forbrugerpolitisk sammenhæng kan den teoretiske forbrugerrets opgave siges at gå ud på gennem retsdogmatisk beskrivelse af forbrugernes aktuelle retlige situation og retspolitiske analyser at tilvejebringe retsdogmatisk

⁷⁾ Begrebsbestemmelsen svarer i hovedsagen til den, som synes forudsat af *Børge Dahl*, når denne i J 1973:227 f. taler om "forbrugerpolitikken retlige mål", jf. samme i NU B 1979:5 s. 3 ff og 31 ff. På linje hermed *Ulf Bernitz* i *Svensk rätt i omvandling* (1976) s. 81.

⁸⁾ Jf. bl.a. *Alf Ross*: *Ret og Retfærdighed* (2. opl. 1966) s. 244 ff. og *W.E. v. Eyben* *Formuerettigheder* (7. udg. 1983) s. 7 f.

⁹⁾ Det forbrugerretsbegreb, der ligger til grund for *Palle Bo Madsen* og *Anne-Dorte Bruun Nielsen*: *Dansk Forbrugerret* (1986), synes i princippet heller ikke begrænset hertil, men er på den anden side snævrere end det her opstillede, idet det i det væsentligste synes forbeholdt områder, hvor der som resultat af afvejninger af forbrugerinteresser over for andre interesser er gennemført konkrete "forbrugerpolitiske foranstaltninger", jf. nærmere *Palle Bo Madsen* a.st. s. 33 f.

¹⁰⁾ Se nærmere ovenfor om forskellen på direkte og indirekte forbrugerbeskyttelse.

og retspolitisk input til brug for overvejelser vedrørende udformningen af den retlige forbrugerbeskyttelse.¹¹⁾

Den funktionelt bestemte afgrænsning indebærer, at forbrugerretten sætter sig ud over de traditionelle, juridiske faggrænser. Forbrugerretten går således "på tværs" af de to klassiske, systematiske sondringer, der rubricerer retsreglerne henholdsvis som civil- og offentligretlige og som materiel- og procesretlige. Disse sondringer henviser reglerne til behandling i de respektive hoveddiscipliner og underafdelinger heraf, hver præget af egne traditioner, problemformuleringer og særlige "ånd".¹²⁾

Forbrugerrettens "tværgående" karakter harmonerer med retsteoretiske synspunkter, hvorom der synes at være udbredt enighed.

Med særligt henblik på sondringen mellem materiel ret og procesret er det således ofte fremført, at enhver retlig regulering, der på grund af de traditionelle faggrænser er opspaltet i forskellige elementer hørende til hver sin juridiske disciplin, i retspolitisk sammenhæng bør anskues som en enhed, således at den retspolitiske betragtning rettes mod helheden - "den totale forholdsnorm"¹³⁾ - herunder samspillet mellem de i retsdogmatisk øjemed udskilte elementer. Skønt synspunktet som nævnt ofte er gjort gældende,¹⁴⁾ praktiseres det ikke i videre omfang i den retsvidenskabelige litteratur, velsagtens navnlig fordi de retsdogmatisk bestemte faggrænser begrænser mulighederne for konsekvent anvendelse af synspunktet, når man bevæger sig inden for de traditionelle områder.¹⁵⁾

Også sondringen mellem civilret og offentlig ret kan føre til en uheldig indsnævring af perspektivet, i og med den henviser retsregler, som udgør en funktionel enhed, til behandling i hvert sit system. Ikke mindst på et reguleringsområde som forbrugerbeskyttelsens, hvor der fra starten er anvendt såvel civil- som offentligretlige virkemidler, og hvor valget og samspillet

¹¹⁾ Jf. *Børge Dahl* i J 1973.227 f. Se også *Børge Dahl og Folke Ölander* i *Forbrugerforskning i Danmark* (red. Børge Dahl og Flemming Hansen 1980) s. 7ff om forbrugerforskningens opgaver.

¹²⁾ Sammenhold *Alf Ross*: *Ret og Retfærdighed* (1966) s. 244 f, *Preben Stuer Lauridsen* i J 1978.86 ff samt *Gomard*: *Introduktion til obligationsretten* s. 14.

¹³⁾ Jf. *Alf Ross*: *Ret og retfærdighed* (1966) s. 272.

¹⁴⁾ Se bla. *Alf Ross*: *Ret og Retfærdighed* s. 255 f, *Hans Gammeltoft-Hansen*: i NTfK 1973.193 ff og *Varetægtsfængsling* s. 348 f og *Bernhard Gomard*: *Studier i den danske straffeprocess* s. 36 ff og *Civilprocessen* (1977) s. 23 f. Jf. også betænkning 1062/1985 s. 23 og 29 om placeringen af visse af det tidligere procesfags elementer (fx straffeprocessen) i forskellige materielretlige sammenhæng (fx strafferetten).

¹⁵⁾ Jf. herved *Henrik Zahle* *Om det juridiske bevis* (1976) s. 14.

mellem disse indtager en central plads i den forbrugerpolitiske debat, ville det være uheldigt, om ikke reguleringsområdet i dets helhed kunne lokaliseres til én juridisk disciplin og dér undergives samlet teoretisk behandling.¹⁶⁾

En af farene ved at tage udgangspunkt i det her opstillede forbrugerrettsbegreb og dermed forbrugersynsvinklen er, at man risikerer at indsnævre perspektivet således, at de retspolitiske problemer ikke bliver stillet på "rigtig" måde. Når forbrugersynsvinklen er en afgørende faktor ved udvælgelsen af, hvilke retlige problemer der undersøges nærmere, kan det være, at spørgsmålene og dermed deres løsning defineres "skævt", idet der måske ret beset er tale om problemer, der gør sig gældende også uden for forbrugerområdet, fx for mindre erhvervsdrivende, og/eller som måske kun gør sig gældende for visse forbrugere, fx "ressourcesvage" grupper.¹⁷⁾ Trods forbrugerbegrebets (og dermed forbrugerrettens) muligt "problemdeformerende" effekter, virker det dog rimeligt at antage, at mange vidererækkende, retspolitiske problemer næppe var taget op til drøftelse, om de ikke (oprindeligt) var angrebet fra en forbrugersynsvinkel.¹⁸⁾

¹⁶⁾ Jf. *Børge Dahl* i J 1973.377 ff, *Preben Stuer Lauridsen* i J 1978.86 ff samt *Ulf Bernitz* i NU B 1979.22 ff. Se tillige *W.E. von Eyben*: *Formuerettigheder* (7. udg. 1983) s. 7 med fremhævelse af, at det ofte »har vist sig, at en samlet fremstilling af emner, der hidtil har været spredt på grund af den traditionelle systematik, har kastet nyt lys over problemerne, og man kan vel herved sige, at retsvidenskaben herved har en af sine hovedopgaver«. Se også *Bernhard Gomard*: *Introduktion til obligationsretten* (1979) s. 7 ff (især s. 10-11), hvorefter den delvise sammensmeltning af offentlig- og privatretlige regler nødvendigvis må påvirke stofvalget også i dogmatiske fremstillinger, der følger hidtidig systematisk tradition. - Om lignende betragtningers betydning for indholdet af 1987-reformen af den juridiske kandidatuddannelse, jf. nærmere betænkning 1062/1985 s. 23 f, 27 og 35f.

¹⁷⁾ Se i denne retning navnlig *Thomas Wilhelmsson*: *Konsumentskyddet i Finland* (1989) s. 105 ff og 400 f. Se også *Hans Petter Graver* i TfR 1990.947.

¹⁸⁾ »Begrebet forbrugeren er ofte mindre egnet som retsbegreb end som politisk løftestang«, hedder det hos *Bernhard Gomard*: *Introduktion til obligationsretten* (1979) s. 21. Den danske forbrugerombudsmands kompetence er da heller ikke begrænset til alene at angå forholdet mellem erhvervsliv og forbrugere, jf. herved markedsføringslovens § 15, stk. 1, (»føre tilsyn med, at loven overholdes, navnlig ud fra hensynet til forbrugerne«) og bekendtgørelse 890/1994 om regler for Forbrugerombudsmandens virksomhed § 1, stk. 2. Jf. desuden udviklingen fra forslaget om behandlingen af *forbrugersager* i betænkning 698/1973 s. 189 til overvejelser om særlige regler om *småsagers* behandling i betænkning 886/1979 og Smådagsudvalgets betænkning (nr. 1341/1997). Jf.. nærmere *Peter Møgelvang-Hansen* i J 1979.1 ff og i Advokatsamfundets Jubilæumsfestskrift (1994) s. 167 f. samt *Henrik Zahle* Udeblivelsesdomme s. 228 ff. Jf. også de forud for gennemførelsen af de fleste danske civilretlige forbrugerbeskyttende lovregler førte diskussioner om lignende beskyttelse af mindre erhvervsdrivende, se fx FT 1978-79 Forhandlingerne sp. 4782 f. (vedrørende forbruger køb). Se også *Palle Bo Madsen* i Retfærd 48 (1990) s. 52ff.

Efter den her foretagne afgrænsning er forbrugerretten en temmelig omfattende juridisk disciplin, som giver nærliggende muligheder for systematisk og sammenhængende behandling af retlige spørgsmål på tværs af de traditionelle juridiske faggrænser.

Forbrugerretten som "delmængde" af erhvervsretten

Erhvervsretten (som juridisk disciplin) angår den del af retssystemet, der har relevans for erhvervsvirksomhed.¹⁹⁾ Såvel erhvervsretten som forbrugerretten afgrænses således funktionelt.

Rollen som forbruger defineres her som en privatpersons relation til erhvervsvirksomheders markedsadfærd. Forbrugerretten er følgelig en "delmængde" af erhvervsretten, nærmere bestemt (navnlig) den, som vedrører erhvervsvirksomheders retsstilling på privatkundemarkedet.²⁰⁾

Selv om det er forskellige "aktørsynsvinkler" (og dermed forskellige "erkendelsesinteresser"), der styrer afgrænsningen af henholdsvis erhvervs- og forbrugerretten som juridiske discipliner, er der tale om to sider af samme sag, i det omfang det er de samme retsregler, der udgør "råstoffet" i begge discipliner.

Dette gælder tillige måden, hvorpå erhvervsretten og forbrugerretten bearbejder "råstoffet", jf. nærmere straks i det følgende.

Kendetegnende for erhvervsretten, således som det er ambitionen at profilere denne på Juridisk Institut ved Handelshøjskolen i København, er synet på den "erhvervsjuridiske opgave".²¹⁾ Denne går ud på at bearbejde erhvervsrettens "råstof", retsreglerne, i et andet øjemed end det, der præger den traditionelle, retssektororienterede ("juristjuridiske") retsvidenskab.

Erhvervsrettens sigtepunkt er virksomhedernes juridiske styring, dvs. deres anvendelse af retsreglerne med henblik på forebyggelse af konflikter og myndighedsindgreb. Den juridiske styring er et led i den sammensatte opgave, det er at lede en virksomhed. En virksomheds "juridiske risiko", dvs. risikoen

¹⁹⁾ Jf. *Børge Dahl*: Erhvervsjura som ledelsesredskab i FSRs Årsskrift 1990 s. 97 ff. samt Erhvervsjura i et markedsøkonomisk perspektiv (5. udg. 1999) s. 21 ff samt *Morten Wegener* i *Bent Iversen m. fl.*: Danish Business Law (2. ed. 2000) s. 3.

²⁰⁾ Jf. herved *Peter Blok* i TfR 1979.330. - Tekstens parantetiske: navnlig refererer til det forbehold, der må tages for de tilfælde, hvor der ikke er nogen direkte forbindelse mellem en virksomhed og privatkundemarkedet, men hvor der alligevel kan opstå retlige problemer, som bør anses for forbrugerretlige. Som eksempel kan nævnes "forbrugertingskade" forvoldt af et produkt, solgt til og anvendt som driftinventar i erhvervsvirksomhed, jf. produktansvarslovens § 2, stk. 2.

²¹⁾ Se nærmere herom og til det følgende *Børge Dahl*: Erhvervsjura som ledelsesredskab i FSRs Årsskrift 1990 s. 97 ff og Erhvervsjura i et markedsøkonomisk perspektiv (5. udg. 1999) s. 19 ff.

for at blive mødt med retlige ubehageligheder i form af myndighedsindgreb og/eller retlige sanktioner fra konkurrenter og aftagere mv., ved en given aktivitet ses med andre ord på linje med de finansielle, organisationsmæssige, drifttekniske, afsætningsmæssige etc. risici, der i øvrigt er forbundet med den pågældende virksomhed. Ligesom de øvrige risikotyper kan de juridiske risici beskrives, systematiseres og vurderes med henblik på, at de inddrages i grundlaget for erhvervsmæssige dispositioner. Erhvervsretten bliver hermed et redskab (blandt flere) til identifikation, afklaring og håndtering af de problemer, der kan være knyttet til påtænkte virksomhedsdispositioner.

En erhvervsret med dette program må for det første tage sit udgangspunkt i de virksomhedsdispositioner, hvis retlige sider den skal belyse, dvs. være *problemorienteret*. - Det samme gælder som nævnt forbrugerretten, som imidlertid tager sit udgangspunkt i, ikke virksomhedernes, men forbrugernes reelle problemer.

For det andet sætter erhvervsretten den *fremadrettede/præventive anvendelse* af retsreglerne i centrum. Dette er en følge af, at det er virksomhedernes primære interesse at indrette deres adfærd, således at de undgår retlige konflikter og myndighedsindgreb. - Også en væsentlig del af den forbrugerretlige interesse samler sig om reglernes indvirkning på virksomhedernes adfærd.

Med disse udgangspunkter må, for det tredje, erhvervsrettens faglige tilgang selvsagt være *funktionel*. - Når en virksomheds juridiske risiko ved fx en planlagt reklamekampagne skal belyses, samler interessen sig (alt andet lige og uden smålig skelen til de traditionelle, juridiske disciplininddelinger) i lige så høj grad om risikoen for myndighedsindgreb efter markedsførings- eller produktsikkerhedslovgivningen, risikoen for konkurrentkrav efter markedsførings- eller immaterialretslovgivningen etc. som om risikoen for aftagerkrav efter købe- eller produktansvarslovgivningen.

En lige så selvfølgelig konsekvens af de to førstnævnte udgangspunkter er, at det, for det fjerde, er lovgivningen på det (eller de) relevante marked(er), der tiltrækker sig interesse; erhvervsretten må mao. anlægge en *integreret national og international synsvinkel*.

I modsætning hertil tager den traditionelle ("juristjuridiske") retsvidenskab udgangspunkt i den formaliserede løsning ved danske domstole af opståede retstvister og holdbarheden af foretagne myndighedsindgreb, dvs. en "bagudrettet" anvendelse af retsreglerne med henblik på retligt korrekt subsumtion af foreliggende konkrete oplysninger. Med dette sigtepunkt samler den retsvidenskabelige opgave sig om systematiseringen og den detaljerede beskrivelse af retsreglernes indhold.

Hvor den erhvervsjuridiske synsvinkel er problemorienteret og fremadrettet, er den "juristjuridiske" regelorienteret og bagudrettet.

De forskellige udgangspunkter for de to måder at behandle retsstoffet teoretisk på må bl.a. ses i lyset af, at den undervisning, der er knyttet til de respektive forskningsmiljøer, har forskellige målgrupper.

Den juridiske kandidatuddannelse har særlige forpligtelser med hensyn til uddannelsen af retssektorens personel, hvilket gør det nærliggende, at udgangspunktet tages i løsningen af opståede retskonflikter, jf. i denne retning betænkning 1062/1985 om reform af den juridiske kandidatuddannelse. Derimod kan det umiddelbart undre, at erhvervsretsundervisningen på de økonomiske uddannelser sigtende mod erhvervslivets beslutningstagere indtil for få år siden over stort set hele linjen fremtrådte som undervisning i "juristjura" en miniature. En væsentlig del af forklaringen er formentlig, at etableringen/udbygningen af de juridiske forskningsmiljøer uden for de retsvidenskabelige institutter på de to gamle universiteter først rigtig kom i gang i 1980'erne.

De anførte forskellige udgangspunkter for den teoretiske behandling af retsstoffet er ikke modsætninger.²²⁾ Tværtimod kan den erhvervsjuridiske tilgang siges at ligge i forlængelse af og dermed forudsætte den "juristjuridiske", idet bestemmelsen af den juridiske risiko ved en given erhvervsmæssig disposition (bl.a.) må bygge på en vurdering af, hvorvidt dens foretagelse efter gældende ret kan udløse retlige reaktioner.

Den "erhvervsjuridiske" prognose angående en påtænkt disposition foretages dog *ex ante* set i forhold til den pågældende virksomhedsdisposition. Den foretages derfor typisk på et langt mere ufuldstændigt faktaunderlag end den "ex post prognose", som fx advokat - efter at der er disponeret, og virkningerne heraf er kendte - foretager vedrørende udfaldet af en eventuel retssag om erstatning for tab forårsaget af en foretagen disposition.

Ved "ex ante prognosen" er fx erstatningsproblemer en eventuel følge af den påtænkte disposition. Prognosen må derfor opstilles på grundlag af forskellige hypotetiske, faktiske forløb eller opstille en række mere eller mindre usikre forudsætninger.²³⁾ Ved at tage udgangspunkt i forsigtighedsprincippet, dvs. kalkulere med det for virksomheden værst tænkelige faktiske forløb, kan den erhvervsjuridiske prognose ikke desto mindre tjene sit formål: at forhåndsidentificere de juridiske risici med henblik på at give virksomheden

²²⁾ Der fx intet i vejen for, at de "gamle" jurauddannelser også i et vist omfang inddrager det fremadrettet forebyggelsesperspektiv, jf. herved Henrik Zahle i Årsberetning 1994 fra Retsvidenskabeligt Institut B, Københavns Universitet s. 159 ff med efterlysning heraf..

²³⁾ Selv om det produkt, en virksomhed påtænker at sende på markedet, må anses for "defekt", kan det meget vel tænkes, at virksomheden har det held, at produktet ikke forvolder skade, eller at de skader, som det forvolder, ikke medfører retligt ansvar for virksomheden, fx fordi der foreligger egen skyld, eller at et eventuelt erstatningsansvar aldrig bliver gjort gældende, fx fordi skaden dækkes af et forsikringsselskab, som ikke ønsker at gøre regres. Selv om uheldet måtte være ude, og virksomheden pådrager sig ansvar, er det ex ante et åbent spørgsmål, hvor store tab der bliver tale om at erstatte.

et grundlag for minimering heraf og kontrol hermed. Hermed undgås, at konsekvenserne af de aktualiserede risici kommer som en ubehagelig overraskelse for virksomheden. Desuden sikres, at dispositionen - hvis virksomheden med kendskab til de juridiske implikationer overhovedet ønsker at disponere som oprindeligt tilsigtet - er et udslag af en afvejning af fordele og ulemper ved (yderligere) risikominimering.²⁴⁾

"Ex post prognosen" vedrører derimod typisk et aktuelt, konkret foreliggende forløb, hvor spørgsmålet er, om dette har udløst en retsfølge. Fordi forløbet er kendt, er det muligt at foretage en langt mere detaljeret og nuanceret, retlig vurdering, herunder inddragelse af de retligt relevante - set i forhold til dispositionens foretagelse - "efterfølgende" omstændigheder, såsom fx tabsudmåling og den skadelidtes adfærd (egen skyld, reklamation, etc.).

De forhold, som den pågældende virksomhed selv er herre over (i relation til fx erstatningsretlige spørgsmål navnlig elementerne i ansvarsgrundlaget) kan derimod inddrages på stort set samme måde i begge de respektive prognoser. Mens sådanne ("oprindelige") forhold er helt centrale for ex ante synsvinklen og dermed for den erhvervsretlige tilgang, påkalder de nævnte "efterfølgende" forhold sig ikke helt så stor interesse for denne synsvinkel. Det er ofte faktorer, som den pågældende virksomhed ikke har nogen eller dog kun beskedne muligheder for selv at påvirke, og som derfor må indgå i en "ex ante prognosen" med en skønnet vægt.

Samtlige de nævnte retsfakta, såvel de "oprindelige" som de "efterfølgende", er umiddelbart hver for sig i lige høj grad egnede til i det enkelte tilfælde at påvirke udfaldet af en eventuel retskonflikt. De er derfor i princippet alle lige interessante for ex post synsvinklen og dermed den traditionelle, "juristjuridiske" tilgang.

Det her anvendte forbrugerretsbegreb, jf. ovenfor, er kendetegnet ved forbrugersynsvinklen. Det er de private husholdningers retlige relationer til virksomhedernes markedsadfærd, der står i centrum ved afgrænsningen af de spørgsmål, som behandles. I forbrugerretten samler interessen sig om virksomhedsadfærdens indvirkning på forbrugerinteresser.

Ligesom interessen for retsregler set fra en generel virksomhedssynsvinkel i første række er knyttet til, hvordan man undgår retlige konflikter, er interessen for retsregler set fra en generel forbrugersynsvinkel primært koncentreret om, hvordan reglerne "virker", dvs. hvilke krav de stiller til virksomhedernes markedsadfærd i forhold til forbrugerne, og om den forbrugerrelaterede virksomhedsadfærd lever op til den standard, reglerne er udtryk for. Set fra såvel erhvervsrettens som forbrugerrettens "aktørsynsvin-

²⁴⁾ Jf. herved *Børge Dahl* i FSRs Årsskrift 1990 s. 109.

ker" er det således retsreglernes betydning for virksomhedernes markedsadfærd og dermed ex ante perspektivet, der er i fokus og tiltrækker sig den primære interesse.

Ligesom virksomhederne tillige er interesserede i, hvad deres retsstilling er i tilfælde, hvor den "juridiske risiko" har vist sig at være aktuel, er forbrugerne selv sagt også interesseret i, hvilke retlige reaktionsmuligheder der er tilstede i tilfælde, hvor det har vist sig, at forbrugerretlige regler ikke "virker" i den anførte forstand. For begge "aktørsynsvinkler" påkalder reglernes konkrete anvendelse på opståede retskonflikter og dermed ex post perspektivet sig således også væsentlig interesse.

Til forskel fra den retssektororienterede "juristjura" er det imidlertid ikke den retlige konfliktløsning, men de reelle virksomheds- og forbrugerproblemer, som er udgangspunktet for henholdsvis erhvervs- og forbrugerretten i den her angivne forstand.

Det er med andre ord retsreglernes handlingsdirigerende effekt på erhvervsvirksomhedernes adfærd, der - set gennem henholdsvis de agerendes og forbrugernes briller - står i centrum for begge discipliner. Det harmonerer hermed, at både erhvervsretten og forbrugerretten afgrænses funktionelt, og at den overordnede tilgang til stoffet i begge discipliner er problemorienteret.²⁵⁾ Forskellene på de to discipliner viser sig navnlig i de forskellige "aktørsynsvinkler", som selv sagt smitter af på formuleringen og behandlingen af de overordnede problemstillinger.

²⁵⁾ Begreberne ex ante og ex post er her anvendt til at beskrive forskellige retsteoretiske tilgange ved behandlingen af retsstoffet (retssektor- og regelorienteret kontra problemorienteret og funktionel).

Den interne revision i finansielle virksomheder og koncerner. Opgaver og ansvar

af
Bernhard Gomard

I. Retsgrundlaget

Chef og medarbejdere i *intern revision* har de opgaver, rettigheder og pligter, som er fastlagt i de indgåede ansættelseskontrakter med virksomheden og i Funktionærloven. For den *eksterne revision*, den eller de revisorer, som generalforsamlingen har valgt, gælder reglerne i Revisorlovene og i revisors kontrakt med selskabet. Den valgte revision er undergivet de almindelige regler om revision i Årsregnskabslovens (ÅRL) kapitel 8a. Disse regler gælder også revisionen i pengeinstitutter og realkreditinstitutter, uanset at disse virksomheder ikke i øvrigt er omfattet af ÅRL, jfr. denne lovs § 1, stk. 1, 3. og 4. pkt. Både den valgte og den interne revisions opgaver og pligter er lagt nøjere fast i en Bekendtgørelse om revisionens gennemførelse i finansielle virksomheder og finansielle koncerner nr. 1018 af 15. december 1999, der er udstedt med hjemmel i lovene om virksomhederne i den finansielle sektor, banker og sparekasser, forsikringsselskaber, realkreditinstitutter, fondsmæglerselskaber og investeringsforeninger. Reglerne om opgaver og pligter for intern revision er omtalt under II, og reglerne om ansvaret for intern revision er gennemgået under III.

Opgaver, pligter og ansvar hører uløseligt sammen. Spørgsmål om ansvar melder sig, hvor pligter ikke er opfyldt. Forsømmelse og skødesløshed ved udførelsen af pligtsæssigt revisionsarbejde kan medføre strafansvar og erstatningsansvar. Der findes en lovfæstet regel om den *valgte* revisions erstatningsansvar i Aktieselskabslovens § 141 og en lempelsesregel i lovens § 143. I Erstatningsansvarslovens § 23 findes der en videregående lempelsesregel om begrænsning af ansvaret for alle ansatte (arbejdstagere), også en ansat revisionschef og medarbejderne i intern revision, jfr. nedenfor i III nr. 2. Disciplinæransvar efter Revisorlovene omfatter de valgte revisorer, men ikke intern revision. Straffebestemmelser i bekendtgørelser, bl.a. bødebestemmelsen i § 33 i Revisionsbekendtgørelsen af 19. december 1999 omfatter alle dem, bekendtgørelsen er rettet mod, jfr. nedenfor i III nr. 4.1, og

de alvorligere bestemmelser i Straffeloven omfatter enhver, jfr. nedenfor i nr. III nr. 4.2.

II. Revisionens opgaver og pligter

1. Fælles regler for den finansielle sektor

Der fandtes tidligere særlige bekendtgørelser om gennemførelsen af revision i de forskellige typer af virksomheder i den finansielle sektor, pengeinstitutter, forsikringsselskaber og realkreditinstitutter, fondsmæglerselskaber og investeringsforeninger, men som et led i bestræbelserne for at harmonisere og forenkle reguleringen af den finansielle sektor blev disse bekendtgørelser samlet i Bekendtgørelse nr. 999 af 17. december 1998, som allerede er afløst af Bekendtgørelse om Revisionens Gennemførelse i finansielle Virksomheder og finansielle Koncerner nr. 1018 af 15. december 1999. Bekendtgørelsen af 1999 indeholder i kapitel 1-5 regler, der gælder for alle finansielle virksomheder, d.v.s. både banker og sparekasser, forsikringsselskaber, realkreditinstitutter, fondsmæglerselskaber og investeringsforeninger og også for koncerner og de enkelte virksomheder i koncerner, hvor moderselskabet er en finansiell virksomhed men ikke i koncerner hvor datterselskaber er finansielle virksomheder (BSL§37b), jfr. Bekendtgørelsens § 1. I kapitel 6 indeholder Bekendtgørelsen særbestemmelser for de enkelte finansielle virksomhedstyper. Målet er vel en så vidt muligt fælles ensartet regulering af den finansielle sektor. Også andre bekendtgørelser, der er af særlig interesse for revisionen, således bl.a. Bekendtgørelse om spekulationsforretninger nr. 868 af 25. november 1997 og Bekendtgørelse om koncerninterne transaktioner nr. 189 af 24. marts 1998, gælder om alle arter af finansielle institutioner. Indberetningskravet i Spekulationsbekendtgørelsen omfatter også ledelsen af intern revision. Koncerninternbekendtgørelsen hører til de regler, som det efter de gældende funktionsbeskrivelser i almindelighed påhviler intern revision at påse overholdes ligesom de lovfæstede regnskabsregler.

2. Bekendtgørelsen af 15. december 1999 om Revision i finansielle Virksomheder

I Betænkning nr. 1108/1987 om brancheglidning i den finansielle sektor omtales s. 53 nogle "tilsynsmæssige aspekter". Udvalget fandt, at Finanstilsynets virksomhed for hele sektoren bør drejes fra en kontrol med enkeltsager til en observation af sektoren på basis af systemer, såsom lovregler, forretningsgange, regnskabsbestemmelser og lign. Denne ønskede ændring vil lægge øget vægt på institutionernes egne interne overvågningssystemer, og

Udvalget fandt det nødvendigt at udbygge både reglerne om de eksterne revisorer og om den interne revision og kontrol samt om gennemførelsen af revisionen (s. 54-55). Udvalgets betænkning dannede grundlag for et Lovforslag nr. L 141 til en lov om ændringer af lov om banker og sparekasser m.v. der blev fremsat af Industriministeren den 14. december 1988. og vedtaget som Lov nr. 327 af 24. maj 1989. Loven indeholder bl.a. den nuværende bestemmelse om revision i § 34 i Bank- og Sparekasseloven (BSL).¹⁾ Nyt i BSL § 34 var, at Finanstilsynet kan fastsætte bestemmelser om gennemførelsen af revisionen i pengeinstitutter, herunder om oprettelse af interne revisionsafdelinger og systemrevisionsafdelinger, jfr. § 34, stk. 5, og at et pengeinstituts moder-, søster- og datterselskabers regnskaber skal revideres af de samme revisorer, som reviderer pengeinstituttets regnskab, jfr. § 34, stk. 2. Betænkningen nr. 1108/1987 havde foreslået (s. 43), at der bør være sammenfald mellem den eksterne revision i moder-, søster- og datterselskaber, jfr. således nu også ÅRL § 61d, og Bekendtgørelsen af 1999 stiller i § 12 dette krav til intern revision. Den interne revision i de virksomheder, som er omfattet af Bekendtgørelsen af 1999, skal være intern revision i alle virksomheder i koncernen, såfremt denne er omfattet af Bekendtgørelsen. Revisionschefens pligt til at påtegne årsregnskabet er dog, begrænset til koncernregnskabet og årsregnskabet for dattervirksomheder med hjemsted i Danmark, jfr. Bekendtgørelsens § 15, stk. 1 Funktionsbeskrivelsen og Revisionsinstruksen for den interne revision *kan* (ikke skal) udarbejdes for koncernen som helhed, jfr. Bekendtgørelsens §§ 10 og 11, stk. 1.

3. Funktionsbeskrivelse og Revisionsinstruks

Den eller de *valgte revisorer* skal revidere årsregnskabet i overensstemmelse med god revisionsskik og herunder foretage en kritisk gennemgang af selskabets regnskabsmateriale og dets forhold i øvrigt, jfr. Årsregnskabslovens § 61g, stk. 1. Indholdet af den revision, der skal foretages af de valgte revisorer i en finansiel virksomhed, er nærmere beskrevet i Bekendtgørelsen af 1999 kapitel 2. Bestemmelserne i dette kapitel i Bekendtgørelsen består i en præcisering af, hvad god revisionsskik kræver i § 2 af den valgte revisions kontrol med at særlige krav i lovgivningen om de finansielle virksomheder er

¹⁾ Ved lov nr. 1052 af 23. december 1998 blev der indsat en bestemmelse i Lov om forsikringsvirksomhed som § 179, der ganske svarer til Bank- og Sparekasselovens § 34.

opfyldt i § 3 og endelig i § 4 af bestemte detaljerede krav til indførsler i den valgte revisions protokol.²⁾

Der *skal* oprettes intern revision i større finansielle virksomheder, jfr. Bekendtgørelsens §§ 18, 21 og 27, og der *kan* oprettes intern revision i andre virksomheder, både i og uden for den finansielle sektor. I ethvert børsselskab skal bestyrelsen tage stilling til, om der skal oprettes en intern revision, jfr. Aktieselskabslovens § 56, stk. 5, nr. 10. En intern kontrol i en finansiell virksomhed, der også udadtil benævnes som en intern revision skal følge reglerne i Bekendtgørelsen af 1999. Bekendtgørelsen indeholder ikke generelle bestemmelser om den interne revisions opgaver svarende til ÅRL § 61g og Bekendtgørelsens §§ 2 og 3 om den valgte revision. Revisionsopgaverne deles mellem den valgte og den interne revision ved en *Revisionsinstruks*, der aftales mellem den valgte revision og chefen for den interne revision, jfr. Bekendtgørelsens §§ 5 og 11. Meningen med bestemmelsen er bl.a. at undgå unødvendigt dobbeltarbejde. Den valgte revision skal kontrollere den interne revision, jfr. §§ 11, stk. 2 og 4, stk. 6. Revisionschefen skal påtegne regnskabet og skal tage forbehold i påtegningen, "såfremt den af intern revision foretagne revision indebærer, at årsregnskabet eller koncernregnskabet efter revisionschefens opfattelse ikke giver et retvisende billede af virksomheden henholdsvis koncernens aktiver og passiver, økonomiske stilling samt resultat". Bekendtgørelsen må formentlig forstås således, at samarbejdet med den valgte og den interne revision sætter begge revisioner i stand til at danne sig en begrundet opfattelse af, om regnskabet er retvisende. Ordene "såfremt den af den interne revision foretagne revision indebærer", der blev tilføjet i Bekendtgørelsen af 1999, skal vise at intern revision kan begrænses til visse revisionsopgaver. Er revisionen således begrænset skal dette fremgå af påtegningen.

Hvilke revisionsopgaver der skal udføres af den interne revision fastsættes i en Funktionsbeskrivelsen, som skal godkendes af bestyrelsen. Funktionsbeskrivelsen skal bl.a. indeholde bestemmelser om den interne revisions almindelige beføjelser, ansvar og arbejdsopgaver, jfr. Bekendtgørelsens § 10.

Reglerne i FAL § 61g og Bekendtgørelsens kapitel 2 indeholder faste regler om den valgte revisions opgaver. Indholdet af Bekendtgørelsens kapitel 3 om den interne revision er i modsætning hertil en henvisning til den individuelle ordning, der er fastsat i den enkelte virksomhed. Bekendtgørelsen kræver, at den interne revision sætter revisionschefen i stand til at opfylde sin påtegningsforpligtelse efter Bekendtgørelsens § 15, navnlig dennes stk. 2 og

²⁾ Bestemmelsen gælder ved siden af de almindelige regler i ÅRL § 61j og Erklæringsbekendtgørelsen § 19, sml. *Hasselager m.fl.*: Revisorlovgivningen, 2. udg. 1997, s. 437 f.

3, men da den interne revision ikke nødvendigvis skal være en fuldstændig revision, men kan være begrænset til de revisionsopgaver, som er angivet i Funktionsbeskrivelsen, må påtegningen klart vise, hvad den interne revision har kontrolleret. Det er blevet praksis i hvert fald i større virksomheder, at det offentliggjorte regnskab forsynes med en påtegning af intern revision, der er helt eller i det væsentlige ligelydende med de valgte revisorers påtegning. Denne praksis forudsætter, at intern revision skal udføre det revisionsarbejde, som er nødvendigt for at kunne give en sådan generel revisionspåtegning. Det er ikke almindeligt i andre lande, at det officielle regnskab påtegnes af intern revision.

Funktionsbeskrivelsen (i moderselskabet) fastlægger den interne revisions almindelige beføjelser, ansvar og arbejdsopgaver, og kan også træffe bestemmelse om yderligere arbejde, der ønskes udført af intern revision og om forhold af organisatorisk karakter, f.eks. om særlig kontrol med kundebogholderi, sikkerhed mod besvigelser og egentlig forvaltningsrevision. Det siges i Bekendtgørelsens § 10, at aftaler (pålæg) om udførelse af særlige revisionsopgaver skal optages i Funktionsbeskrivelsen. Det er dog tilstrækkeligt, at engangsopgaver for den interne revision fremgår af dennes revisionsprotokol. Den aftale om udførelsen af selve revisionsarbejdet, der skal nedfældes i en aftale - Revisionsinstruksen - mellem de valgte revisorer og chefen for den interne revision, må give de to valgte revisorer adgang til at nyttiggøre sig den interne revisions arbejde. Bekendtgørelsen tager ikke stilling til, om intern revision har en naturlig opgave med kontrol af de enkelte kunders konti. I et regnskab bestemt for aktionærer, kreditorer og forretningsforbindelser er væsentlighedsprincippet er acceptabelt og rimeligt, men den enkelte kunde er interesseret i sin konto og kontrakt. Ikke alle kunder orker selv at følge med i, om deres konti føres korrekt.

En udtrykkelig klar bestemmelse om den interne revisions opgaver ville lette forståelsen af Bekendtgørelsen. Det burde gøres klart, at de nærmere bestemmelser om intern revisions opgaver er fastsat i Funktionsbeskrivelsen, og at intern revisions opgaver kan begrænses til den bistand for den valgte revision som nærmere aftales i Revisionsinstruksen og til forhold af særlig betydning for den enkelte finansielle virksomhed. I bemærkningerne til et udkast til en følgelov til en ny Årsregnskabslov foreslås (i § 82) kravet om valg af to revisorer i børsnoterede selskaber ophævet. Dette forslag omfatter ikke de finansielle virksomheder. I virksomheder der fastholder, at intern revision skal omfatte en fuldstændig revision, bliver afstanden mellem finansielle virksomheder og almindelige børsselskaber fremtidigt stor: 3 mod 1 revisor.

4. Revisionspåtegningen

De valgte revisorer skal påtegne årsregnskabet og i påtegningen bekræfte, at de har revideret årsregnskabet og et eventuelt koncernregnskab, jfr. Årsregnskabslovens § 61 og Bekendtgørelsens § 14. Bestemmelsen i ÅRL om revisionspåtegningen er med hjemmel i lovene om statsautoriserede og registrerede revisorer uddybet i Bekendtgørelse om statsautoriserede og registrerede revisorerers erklæringer m.v. nr. 90 af 22. februar 1996, i almindelighed kaldet *Erklæringsbekendtgørelsen*. Bekendtgørelsen af 1999 bestemmer udtrykkeligt i § 14, at de valgte revisorer skal give revisionspåtegning på årsregnskab m.m. i finansielle virksomheder i overensstemmelse med Erklæringsbekendtgørelsens kapitel 2. Erklæringsbekendtgørelsen af 1996 gælder kun om den valgte revision. Om den interne revision gælder alene § 15 i Bekendtgørelsen af 1999, der har hjemmel i lovene om de finansielle virksomheder, bl.a. BSL § 34, stk. 5.

Bestemmelsen i Bekendtgørelsens § 15 medtager alle dattervirksomheder med hjemsted i Danmark og filialer i udlandet, men ikke udenlandske datterselskaber. Regnskabet for en filial indgår som en bestanddel af hovedvirksomhedens regnskab. Revisionschefen skal, i den påtegning, som det efter § 15, stk. 1 påhviler ham at afgive på regnskabet, erklære, *at* den interne revision er udført i henhold til den aftalte arbejdsdeling med den valgte revision, som er indeholdt i Revisionsinstruks efter Bekendtgørelsens § 11, jfr. § 15, stk. 2, og *at* årsberetningen indeholder de krævede oplysninger, herunder oplysninger om virksomhedens og koncernens økonomiske udvikling, og at årsberetningen ikke er i strid med årsregnskabet eller koncernregnskabet, jfr. Bekendtgørelsens § 15, stk. 3. Der skal tages forbehold såfremt den faste interne revision giver grund dertil. Det synes nødvendigt at det klart oplyses om den interne revision har været en fuldstændig eller begrænset revision. Bekendtgørelsen af 1998 benyttede det uheldige udtryk at revisionschefen skulle *indestå* for sin påtegning. Ingen kan give en egentlig garanti, og ordet er fjernet i Bekendtgørelsen af 1999.

FSR's responsumudvalg har i et responsum nr. 1044 af 20. februar 1995 til brug for straffesagen i Nordisk Fjer udtalt om samarbejdet mellem de to valgte revisorer i børsselskaber udtalt, at det er sædvanlig praksis, at de to statsautoriserede revisorer deler arbejdet mellem sig. Hensigten med kravet om valg af to revisorer er ikke at udføre dobbelt revisionsarbejde. Udførelsen af revisionen af de enkelte områder/regnskabsposter vil oftest alene blive udført af en af de valgte revisorer, men at begge de valgte revisorer har det fulde overordnede ansvar for, at revisionen udføres i overensstemmelse med god revisionsskik, og for at revisionspåtegningen gengiver revisorerens konklusion om årsregnskabet. Der kan træffes aftaler om, at en revisor eller revision er

“hovedrevisor” på nogle områder og en anden revisor på andre områder. Responsum nr. 1044 stemmer overens med udtalelserne i FSR’s Revisionsvejledninger nr. 3 og nr. 20 om betingelserne for i sin egen revision at anvende en anden revisors arbejde. FSR’s Responsum nr. 1044 angår ikke forholdet mellem ekstern og intern revision og har ikke taget stilling til formål og omfang af intern revision.³⁾ Beskrivelsen af samarbejdet mellem to valgte revisorer kan give en vis vejledning for samarbejdet med den valgte revision og en intern revision, der skal være en fuldstændig revision. Begge må tage del i planlægningen af revisionen og gennemgå hinandens arbejdsplaner, instrukser og konkluderende notater i et sådant omfang, at de kan føle sig overbeviste (danne sig en begrundet, selvstændig mening) om, at der er udført en revision i overensstemmelse med god revisionsskik. Bekendtgørelsen kan ikke antages at stille større krav om den enkelte revisions selvstændighed end responsum nr. 1044, men Bekendtgørelsens regler om “arbejdsdeling” (§ 15, stk. 2) og “samarbejdet” mellem ekstern og intern revision giver heller ikke en særlig videregående adgang til at begrænse hverken den eksterne eller interne revisions indsats, hvis begge revisorer skal give påtegninger om den udførte revisioner som skal opfylde de fulde krav i ÅRL § 61g og Erklæringsbekendtgørelsen.

5. Revisionsprotokoller

De valgte revisorer og den interne revision skal føre hver sin revisionsprotokol, jfr. Bekendtgørelsens §§ 4 og 13. Bestemmelsen i § 13 om den interne revisions protokol indeholder ikke nærmere bestemmelser om, hvilke forhold der skal påses af den interne revision eller om hvilke forhold, den interne revision skal give bestyrelsen meddelelse om ved en indførsel i protokollen.

Revisionschefen skal både underskrive den interne revisions protokol og tilførslerne til de valgte revisorers revisionsprotokol, jfr. Bekendtgørelsens § 4, stk. 1, sidste pkt. Denne regel betyder i hvert fald, at revisionschefen skal gøre sig bekendt med de meddelelser, som de valgte revisorer giver bestyrelsen i deres revisionsprotokol, men revisionschefen skal formentlig også under en eller anden form skal underrette bestyrelsen om sin eventuelle afstandtagen fra indholdet af disse meddelelser fra den valgte revision. Kendskab til eventuelle meningsforskelle kan være af væsentlig betydning for bestyrelsen. Også de valgte revisorer skal underskrive både deres egen protokol og den interne

³⁾ FSR’s responsum nr. 1044 er mere udførligt citeret og kommenteret i *Runge Johansens gennemgang af dommen i sagen i R & R nr. 3/1999*, s. 8 ff. Responsum nr. 1044 indeholder en meget instruktiv redegørelse for de krav der efter god revisionsskik stilles til revisors efterprøvelse af værdiansættelser m.m. i årsregnskabet.

revisions protokoltilførsler, jfr. § 13, stk. 1, 3. pkt. De valgte revisorer skal i deres egen revisionsprotokol gøre bemærkning om enighed eller om en mulig uenighed med den interne revision, jfr. Bekendtgørelsens § 4, stk. 6, nr. 2. Der findes ikke en tilsvarende udtrykkelig bestemmelse om den omvendte situation. Heraf kan dog formentlig kun slutes, at den interne revision står frit over for *hvordan* den vil give udtryk for en eventuel uenighed med de valgte revisorer, men næppe at intern revision må - endsige bør - holde en kritik, som den anser for betydningsfuld, for sig selv.

Bestyrelsen, modtager og skal underskrive begge de to revisionsprotokoller. Bestyrelsens underskrifter af revisionsprotokollerne skal sikre, at alle medlemmerne af bestyrelsen har gjort sig bekendt med indholdet af protokollerne, jfr. herved ÅRL § 61j og - for børsselskaber - ASL § 56, stk. 5, nr. 8.

6. Samarbejde og Arbejdsdeling

Etablering af et effektivt samarbejde og en praktisk arbejdsdeling mellem de valgte revisorer og den interne revision er væsentlig. De valgte revisorer og den interne revision skal i Revisionsinstruksen træffe aftale om fordelingen af revisionsarbejdet, og det kan også aftales, at visse redegørelser, der ellers skulle indeholdes i de valgte revisorers protokol, alene omtales i den interne revisionsprotokol, jfr. Bekendtgørelsens § 5. Det synes praktisk ikke at optage længere enslydende redegørelser i de to protokoller, men at bringe en redegørelse udarbejdet i fællesskab alene i den ene protokol, mens den anden protokol nøjer sig med en henvisning. Bestemmelsen i Bekendtgørelsens § 5 stiller ikke krav om, at der gøres henvisning om de dér nævnte emner.

En aftale efter § 5 betyder ikke, at den valgte revision ikke behøver befatte sig med de forhold, for hvilke der alene redegøres i den interne revisions revisionsprotokol. Reglen i § 5 må antages alene at have til formål at undgå overflødige gentagelser.

Den valgte og den interne revision kan vanskeligt afgive en fælles påtegning, da der ikke er fuldt sammenfald mellem reglerne om den eksterne og den interne revisions opgaver og pligter, jfr. herved FSR's Revisionsvejledning nr. 20 om ekstern revisions anvendelse af intern revisions arbejde pkt. 3.3. Der kan findes en vis vejledning for den valgte revision om den mulige og normale arbejdsdeling mellem intern og ekstern revision i det ovenfor omtalte responsum nr. 1044 om Nordisk Fjer og i FSR's Revisionsvejledninger nr. 3 og især nr. 20, selv om disse vejledninger er udarbejdet før Bekendtgørelsen af 1999 og derfor ikke fuldt ud har kunnet tage hensyn til de regler den indeholder.

Der kan ikke mellem to valgte revisorer eller mellem den eksterne og den interne revision aftales en Revisionsinstruks, som bindende og ufravigeligt fastlægger en arbejdsdeling mellem revisorerne, således, at nogle områder falder helt uden for området for ekstern eller intern revision. Forsvarligheden af at forlade sig på en anden revisors arbejde må både for eksterne revisorer og for intern revision til syvende og sidst bedømmes konkret. Vil man åbne adgang for en videregående arbejdsdeling med den valgte revision, der begrænser den interne revisions opgaver måtte dette klart markeres ved brug af en begrænset påtegning fra den interne revision. Det har, synes det hjemmel i Bekendtgørelsen at åbne mulighed for en begrænset revision ved bestemmelsen herom i Funktionsbeskrivelsen, jfr. navnlig den nye formulering af § 15, stk. 3.

III. Den interne Revisions Ansvar

Et ansvar for revisionschef og medarbejdere i intern revision forudsætter, at det godtgøres, at den pågældende har begået fejl og derved udvist forsømmelse og skødesløshed. Den tidligere sprogbrug i Bekendtgørelsen § 15, stk. 2 og 3, hvorefter revisionschefen med sin påtegning "indestår for", at visse krav til den interne revision er opfyldt, var uheldig og er forladt i Bekendtgørelsen af 1999. Det er åbenbart, at revisionschefens påtegning ikke indeholder en egentlig garanti. Ansvar forudsætter forsømmelighed. Hvilke pligter, der påhviler intern revision, beror efter Bekendtgørelsen af 1998 på indholdet af den efter §§ 10 og 11 udarbejdede Funktionsbeskrivelse og Revisionsinstruks og på de almindelige regler i Bekendtgørelsen. Udviklingen af intern revision i den finansielle sektor er gået i retning af i stigende omfang at pålægge intern revision at udføre en fuldstændig revision. Regnskabslæserne kender hverken Funktionsbeskrivelse eller Revisionsinstruks. En begrænsning i den interne revisions indsats må fremgå af påtegningen. Omvendt kan der heller ikke stilles krav f.eks. om en særlig dybtgående detailgennemgang af kundemellemværende eller af særlige bank-, forsikrings-, realkreditrutiner eller lign.

Revisorlovene pålægger de valgte revisorer tavshedspligt, og der påhviler også den interne revision ligesom andre ansatte i virksomheder i den finansielle sektor tavshedspligt om fortrolige oplysninger, som de får kendskab til under udøvelsen af deres hverv, jfr. således Bank- og Sparekasseloven § 54, stk. 2 og Lov om Forsikringsvirksomhed § 258. Reglerne i BSL § 34, stk. 8 og LFV § 190, stk. 2 om Finanstilsynets beføjelse til at afkræve revisorerne også fortrolige oplysninger om virksomheden omfatter både ekstern og intern revision, jfr. herved *Boye Jacobsen m.fl.*: Bank- og Sparekasseloven, 1996 s. 259 f.

Spørgsmål om ansvar stiller sig forskelligt, alt efter hvilken sanktion der er på tale. Sanktionerne og deres retlige grundlag eller hjemmel er derfor omtalt hver for sig i de følgende numre 1-3.

1. Funktionærloven

Revisionschef, vicerevisionschef og de øvrige medarbejdere i intern revision er ansat som funktionærer i den finansielle virksomhed og er derfor omfattet af Funktionærloven og bl.a. også af Ferieloven og Lov om Lønmodtagernes Garantifond. Undtagelsen i Funktionærlovens § 1, stk. 2 af personer, der *ikke* "indtager en tjenestestilling, således at han er undergivet arbejdsgiverens instruktion", omfatter næppe den interne revision.⁴⁾ Der gælder ganske vist særlige regler om revisionschef og vicerevisionschef. Ansættelse og afskedigelse kan alene foretages af bestyrelsen. Der kræves en teoretisk uddannelse svarende til kravene til statsautoriseret eller registreret revisor og tillige en uddannelse i praktisk revisionsarbejde, jfr. nærmere Bekendtgørelsen af 1999 § 7, stk. 1-3 samt - om vicerevisionschefen - § 7, stk. 6. Finanstilsynet skal underrettes om, hvem der er revisionschef i virksomheden, jfr. § 8, og revisionschefen har adgang til alle oplysninger, som er nødvendige for at kunne gennemføre revisionen, herunder også bestyrelsesprotokollen. Hverken revisionschefen eller medarbejderne i den interne revision må deltage i andet arbejde i virksomheden end det, der er omfattet af Revisionsinstruksen, jfr. Bekendtgørelsens § 9. De særlige regler i Bekendtgørelsen indebærer imidlertid ikke, at revisionschef og vicerevisionschef er funktionærer. Revisionen deltager ikke i ledelsen af virksomheden og er undergivet virksomhedens almindelige regler om arbejdstid m.m. En revisionschef kan sige op og kan opsiges - af bestyrelsen - efter bestemmelserne i hans ansættelseskontrakt og i Funktionærlovens § 2. Revisionschef og vicerevisionschef kan ligesom de øvrige medarbejdere i den interne revision bortvises i tilfælde af grov misligholdelse af deres pligter efter ansættelseskontrakterne, som, medmindre andet er sagt, må antages at henholde sig til bestemmelserne i Funktionsbeskrivelsen og Revisionsinstruksen om revisionschefens og den interne revisions forpligtelser, jfr. herved Funktionærlovens § 4 og *Carlsen*: Dansk Funktionærret, 6. udg. 1998, s. 246. Også reglerne i Funktionærlovens §§ 3 og 4 om erstatning til funktionæren eller til arbejdsgiveren i tilfælde af, at funktionæren uberettiget bortvises eller bortvises med rette, finder anvendelse over for intern revision.

⁴⁾ Se herved UfR 1981.21 H hvorefter en direktør ikke er funktionær, selv om han ikke var anmeldt som direktør samt *Carlsen*: Dansk Funktionærret, 6. udg. 1998, s. 45 f.

Opsigelsesreglerne i Funktionærloven viger for organisationernes varslingsbestemmelser i tilfælde af lovligt varslet arbejdsstandsning, jfr. Funktionærlovens § 2, stk. 10. Der kan ikke pålægges chef eller medarbejdere i intern revision, som deltager i en lovlig arbejdsstandsning, ansvar for den skade, virksomheden måtte lide som følge af, at arbejdet i en periode ligger stille, jfr. *Carlsen* anførte sted s. 295 f. Overordnede medarbejdere er imidlertid ofte ikke organiserede eller ikke fuldt ud omfattet af kollektive overenskomster og kan derfor ikke deltage i arbejdskonflikter.⁵⁾

Den finansielle virksomheds kunder kan i almindelighed ikke kræve erstatning af virksomheden - og ej heller af den interne revision - for tab som følge af forsinkelse med serviceydelser på grund af arbejdskonflikter. En arbejdsstandsning må som oftest betragtes som en ansvarsbefriende grund for den strejkeramte virksomhed, jfr. grundsætningen i Købelovens § 24.

2. Erstatningsansvar

Såfremt *intern* revision ved fejl eller forsømmelse har påført virksomheden et tab, som rækker ud over ulempen ved at måtte skifte medarbejdere, kan der pålægges revisionschef eller revisionsmedarbejdere et erstatningsansvar, som overstiger det i Funktionærlovens § 4 nævnte normalbeløb af en halv måneds løn, jfr. *Carlsen* anførte sted s. 378 ff. Som mulige eksempler på en sådan situation kan nævnes, at revisionen ved fejl eller forsømmelse har overset åbenbare risici i virksomheden, f.eks. kumulation af risici i garantier eller udlån eller i genforsikring, eller overset at en sagsbehandling har været for overfladisk og derved muliggjort besvigelser, som kunne have været undgået eller i hvert fald burde have været opdaget.

Om den *valgte* revision gælder den almindelige erstatningsregel, jfr. ASL § 141 og tillige en særlig lempelsesregel i ASL § 143. En ekstern revisor skal være "forsikret mod økonomiske krav, som måtte følge af udførelsen af hvervet" som revisor, jfr. § 1 i Revisorlovene. Om den *interne* - ansatte - revision gælder der som en indskrænkning af den almindelige erstatningsregel - culpareglen - den særlige regel om arbejdstageres ansvar i Lov om erstatningsansvar (lovbekendtgørelse nr. 599 af 8. september 1986) § 23, stk. 3. Herefter har en arbejdsgiver - her banken, forsikringsselskabet, realkreditinstituttet etc. - kun krav på erstatning mod en arbejdstager for den skade, som denne har forvoldt arbejdsgiveren i tjenesten, for så vidt og i det omfang dette findes rimeligt under hensyn til den udviste skyld, arbejdstagerens stilling og omstændighederne i øvrigt. Denne regel gælder også, hvor

⁵⁾ Ole Hasselbalch: *Ansættelsesretten*, 2. udg. 1997, s. 637.

arbejdstageren (revisionen) har påført den finansielle virksomhed skade ved, at virksomheden på grund af mangelfuld revision har tilføjet personer eller virksomheder uden for den finansielle virksomhed skade, f.eks. ved at overse åbenbare og væsentlige fejl eller mangler ved etableringen af skattebegunstigede opsparinger eller puljer, jfr. herved Bekendtgørelsens § 20, som den finansielle virksomhed har måttet erstatte. Den finansielle virksomhed er i sådanne tilfælde selv ansvarlig som kontraktpart over for kunder og forretningsforbindelser, der måtte have lidt tab, og et erstatningsansvar for den interne revision må derfor antages i givet fald at ville komme på tale som et regreskrav fra den finansielle virksomhed mod den eller de ansvarlige i den interne revision, medmindre virksomheden har standset sine betalinger. Et sådant regreskrav fra den finansielle virksomhed mod en medarbejder er undergivet den samme begrænsning eller Erstatningsansvarslovens § 23 til rimelighed, som er omtalt ovenfor om direkte krav.

Den interne revision ledes af revisionschefen og af en eventuel vicerevisionschef, men denne ledelse er ikke arbejdsgiver, og der påhviler ikke disse ledere et principalansvar efter Danske Lov 3-19-2 for fejl begået af medarbejdere i den interne revision. Revisionschefen er alene erstatningsansvarlig, hvis han personligt findes at have handlet skødesløst eller at have udvist forsømmelse, f.eks. ved manglende eller utilstrækkeligt tilsyn med sine medarbejdere.

Der består ikke en pligt for de finansielle virksomheder til at tegne en ansvarsforsikring, der (også) dækker revisionschef, vicerevisionschef og eventuelt ledende medarbejdere i interne revision, og spørgsmålet om det er nødvendigt eller hensigtsmæssigt at tegne en sådan forsikring må afhænge af en vurdering af risikoen for at ifalde erstatningsansvar. Det kan ikke udelukkes, at f.eks. et pengeinstitut i vanskeligheder kan blive pålagt et ansvar over for kunder og andre kreditorer, og at der vil melde sig spørgsmål om personligt ansvar for den valgte og for den interne revision som det f.eks. er sket for den valgte revision i sagerne om Nordisk Fjer og Hafnia. Erindres må herved, at en almindelig ansvarsforsikring ikke dækker ansvar for skade forvoldt med forsæt, således at der næppe kan opnås ansvarsdækning for et forbryderisk forhold, men alene for forsømmelighed og skødesløshed udvist af chefer i virksomheden og at Erstatningsansvarslovens § 23 begrænser ansvaret for arbejdstagere. Måske vil der kunne tegnes en særlig kriminalitetsforsikring.

Risikoen for, at en alvorlig ansvarssituation melder sig for intern revision, må betegnes som overordentlig ringe, og behovet for at tegne en ansvarsforsikring synes derfor sære beskeden, men der kan dog måske peges på særegner som f.eks. Bekendtgørelsens § 22 om kontrol med lån i Realkreditinstitutter som et muligt grundlag for ansvar over for instituttet for tab som følge af et alt for rigeligt - og tabgivende - udmålt lån. Der kan måske også være grund til at

pege på, at såfremt den interne revision deltager også i revisionsarbejdet i dattervirksomheder eller filialer i udlandet, kan det efter omstændighederne være hensigtsmæssigt at søge oplysning hos sagkundskab i det pågældende land om situationen dér og om, hvorvidt der måtte være grund til at søge intern revision medinddraget under en almindelig ansvarsforsikring som etableres af den finansielle virksomhed for sin fremmede dattervirksomhed eller filial og dennes ledelse og medarbejdere.

3. Disciplinæransvar

De to Revisorlove indeholder særlige bestemmelser om et disciplinæransvar for statsautoriserede og for registrerede revisorer. Ansættes nogen, der har beskikkelse som statsautoriseret eller registreret revisor i en finansiell institution som chef eller medarbejder i intern revision, må vedkommende deponere sin beskikkelse, og den pågældende er dermed uden for kredsen af revisorer som kan indklages for disciplinærnævn og revisornævn.

4. Straf

4.1. Bødestraf er omtalt i de relevante bekendtgørelser, navnlig Bekendtgørelse af 1999 § 33, Spekulationsbekendtgørelsens § 13 og Bekendtgørelsen om koncerninterne transaktioner § 7. Alle de nævnte bestemmelser indeholder hjemmel til at pålægge straf af bøde for overtrædelse af de bestemmelser i bekendtgørelserne som er opregnet i strafbestemmelserne. De bestemmelser, som er strafbelagte i Bekendtgørelsen af 1998, er i væsentlig grad af formel karakter, og et ansvar for revisionschefen vil formentlig kun kunne komme på tale i tilfælde af en forglemmelse, der trods påtale ikke rettes, f.eks. undladelse af at foretage indførsel i revisionsprotokollen, urigtig oplysning om at have de efter § 7 påkrævede kvalifikationer, undladelse af at indsende oplysning om baggrunden for fratræden til Finanstilsynet efter Bekendtgørelsens § 8, stk. 3 eller lignende formelle fejl, som vel kan være til besvær, men dog i almindelighed kun har en begrænset betydning.

Bødesager efter Bekendtgørelsen af 1999 må antages at være og forblive såre sjældent eller aldrig forekommende. Overtrædelser af Spekulationsbekendtgørelsen kan vel ikke ganske udelukkes, men der påhviler - i mangel af en klar modstående forskrift i Funktionsbeskrivelsen - næppe intern revision en almindelig forpligtelse til at våge over, at de ledende medarbejdere i den finansielle virksomhed ikke overtræder Spekulationsbekendtgørelsen eller f.eks. foretager handel med værdipapirer i strid med forbudet mod misbrug af intern viden ("insider trading") og

kursmanipulation i Værdipapirhandelslovens kapitel 10 og den finansielle virksomheds interne regler.

4.2. Straffeloven. Alvorlige forbrydelser som besvigelse af pengeinstituttet begået alene eller i samarbejde med andre, eventuelt med personer uden for pengeinstituttet kan teoretisk set forekomme, men så vidt vides er der ikke forekommet tilfælde, hvor en intern revision har misbrugt sin stilling til at deltage i berigelsesforbrydelser. Skulle det forekomme, ville de almindelige regler i Straffeloven om bedrageri, dokumentfalsk m.m. finde anvendelse også for chef og medarbejdere i intern revision.⁶⁾

⁶⁾ Bestemmelserne i Revisorlovene om tavshedspligt, der henviser til Straffeloven og reglen i Straffelovens § 152b om straf for krænkelse af tavshedspligt, gælder ikke om medarbejdere i intern revision, selv om de har beskikkelse som statsautoriseret eller registreret revisor, da beskikkelsen senest ved ansættelsen i virksomheden er blevet deponeret.

Overenskomstbeskyttelse af personselskaber ved forskellig subjekt kvalifikation

af
Niels Winther-Sørensen

I dansk skatteret er personselskaber (interessentskaber, kommanditselskaber mv.) ikke selvstændige skattesubjekter. Efter et princip om skattemæssig transparens beskattes indkomst optjent af personselskaber derfor direkte hos de enkelte selskabsdeltagere. Det giver anledning til særlige (og omdiskuterede) problemer vedr. overenskomstbeskyttelsen, når et sådant personselskab i en anden stat anses for et selvstændigt skattesubjekt. Det grundlæggende problem er, at indkomsten i skattemæssig henseende anses for erhvervet af forskellige skattesubjekter i de to stater, nemlig henholdsvis personselskabet og selskabsdeltagerne.

OECD's modeloverenskomst og hovedparten af de danske dobbeltbeskatningsoverenskomster indeholder ikke specielle bestemmelser om beskyttelsen af personselskaber og selskabsdeltagerne heri. Endvidere har OECD's kommentarer til modeloverenskomsten hidtil kun indeholdt sparsomme fortolkningsbidrag herom. I den reviderede 2000-version af modeloverenskomsten er kommentarer herom imidlertid blevet udvidet betydeligt på baggrund af anbefalingerne i OECD-rapporten fra 1999: "The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships".

I det følgende vil det blive analyseret, hvorledes de nye udsagn om overenskomstbeskyttelsen af personselskaber ved forskellige subjekt kvalifikation forholder sig til den hidtidige opfattelse i dansk teori og administrativ praksis.

1. De grundlæggende betingelser for overenskomstbeskyttelse

De grundlæggende betingelser for overenskomstbeskyttelse er ifølge art. 1, at der er tale om en *person*, der er *hjemmehørende* i en af de kontraherende stater. Det må indledningsvis undersøges, om de enkelte selskabsdeltagere og om personselskabet er beskyttet i medfør af art. 1.

1.1 Beskyttelse af selskabsdeltagerne

I det omfang, det er beskyttelsen af de enkelte selskabsdeltagere, der er relevant, giver denne betingelse normalt kun anledning til problemer i forhold til selskabsdeltagere, som er hjemmehørende i tredjestater. En selskabsdeltager, hvad enten denne er en fysisk person eller et selskab, som er hjemmehørende i enten Danmark eller den anden kontraherende stat (stat A), vil som sådan være beskyttet af overenskomsten. Derimod er selskabsdeltagere, som er hjemmehørende i en tredjestat (stat B) ikke selv beskyttet af overenskomsten mellem Danmark og den anden kontraherende stat (stat A).

1.2 Beskyttelse af personselskabet

Det kan i højere grad give anledning til diskussion, når der skal tages stilling til, om et personselskab er beskyttet af overenskomsten. Først skal der tages stilling til, om et personselskab er en *person*, jf. definitionen heraf i art. 3, stk. 1, litra a. For at anse et personselskab for at være en person kan der, når den anden overenskomststat anser personselskabet for at være et selvstændigt skattesubjekt, for det første argumenteres med, at personselskabet er et *selskab*, idet definitionen heraf i art. 3, stk. 1, litra b, ikke udtrykkeligt er betinget af, at personselskabet skal behandles som en juridisk person i skattemæssig henseende i begge de kontraherende stater. For det andet kan der argumenteres med, at personselskabet, såfremt det ikke anses for at være et selskab, skal kvalificeres som *enhver anden sammenslutning af personer*. Hvorvidt man anser personselskabet for at være et selskab eller for at være enhver anden sammenslutning af person, er i denne sammenhæng ikke afgørende.

En vis støtte for at anse personselskabet for en *person* ved anvendelsen af overenskomsten i Danmark kunne også findes i de hidtidige versioner af OECD's kommentarer til art. 3, idet det heri var angivet, at definitionen af *person* skulle forstås bredt.¹⁾ I hidtidig dansk teori har der ikke været entydig støtte for at anse et personselskab for at være en *person* i overenskomstmæssig forstand.²⁾ I OECD's kommentarer til modeloverenskomsten er det i 2000-

¹⁾ Jf. OECD's kommentarer (1997-versionen) til art. 3, punkt 2.

²⁾ For at anse et udenlandsk personselskab for at være en *person* kan henvises til J. Mazanti-Andersen i den danske nationalrapport til IFA-kongressen 1973, jf. Cahiers LVIIIb, II, s. 105 ff., særligt s. 109; Leif Weizman: Dobbeltbeskatningsoverenskomster vedrørende indkomst og formue, 1994, s. 233; Niels Winther-Sørensen i SR-Skat 1994, 394, særligt s. 396 ff.; samme: Beskatning af international Erhvervsindkomst, 2000, s. 182. Se for det modsatte synspunkt Frederik Zimmer: International inntektsskatterett, 2. udg., 1992, s. 72 f.; og i dansk teori formentligt Jonna Sneum i SU 1990, nr. 131, særligt s. 141 f. Aage Michelsen synes ikke klart at

versionen blevet præciseret, at et personselskab skal anses for en *person*, endda således at dette gælder, selv om personselskabet ikke i nogen af staterne anses for at være et selvstændigt skattesubjekt.³⁾

Der næst skal der tages stilling til, om personselskabet er *hjemmehørende* i mindst en af de kontraherende stater. Dette skal løses ved en fortolkning af definitionen i art. 4, stk. 1, i OECD's modeloverenskomst. Såfremt den (anden) overenskomststat, der anerkender personselskabet som et selvstændigt skattesubjekt, anser personselskabet for at være omfattet af fuld skattepligt i denne stat, følger det umiddelbart af ordlyden af art. 4, stk. 1, at selskabet skal anses for *hjemmehørende* i denne stat. Dette gælder også ved anvendelsen af overenskomsten i Danmark, idet art. 4, stk. 1, vedrørende dette spørgsmål henviser til intern ret i *den* overenskomststat, som underkaster personen fuld skattepligt.⁴⁾

Derimod kan betingelsen om, at personselskabet skal være hjemmehørende i en af de kontraherende stater, næppe anses for opfyldt, såfremt den anden overenskomststat alene anser selskabet for at være omfattet af reglerne om *begrænset skattepligt*, f.eks. fordi personselskabets ledelses sæde er placeret i Danmark. I en sådan situation er personselskabet som begrænset skattepligtig til den anden stat ikke *hjemmehørende* i denne stat, og da personselskabet samtidigt ikke i Danmark anses som et selvstændigt skattesubjekt, kan det næppe heller anses for *hjemmehørende* her i landet.⁵⁾

OECD's ændrede kommentarer til 2000-versionen støtter der ovenfor anførte. Det udtales først, at et personselskab ikke skal anses for hjemmehørende i en stat, der anvender et princip om skattemæssig transparens. Endvidere

have taget stilling til dette spørgsmål, jf. Aage Michelsen: *International Skatteret*, 2. udg., s. 162; samme i SU 1998, 235, særligt s. 410 f.

I den overvejende del af nyere tysk teori støttes synspunktet om, at et personselskab i den beskrevne situation skal anses for en *person*, jf. Klaus Vogel: *Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar*, 3. udg., 1996, til art. 1, margin nr. 24 a, og til art. 3, margin nr. 17 f.; Brigitte Knobbe-Keuk i *Recht der Internationalen Wirtschaft* 1991, 306, særligt s. 314; Harald Schaumburg: *Internationales Steuerrecht*, 2. udg., 1998, s. 851 f.; jf. tilsvarende i engelsk teori: Philip Baker: *Double Taxation Conventions and International Tax Law*, 2. udg., 1994, s. 79 ff. Ifølge Jean-Pierre le Gall i generalrapporten til IFA-kongressen i 1995, jf. *Cahiers LXXXa*, s. 655 ff., særligt s. 666, gav de fleste nationalrapportører til IFA-kongressen i 1995 udtryk for, at et personselskab skal anses for en *person* efter dobbeltbeskatningsoverenskomsterne.

³⁾ Jf. OECD's kommentarer (2000-versionen) til art. 3, punkt 2.

⁴⁾ Jf. Niels Winther-Sørensen: *Beskatning af international erhvervsindkomst*, 2000, s. 182 f.

⁵⁾ Se modsat Jonna Sneum, Mogens Rasmussen og Karsten Hagel Sørensen i den danske nationalrapport til IFA-kongressen i 1993, jf. *Cahiers LXXVIIIb*, s. 391 ff., særligt s. 396, og SU 1993, 306, særligt s. 385 f.

udtales det, at dette også gælder, selv om personselskabet i den anden stat anses for et selvstændigt skattesubjekt.⁶⁾

Selv om et personselskab anses for at være en af overenskomsten beskyttet person, er dette imidlertid ikke ensbetydende med, at det får nogen praktisk betydning i den stat, der som Danmark anvender et princip om skattemæssig transparens. Da det er de enkelte selskabsdeltagere, der i Danmark anses for at være indkomstmodtagere for den af personselskabet optjente indkomst, er det i givet fald nødvendigt at acceptere, at beskyttelsen af personselskabet passerer videre til selskabsdeltagerne. Se herom nærmere nedenfor 2.2 og 3.

2. Overenskomstbeskyttelse af danske selskabsdeltagere

Når et personselskab i en anden overenskomststat anses for at være et selvstændigt skattesubjekt, kan der fremføres to former for argumentation for, at en dansk selskabsdeltager skal kunne påberåbe sig dobbeltbeskatningsoverenskomsten, nemlig dels at selskabsdeltageren påberåber sig overenskomstbeskyttelsen af sig selv, dels at selskabsdeltageren påberåber sig overenskomstbeskyttelsen af personselskabet.⁷⁾

2.1 Selskabsdeltageren som indkomstmodtager og beskyttet person

2.1.1 Hittidig dansk praksis og teori

En her i landet hjemmehørende selskabsdeltager vil som en *person*, der selv er *hjemmehørende* i en af staterne, være omfattet af art. 1 i OECD's modeloverenskomst. På baggrund heraf vil kan kunne påberåbe sig overenskomstbeskyttelsen af sig selv.

Ved afgørelsen af, om der skal indrømmes lempelse i medfør af denne argumentation, skal det undersøges, om beskatningsretten til den konkrete indkomst er tildelt overenskomstens kildeland. Såfremt personselskabet

⁶⁾ Jf. OECD's kommentarer (2000-versionen) til art. 4, punkt 8.4. I tysk teori er det gjort gældende, at man i denne situation af systematiske årsager må fortolke art. 4, stk. 1, således, at det pågældende personselskab skal anses for at opfylde betingelsen om, at det skal være hjemmehørende, hvis blot det har en sådan tilknytning til (i eksemplet) Danmark, at personselskabet ville have været underkastet fuld skattepligt til Danmark, hvis personselskabet også i Danmark havde været et selvstændigt skattesubjekt, jf. Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 3. udg., 1996, art. 1, margin nr. 25 f. med diskussion og henvisninger. En sådan fortolkning synes at være for vidtgående og støttes da heller ikke af 2000-versionen af OECD's kommentarer.

⁷⁾ Jf. herom mere udførligt Niels Winther-Sørensen i SR-skat 1994,394, samme: Beskatning af international erhvervsindkomst, 2000, s. 175 ff. og s. 181 ff.

eksempelvis i den anden stat har en aktivitet, som opfylder betingelserne for et fast driftssted, skal der indrømmes lempelse for den danske selskabsdeltagers andel af den indkomst, der opgøres hos det faste driftssted. Indkomst, som optjenes af personselskabet, men som den anden stat ikke er tildelt beskatningsretten til, eksempelvis indkomst fra tredjestater, skal der derimod ikke indrømmes lempelse for i selskabsdeltagerens domicilland Danmark efter dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og den stat, hvor personselskabet hører hjemme.

Imod at lade selskabsdeltageren påberåbe sig overenskomstbeskyttelsen af sig selv for hans andel af personselskabets indkomst er det anført, at der ikke er tale om samme skattesubjekt, som er skattepligtig af indkomsten i de to overenskomststater. I den anden stat er det jo personselskabet og ikke selskabsdeltageren, som anses at erhverve indkomsten. Da det i administrativ praksis accepteres, at der under alle omstændigheder vil kunne indrømmes lempelse i medfør af LL § 33,⁸⁾ har det særligt været tilfælde, hvor der efter en overenskomst skal indrømmes eksemptionslempelse, der har givet anledning til diskussion.

Eksemptionslempelse er kendetegnet ved, at lempelsen foretages uafhængigt af den i overenskomstens kildeland betalte skat. På trods heraf afviste Landsskatteretten i to ikke offentliggjorte kendelser fra 29/3 1990, at en dansk selskabsdeltager i et færøsk kommanditselskab kunne få eksemptionslempelse i medfør af den dagældende dansk-færøske overenskomst. Kendelserne blev begrundet med, at der, da det på Færøerne var kommanditselskabet og ikke den danske selskabsdeltager, som var skattesubjekt, ikke var "...sket en juridisk dobbeltbeskatning".⁹⁾ Et sådant krav om *juridisk dobbeltbeskatning* kan imidlertid ikke findes i den dagældende dansk-færøske dobbeltbeskatningsoverenskomst, som på dette punkt var i overensstemmelse med OECD's modeloverenskomst. Definitionen af *international juridisk dobbeltbeskatning* i OECD's kommentarer skal ikke forstås som en norm, hvorfra der kan

⁸⁾ Jf. ligningsvejledningen 1999 D.D.2, art. 7, s. 122 f. Denne administrative praksis kan - forudsat man som af de administrative myndigheder antager, at der ikke kan indrømmes overenskomstlempelse - ikke forenes med bestemmelsen i LL § 33, stk. 2, jf. herom Niels Winther-Sørensen i SR-Skat 1994,394, s. 404 f., samme: Beskatning af international erhvervsindkomst, 2000, s. 177 f.

⁹⁾ Jf. for samme resultat og med samme argumentation LV (1998) D.D.2, art. 7; Erik Werlauff: Selskabsskatteret, 2. udg., p. 20; og (formentligt) Jonna Sneum i SU 1990,131, særligt p. 141. Afgørelserne er refereret af Aage Michelsen i SR-Skat 1991,71, særligt p. 74.

deduceres løsninger på konkrete problemer.¹⁰⁾ Det er de konkrete bestemmelser i overenskomsten, herunder bestemmelsen om, hvilke personer der er beskyttet af overenskomsten, jf. art. 1 i OECD's modeloverenskomst, som skal lægges til grund.

I den skatteretlige teori har særligt *Aage Michelsen* forsvaret synspunktet om, at en selskabsdeltager ikke kan få lempelse i medfør af en dobbelt-beskatningsoverenskomst, når den anden overenskomststat kvalificerer et personselskab som et selvstændigt skattesubjekt.¹¹⁾

2.1.2 OECD's kommentarer til 2000-versionen af modeloverenskomsten

OECD's kommentarer om overenskomstbeskyttelsen af personselskaber og deltagerne heri er som nævnt udvidet betydeligt i 2000-versionen. Det er netop tilfælde med forskellig subjekt kvalifikation, som først og fremmest analyseres i de nye punkter i kommentarerne.

Indledningsvis tages der i OECD's kommentarer til art. 1, punkt 5, stilling til den situation, hvor et personselskab ikke kan anses for at være beskyttet af overenskomsten, fordi personselskabet ikke anses for hjemmehørende i den stat, som betragter personselskabet som et selvstændigt skattesubjekt. Det anføres her, at selskabsdeltagerne skal være berettiget til overenskomstlempelse:

"...Where the application of the Convention is so refused, the partners should be entitled, with respect to their share of the income of the partnership, to the benefits provided by the Conventions entered into by the States of which they are residents to the extent that the partnership's income is allocated to them for the purposes of

¹⁰⁾ Jf. OECD's kommentarer (1997-versionen), Introduktion, punkt 1; jf. Thøger Nielsen: Indkomstbeskatning II, p. 511 ff., særligt p. 513; Peter Dyhr i U 1974 B, 44, særligt p. 51; Aage Michelsen: International skatteret, 2. udg., p. 23; samme i RR 1996, SM, 41, særligt p. 42; Niels Winther-Sørensen i SR-Skat 1994, 394, særligt p. 403. Aage Michelsen har i RR 1996, nr. 2, SM, 41, særligt s. 42 f., erklæret sig enig i, at man næppe alene ud en ren deduktion fra den omtvistede argumentation på *juridisk dobbeltbeskatning* kan opstille et krav om subjektidentitet for overenskomstlempelse, men har i stedet peget på "...reale hensyn, herunder hensynet til en rimelig fordeling af beskatningsretten mellem de to stater. Skulle selskabsdeltagerens domicilland således være forpligtet til at indrømme eksemptionslempelse, selv om der ikke sker nogen beskatning [i] kommanditselskabets hjemstedsland, ville det føre til dobbelt ikke-beskatning, hvilket fortolkningsresultat man naturligvis kun vil nå frem til, hvis det retligt set er tvungende nødvendigt." Se kritisk hertil Niels Winther-Sørensen: Beskatning af international erhvervsindkomst, 2000, s. 179.

¹¹⁾ Jf. Aage Michelsen i RR 1996, nr. 2, SM, 41, særligt s. 42 f. Aage Michelsens argumentation er kritiseret hos Niels Winther-Sørensen: Beskatning af international erhvervsindkomst, 2000, s. 178 ff.

taxation in their State of residence (cf. paragraph 8.4 of the Commentary on Article 4)."

I OECD's kommentarer til art. 4, punkt 8.4 er dette synspunkt uddybet:

Where a State disregards a partnership for tax purposes and treats it as fiscally transparent, taxing the partners on their share of the partnership income, the partnership itself is not liable to tax and may not, therefore, be considered to be a resident of that State. In such a case, since the income of the partnership "flows through" to the partners under the domestic law of that State, the partners are the persons who are liable to tax on that income and are thus the appropriate persons to claim the benefits of the conventions concluded by the States of which they are residents. *This latter result will be achieved even if, under the domestic law of the State of source, the income is attributed to a partnership which is treated as a separate taxable entity.* For States which could not agree with this interpretation of the Article, it would be possible to provide for this result in a special provision which would avoid the resulting potential double taxation where the income of the partnership is differently allocated by the two States." [min fremhævelse]

Det kan på baggrund heraf fastslås, at den hidtidige danske administrative praksis med konsekvent at nægte overenskomststempelse, når en dansk selskabsdeltager erhverver indkomst ved deltagelse i et personselskab, som i den anden overenskomststat anses for et selvstændigt skattesubjekt, ikke er i overensstemmelse med de udsagn, som fremføres i 2000-versionen af OECD's kommentarer til modeloverenskomsten. Som udgangspunkt er en dansk selskabsdeltager i Danmark berettiget til at påberåbe sig overenskomstbeskyttelsen af sig selv.

2.2 Selskabsdeltagerens adgang til at påberåbe sig beskyttelsen af personselskabet

2.2.1 Hidtidig dansk praksis og teori

For det andet vil den danske selskabsdeltager kunne argumentere for, at det udenlandske personselskab er beskyttet af overenskomsten, og at denne beskyttelse af personselskabet skal kunne påberåbes af ham. Når det lægges til grund, at et personselskab, som i den anden overenskomststat anses for et være et dér hjemmehørende selvstændigt skattesubjekt, også ved anvendelsen af overenskomsten i Danmark skal anses for at være omfattet af overenskomstbeskyttelsen, jf. art. 1, er det springende punkt, om man i Danmark skal anerkende, at beskyttelsen passerer videre til den danske selskabsdeltager.

I givet fald må der tages stilling til, hvorledes lempelsen skal gennemføres. Da personselskabet er hjemmehørende i den anden stat, er det nærliggende at hævde, at der i Danmark skal indrømmes lempelse for den del af personselskabets indkomst, som Danmark som overenskomstens kildeland (i forhold til personselskabet) er afskåret fra at beskatte. Dette vil bl.a. medføre, at der hos den danske selskabsdeltager skal indrømmes lempelse for indkomst fra tredjestater, også selv om den konkrete indkomst ikke kan henføres til et fast driftssted i den anden overenskomststat. Der vil således, såfremt det anerkendes, at den danske selskabsdeltager kan påberåbe sig overenskomstbeskyttelsen af personselskabet, i visse tilfælde blive indrømmet en mere vidtgående lempelse, end hvis en selskabsdeltager alene påberåber sig overenskomstbeskyttelse af sig selv.¹²⁾

Det væsentligste argument for at nægte at lade selskabsdeltagerne påberåbe sig en overenskomstbeskyttelse af personselskabet er (også her) , at der *ikke* er *subjektidentitet*. Modsat kan der til støtte for at lade overenskomstbeskyttelsen af personselskabet passere videre til selskabsdeltagerne argumenteres for, at overenskomstbeskyttelsen af personselskabet ellers vil virke som et slag i luften, og at der ellers vil kunne opstå tilfælde, hvor der ikke lempes for international dobbeltbeskatning. Dobbeltbeskatning af samme indkomst vil eksempelvis kunne opstå, når personselskabet erhverver indkomst fra tredjestater. I denne situation vil den anden stat som domicilland for personselskabet beskatte tredjestats-indkomsten hos personselskabet, mens Danmark som domicilland for selskabsdeltageren vil beskatte dennes andel heraf hos selskabsdeltageren.¹³⁾

Synspunktet om at lade overenskomstbeskyttelsen af personselskabet passere videre til selskabsdeltagerne har bred opbakning i nyere tysk teori,

¹²⁾ Hvorvidt selskabsdeltageren skal indrømmes lempelse efter eksemptionsmetoden eller kreditmetoden bør i givet fald afhænge af, hvad der er valgt som lempelsesmetode, sammenlign OECD's modeloverenskomsts art. 23 A og B, selv om man godt kunne argumentere for, at der i givet fald altid ville skulle indrømmes eksemptionslempelse, jf. for en nærmere analyse heraf Niels Winther-Sørensen i SR-Skat 1994,394, s. 399 ff.

¹³⁾ Selv om man, som der ovenfor er argumenteret for, i hvert fald må anerkende, at den danske selskabsdeltager vil kunne påberåbe sig beskyttelsen af *sig selv*, vil overenskomsten ikke løse problemet, med mindre man anerkender, at overenskomstbeskyttelsen af *personselskabet* passerer videre til selskabsdeltageren. Dette skyldes, at domicillandet er tillagt beskatningsretten til indkomst, herunder indkomst fra tredjestater, som ikke har sin kilde i overenskomstens kildeland, og at såvel Danmark (i forhold til *selskabsdeltageren*) som den anden stat (i forhold til *personselskabet*) vil betragte sig selv som domicilland, jf. for en diskussion herom Kees van Raad i generalrapporten til IFA-kongressen i 1988, jf. Cahiers LXXIIIa, s. 113 ff., særligt s. 144.

ligesom jeg har argumenteret for denne løsning.¹⁴⁾ I dansk skatteretlig teori har særligt Aage Michelsen argumenteret for det modsatte synspunkt.¹⁵⁾ I de to utrykte landsskatteretskendelser fra 1990, der er omtalt og kritiseret ovenfor, blev overenskomstlempelse nægtet. Landsskatteretten tog i sagerne ikke udtrykkeligt stilling til, om de danske selskabsdeltagere kunne påberåbe sig en evt. overenskomstbeskyttelse af de færøske personselskaber, men kendelsernes resultat støtter det af Aage Michelsen fremførte synspunkt.

2.2.2 OECD's kommentarer til 2000-versionen af modeloverenskomsten

Spørgsmålet om en selskabsdeltagers adgang til at påberåbe sig overenskomstbeskyttelsen af personselskabet er i 2000-versionen af OECD's modeloverenskomst analyseret i kommentarerne til art. 1, punkt 6.1-6.7.

Der tages i kommentarerne til art. 1, punkt 6.1, afstand fra den ovenfor anførte fortolkning, hvorefter en dansk selskabsdeltager i Danmark vil kunne påberåbe sig overenskomstbeskyttelsen af det udenlandske personselskab, såfremt personselskabet i den anden overenskomststat anses som et dér hjemmehørende selvstændigt skattesubjekt:

“One issue is the effect that the application of the provisions of the Convention to a partnership can have on the taxation of the partners. Where a partnership is treated as a resident of a Contracting State, the provisions of the Convention that restrict the other Contracting State's right to tax the partnership on its income do not apply to restrict that other State's right to tax the partners who are its own residents on their share of the income of the partnership. Some states may wish to include in their conventions a provision that expressly confirms a Contracting State's right to tax resident partners on their share of the income of a partnership that is treated as a resident of the other State.”

Det forhold, at et personselskab i den anden overenskomststat anses for et dér hjemmehørende selvstændigt skattesubjekt, medfører, at det som udgangspunkt er den anden stat, som er tildelt beskatningsretten til *personselskabets*

¹⁴⁾ Jf. Niels Winther-Sørensen i SR-Skat 1994,394; samme: Beskatning af international erhvervsindkomst, 2000, s. 184 f. Se for tysk teori Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 3. udg., 1999, art. 1, margin nr. 24 f.; B. Knobbe-Keuk i Recht der Internationalen Wirtschaft 1991, 306, særligt s. 314, note 52; H. Schaumburg: Internationales Steuerrecht, 2. udg., 1998, s. 852 ff.; Volker Kluge: Das deutsche Internationale Steuerrecht, 3. udg., 1992, s. 246 f., alle med yderligere henvisninger. Se dog imod at lade selskabsdeltagerne påberåbe sig overenskomstbeskyttelsen af personselskabet: D. J. Piltz i Mössner m.fl.: Steuerrecht international tätiger Unternehmen, 1992, s. 600, margin nr. 88.

¹⁵⁾ Jf. Aage Michelsen i RR 1996, SM, 41, særligt s. 41 f.; sammen i SU 1998, 235, særligt s. 410 f. Se også Jonna Sneum i SU 1990, 131, særligt s. 141.

indkomst. Danmark vil således - når personselskabets forhold anskues isoleret - kun kunne beskatte indkomst med kilde i Danmark, f.eks. indkomst fra et fast driftssted i Danmark, hvorimod den anden stat er tildelt beskatningsretten til indkomst fra denne stat såvel som indkomst fra tredjestater. Ifølge det citerede punkt 6.1 til art. 1 skal dette imidlertid ikke ved overenskomstlempelsen i Danmark tillægges betydning i forhold til en dansk selskabsdeltager. Selskabsdeltageren kan med andre ord ikke i denne situation påberåbe sig overenskomstbeskyttelsen af personselskabet.

Der tages i punkt 6.1 til art. 1 alene stilling til, hvilken betydning overenskomstbeskyttelsen af personselskabet har for selskabsdeltageren. Udtalelsen ændrer således ikke ved, at selskabsdeltageren i Danmark i overensstemmelse med princippet om skattemæssig transparens vil kunne påberåbe sig overenskomstbeskyttelsen af sig selv for sin andel af personselskabets indkomst, jf. ovenfor 2.1.2.

2.3 Domicillandets pligt til at indrømme overenskomstlempelse ved forskellig indkomstkvalifikation

OECD's modeloverenskomsts art. 23 (A eller B) regulerer, hvorledes lempelsen i domicillandet skal gennemføres. I 2000-versionen af modeloverenskomsten er der i kommentarerne til art. 23 tilføjet nye væsentlige udtalelser om kvalifikations-konflikter, jf. punkt 32.1-32.7 og punkt 56.1-56.3 (punkt 56.1-56.3 er kommentarer til et nyt stykke 4 til art. 23 A). Udtalelserne knytter sig ikke alene til de tilfælde, hvor en forskellig indkomstkvalifikation i de to overenskomststater skyldes, at et personselskab underkastes forskellig subjektvalifikation, men udtalelserne er i høj grad relevante for netop denne situation.

Den fortolkning af art. 23, der lægges op til i OECD's nye kommentarer, er så vidt ses ikke tidligere blevet fremført i den danske skatteretlige litteratur.¹⁶⁾

Ifølge de nye punkter skal der lægges en særlig vægt på formuleringen "i overensstemmelse med bestemmelse i denne overenskomst kan beskattes" ("in accordance with the provisions of this Convention, may be taxed"), jf. kommentarerne til art. 23, punkt 32.2. Det skal afgøres ud fra overenskomstens kildelands præmisser, om denne stat er tildelt beskatningsretten til indkomst (herunder kapitalgevinster). Såfremt overenskomstens kildeland og domicillan-

¹⁶⁾ Det skal dog hertil nævnes, at den del af problemstillingen om forskellig indkomstkvalifikation, som er begrundet i forskellig subjektvalifikation, ikke har været omdiskuteret i dansk teori, idet der som nævnt eksisterer en grundlæggende uenighed om, hvorvidt en dansk selskabsdeltager overhovedet er berettiget til overenskomstlempelse, når den anden stat anser et personselskab for at være et selvstændigt skattesubjekt.

det kvalificerer indkomst forskelligt på grund af forskelle i intern ret, skal man også ved anvendelsen af overenskomsten i domicillandet undersøge, om overenskomstens kildeland har været berettiget til at beskatte, såfremt man lægger kildelandets internretlige indkomstkvalifikation til grund, jf. kommentarerne til art. 23, punkt 32.3.

Som eksempel angives (kommentarerne til art. 23, punkt 32.4) en situation, hvor en selskabsdeltager er hjemmehørende i en stat, der anser et udenlandsk personselskab for at være et selvstændigt skattesubjekt, mens den anden overenskomststat anser personselskabet som skattemæssigt transparent. I selskabsdeltagerens domicilland vil salg af andelen blive betragtet som salg af aktier, hvortil domicillandet i medfør af art. 13, stk. 4, som udgangspunkt er tildelt beskatningsretten. Såfremt personselskabet driver virksomhed fra et fast driftssted i den anden overenskomststat (dvs. den stat, der anser personselskabet som skattemæssigt transparent), vil denne stat kunne anse selskabsdeltagerens salg af sin andel af personselskabet som et salg af hans andele af de enkelte aktiver og passiver, hvortil denne stat i medfør af art. 13, stk. 2, er tildelt beskatningsretten. I denne situation skal selskabsdeltagerens domicilland anerkende, at overenskomstens kildeland ud fra sine internretlige forudsætninger har beskattet "i overensstemmelse med bestemmelserne i denne overenskomst", hvorfor domicillandet følgelig er forpligtet til at indrømme overenskomstlempelse i medfør af den valgte lempelsesmetode i art. 23. Herved bliver der i eksemplet indrømmet lempelse til undgåelse af dobbeltbeskatning.

Ved at lægge afgørende vægt på formuleringen "i overensstemmelse med bestemmelserne i denne overenskomst kan beskattes" løses også visse tilfælde med dobbelt ikke-beskatning. Såfremt overenskomstens kildeland er af den opfattelse, at en given indkomst pga. en bestemmelse i overenskomsten ikke kan beskattes, skal der ikke indrømmes lempelse i domicillandet, selv om domicillandet ville have haft en anden opfattelse af overenskomsten, såfremt denne stat havde været kildeland, jf. OECD's kommentarer til art. 23, punkt 32.6.

Som eksempel herpå angives (kommentarerne til art. 23, punkt 32.7) en variant af det ovennævnte eksempel. Det antages, at det nu er selskabsdeltagerens domicilland, som anvender et princip om skattemæssig transparens, og derfor som udgangspunkt vil anse et salg af selskabsdeltagerens andel af personselskabet som et salg af hans andele af de enkelte aktiver og passiver. Det antages endvidere, at selskabsdeltagerens domicilland skal lempe efter eksemptionsmetoden. Såfremt overenskomstens kildeland anser personselskabet for at være et selvstændigt skattesubjekt og kvalificerer selskabsdeltagerens salg som et salg af aktier, vil denne stat i medfør af art. 13, stk. 4, anse sig for at være afskåret fra at beskatte. Som følge heraf skal selskabsdeltagerens

domicilland ifølge OECD's kommentarer ikke indrømme overenskomstlempelse, idet kapitalgevinsten ved salget ikke - når kildelandets indkomstkvalifikation lægges til grund - "i overensstemmelse med bestemmelserne i denne overenskomst kan beskattes" i kildelandet.

Det understreges i OECD's kommentarer, at metoden med at lægge afgørende vægt på kildelandets forhold og formuleringen "i overensstemmelse med bestemmelserne i denne overenskomst kan beskattes" kun finder anvendelse, hvor en kvalifikationskonflikt skyldes forskellige *interne regler*. Hvor der er tale om forskellig opfattelse af de *faktiske omstændigheder*, eller hvor der er tale om forskellig fortolkning af *overenskomstens bestemmelser*, skal domicillandet således ikke uden videre være bundet af kildelandets kvalifikation, jf. kommentarerne til art. 23, punkt 32.5.

Som nævnt er den fortolkning af art. 23, der lægges op til i OECD's nye kommentarer, så vidt ses ikke tidligere blevet fremført i den danske skatteretlige litteratur. Den specielle ordfortolkning af formuleringen "i overensstemmelse med bestemmelserne i denne overenskomst kan beskattes", som OECD's nye punkter er udtryk for, forekommer da også at være begrundet i et ønske om at nå frem til et bestemt resultat, snarere end at være udtryk for en naturlig fortolkning.

Den nye fortolkning i OECD's kommentarer medfører, at den intern-retlige lovgivning i overenskomstens kildeland får afgørende betydning for, om der skal indrømmes lempelse i domicillandet. Dette gælder også ved lempelse efter eksemptionsmetoden, som ellers har udmærket sig ved at være uafhængig af forholdene i overenskomstens kildeland. For så vidt angår credit-metoden gælder det, at man ved domicillandslempelsen altid har skullet tage hensyn til den i kildelandet betalte skat, men at man nu også - såfremt OECD's anbefalinger følges - skal til i højere grad at tage stilling til det internretlige grundlag for den i kildelandet beregnede skat. Den fortolkning, som angives i OECD's nye kommentarer, vil dels gøre det mere kompliceret for skatteydere og skattemyndighederne i domicillandet at afgøre, om der skal indrømmes lempelse, dels give overenskomstens kildeland større mulighed for ved ændring af sin interne skattelovgivning at påvirke lempelsen i domicillandet.

Endvidere medfører OECD's anbefalinger nye særdeles vanskelige afgrænsningsproblemer, idet det skal afgøres, om en forskellig indkomstkvalifikation skyldes kildelandets interne skatteregler, eller om årsagen er en forskellig opfattelse af faktum og/eller en forskellig fortolkning af dobbeltbeskatningsoverenskomstens bestemmelser.

Fordelen ved den i OECD's kommentarer anbefalede fortolkning er, at man undgår visse tilfælde med dobbeltbeskatning og visse tilfælde med dobbelt

ikke-beskatning. Som det anføres i kommentarerne, vil dog heller ikke de nye anbefalinger løse alle problemer med forskellig indkomstkvalifikation.¹⁷⁾

3. Overenskomstbeskyttelse af udenlandske selskabsdeltagere

I OECD's kommentarer til 2000-versionen af modeloverenskomsten er der endvidere flere udsagn om den overenskomstmæssige beskyttelse i overenskomstens kildeland i tilfælde af forskellig subjekt kvalifikation.

Overenskomstbeskyttelsen af udenlandske selskabsdeltagere har hidtil ikke haft nogen særlig bevågenhed i dansk administrativ praksis og litteratur. Efter intern dansk skatteret er det den enkelte selskabsdeltager, som i henhold til princippet om skattemæssig transparens er omfattet af begrænset skattepligt til Danmark. Selskabsdeltageren er som en person, der er hjemmehørende i en af de kontraherende stater, omfattet af overenskomsten, jf. art. 1 i OECD's modeloverenskomst, og efter dansk skatteret anses han for at være indkomstmodtager for sin andel af personselskabets indkomst. Det forekommer derfor nærliggende i Danmark at indrømme overenskomstlempelse efter overenskomsten mellem Danmark og den pgl. selskabsdeltagers domicilland for selskabsdeltagerens andel af personselskabets indkomst.¹⁸⁾

I 2000-versionen af OECD's kommentarer til modeloverenskomsten anbefales imidlertid til dels andre løsninger.

I kommentarerne til art. 1, punkt 6.2, omtales den situation, hvor der er tale om et personselskab i overenskomstens kildeland (Danmark), og den udenlandske selskabsdeltager i kildelandet Danmark alene er omfattet af begrænset skattepligt, mens selskabsdeltagerens domicilland anser personselskabet for at være et selvstændigt skattesubjekt. Personselskabet er i denne situation ikke beskyttet, idet det ikke er *hjemmehørende* i Danmark. Med henvisning til, at selskabsdeltageren ikke i sit domicilland anses for at være indkomstmodtager,

¹⁷⁾ Det skal bemærkes, at de to ovenfor 2.1.1 kritiserede kendelser fra Landsskatteretten af 29/3 1990 næppe heller ville kunne retfærdiggøres ved at henvise til OECD's nye kommentarer til art. 23.

¹⁸⁾ Jf. Niels Winther-Sørensen: Beskatning af international erhvervsindkomst, 2000, s. 180 f. Såfremt man fulgte synspunktet bag den nuværende administrative praksis vedrørende den omvendte situation med en i Danmark hjemmehørende selskabsdeltager, jf. ovenfor, ville man kunne argumentere for, at der heller ikke i den her beskrevne situation skulle indrømmes overenskomstlempelse. Dette synspunkt må dog også forkastes i denne sammenhæng. Ifølge Jean-Pierre le Gall i generalrapporten til IFA-kongressen i 1995, jf. Cahiers LXXXa, s. 655 ff., særligt s. 691 ff., vil overenskomstens kildeland i denne situation typisk indrømme overenskomstlempelse i medfør af overenskomsten med den enkelte selskabsdeltagers domicilland. Se for en diskussion af problemet også Kees van Raad i generalrapporten til IFA-kongressen i 1988, jf. Cahiers LXXIIIa, s. 113 ff., særligt s. 121 f.

vil heller ikke han kunne påberåbe sig dobbeltbeskatningsoverenskomsten. Dette (utilfredsstillende) resultat begrundes i kommentarerne til punkt 6.3:

“...This conclusion is founded upon the principle that the State of source should take into account, as part of the factual context in which the Convention is to be applied, the way in which an item of income, arising in its jurisdiction, is treated in the jurisdiction of the person claiming the benefits of the Convention as a resident. For States which could not agree with this interpretation of the Article, it would be possible to provide for this result in a special provision which would avoid the resulting potential double taxation where the income of the partnership is differently allocated by the two States.”

Såfremt selskabsdeltagerens domicilland efter et princip om skattemæssig transparens anser selskabsdeltageren for at være skattepligtig af sin andel af personselskabets indkomst, kan overenskomsten påberåbes. Dette gælder dog ikke, såfremt overenskomstens kildeland anser personselskabet for at være en dér hjemmehørende person, jf. kommentarerne til art. 1, punkt 6.4.¹⁹⁾

Såfremt et udenlandsk personselskab, som i sit domicilland anses for et selvstændigt skattesubjekt, i en anden overenskomststat (stat A) er beskyttet, jf. art. 1 i overenskomsten mellem denne stat og Danmark, skal Danmark som overenskomstens kildeland indrømme lempelse i overensstemmelse med denne overenskomst. Dette gælder også, selv om selskabsdeltageren er hjemmehørende i en anden stat (stat B) end personselskabet (stat A). Såfremt selskabsdeltageren er hjemmehørende i en stat (stat B), der beskatter efter et princip om skattemæssig transparens, er Danmark forpligtet at indrømme lempelse efter den for skatteyderen mest gunstige overenskomst, jf. OECD's kommentarer til art. 1, punkt 6.5.²⁰⁾

Anbefalingen om, at den udenlandske selskabsdeltager, som er hjemmehørende i stat A, kan påberåbe sig overenskomsten mellem Danmark og stat B, hvori personselskabet anses for et hjemmehørende selvstændigt skattesubjekt, er der ikke tidligere argumenteret for i dansk teori.

¹⁹⁾ Der tilsigtes således eksempelvis ikke ændret ved, at et dansk anpartsselskab med en US-amerikanske hovedanpartshaver ved overenskomstlempelse i Danmark skal anses som en her i landet hjemmehørende person, selv om hovedanpartshaveren i medfør af de interne amerikanske *check the box*-regler har valgt, at anpartsselskabet skal anses som et transparent selskab.

²⁰⁾ Omvendt angives det i kommentarerne til art. 1, punkt 6.5, at Danmark som overenskomstens kildeland slet ikke er forpligtet til at indrømme overenskomstlempelse, såfremt selskabsdeltagerens domicilland anser personselskabet for et selvstændigt skattesubjekt, mens personselskabets domicilland anvender et princip om skattemæssig transparens.

4. Betydningen af OECD's nye kommentarer

OECD's modeloverenskomst med kommentarer har ikke status som en folkeretligt bindende traktat, og det er endvidere vanskeligt at indplacere modeloverenskomsten i wienerkonventionens bestemmelser om fortolkning af traktater. På trods heraf synes det almindeligt anerkendt i international teori og skattepraksis, at OECD's modeloverenskomst med tilhørende kommentarer kan tillægges vægt ved fortolkningen af konkrete overenskomster.²¹⁾ Dette er også tilfældet for Danmarks vedkommende. I dommene TfS 1992, 291 Ø og TfS 1993, 7 H, samt i tilkendegivelsen TfS 1996, 715 ØLR har domstolene således udtrykkeligt henvist til OECD's modeloverenskomst ved fortolkningen af konkrete overenskomster.

Det forhold, at OECD ændrer på kommentarerne til modeloverenskomsten, medfører således på den ene side ikke nødvendigvis, at allerede indgåede overenskomster og/eller nye dobbeltbeskatningsoverenskomster skal fortolkes i overensstemmelse med de nye kommentarer. På den anden side kan der ikke ses bort fra de nye kommentarerne ved fortolkningen af både allerede indgåede og nye dobbeltbeskatningsoverenskomster, idet kommentarerne indgår som en blandt flere fortolkningsfaktorer.

Betydningen af OECD's modeloverenskomst med kommentarer som fortolkningsbidrag må antages at være mindre for ældre overenskomster end for nye overenskomster, der indgås efter udgivelsen af 2000-versionen af modeloverenskomsten. Det må dog erkendes, at der ikke kan påvises sikker støtte for dette udsagn ud fra dansk retspraksis, hvor man bl.a. i det ovenfor nævnte domme lagde vægt på OECD's modeloverenskomst med kommentarer, selv om der i alle sager var tale om dobbeltbeskatningsoverenskomster, som var indgået før OECD's første modeloverenskomst fra 1963.

Betydningen af OECD's modeloverenskomst med kommentarer som et fortolkningsbidrag afhænger endvidere af, om der alene er tale om en præcisering eller en ændring af tidligere kommentarer. Hvorledes man i den sammenhæng opfatter OECD's kommentarer om personselskaber, som er underkastet forskellig subjekt kvalifikation, afhænger i høj grad af, hvem man spørger, idet den overenskomstmæssige behandling af personselskaber og disses selskabsdeltagere stedse har været omdiskuteret i ind- og udland.

²¹⁾ Jf. Klaus Vogel og Rainer Prokisch i generalrapporten til IFA-kongressen 1993, jf. Cahiers LXXXVIIIa, s. 19 ff., særligt s. 30 f.; Philip Baker: Double Taxation Conventions and International Tax Law, 2. udg., 1994, s. 28 ff.; Nils Mattsson i Aage Michelsen (red.): FSR's årsskrift, skatteret, 1990, s. 133 ff., særligt s. 162; Gustaf Lindencrona: Dubbelbeskatningsavtalsrätt, 1994, s. 82 f.; Arvid A. Skaar: Permanent Establishment, 1991, s. 46 ff.; Aage Michelsen i SO 1993, 64, særligt s. 67 f.; samme: International skatteret, 2. udg., s. 54 ff.; Niels Winther-Sørensen: Beskatning af international erhvervsindkomst, 2000, s. 74 ff.

I analysen ovenfor er der redegjort for, i hvilket omfang OECD's kommentarer er i overensstemmelse med den hidtidige danske administrative praksis og teori. Den administrative danske praksis, særligt om danske selskabsdeltagere i et udenlandsk personselskab, som i den anden overenskomststat anses som et selvstændigt skattesubjekt, var også før 2000-revisionen af OECD's modeloverenskomst kritisabel. De nye kommentarer, som Danmark i øvrigt ikke har taget forbehold over for, bør under alle omstændigheder give anledning til, at de danske skattemyndigheder tager deres nuværende praksis op til revision.

Kreta eller Hobro

af
Kjeld Hemmingsen

En samlet dagspresse og et udpluk af Folketingets medlemmer forargedes en efterårsdag over en skatteankenævnskendelse, som gav en intimmassøse fradragsret for udgifterne til en silicone-brystimplantation. BBC World News og andre nyhedsmedier fandt afgørelsen værdig til udbredelse over den ganske Jord.

Ankenævnets begrundelse for at indrømme fradragsret er i overensstemmelse med teorien på driftsomkostningsområdet, idet ankenævnet lagde til grund, at der var den tilstrækkelig nære forretningsmæssige forbindelse mellem udgifterne og den udøvede virksomhed.

Udgifter til underhold, betjening, nytte eller behagelighed

I et tilfælde som det refererede bringer skatteyderen sig i selskab med blandt andre skuespillere og operasangere, som har fået nye tænder, og tandlæger, der anskaffer sig briller.

I dette selskab har en tandlæge, som søgte beskyttelse bag et særligt sæt brilleglas, fået fradragsret for brilleudgiften, mens en kollega afvist, eftersom hans ønske om at kunne se patienternes tænder ikke fandtes at opveje den nytte, han som alle andre havde af at bære briller.

Det er statsskattelovens § 6, der afviser fradragsret for privatudgifter beskrevet som udgifter til "egen eller families underhold, betjening, nytte eller behagelighed".

For tandlægernes vedkommende kunne det tilsvarende være diskuteret, om deres respektive virksomheder kunne belastes med udgifter til aviser og ugeblade, idet tandlægerne ligesom patienterne formodes at studere de fremlagte aviser og blade på klinikken og måske ligefrem kan mistænkes for at tage litteraturen med hjem til familiens forlystelse.

I grænsetilfælde, hvor eksistensen af en misundelsesmaksime ikke helt kan afvises, er der en naturlig aversion mod at lade statskassen medfinansiere udgifter uden klart dokumenteret sammenhæng med erhvervsvirksomheden.

Sandsynliggøres der imidlertid en sådan sammenhæng, må udgifternes omkostningskarakter accepteres, medmindre dette udelukkes af krydsende hensyn. Strafpådragende handlinger udelukker fradragsret, selvom lovovertrædelsen har haft forretningsmæssige formål.

En udgift kan efter sin art være så nært forbundet med almindelig livsførelse, at fradragsret allerede af denne grund er udelukket. Udgifterne til de daglige livsformødenheder kan ikke fratrækkes, selvom en passende ernæringstilstand utvivlsomt er nødvendig for udøvelsen af enhver form for virksomhed, og med samme begrundelse nægtes i praksis fradragsret for udgifter til børnepasning og til pleje af helbred og sundhed. Dette gælder, uanset om det f.eks. for børnepasningens vedkommende måtte være ubetinget nødvendigt at afholde udgifterne af hensyn til indkomsterhvervelsen.

Det bemærkes, at skatteankenævnet ikke fandt anledning til at indplacere intimmæssigheden i denne kategori.

Sammenfattende kan det fastslås, at skatteyderen under alle omstændigheder påtager sig bevisrisikoen, når han m/k vil påstå, at en udgift, der efter sin art er af privatforbrugskarakter, har udelukkende eller overvejende erhvervsmæssig tilknytning.

Turist- og forretningsrejser

I det følgende skal der gives en oversigt over retstilstanden på et område, som måske bedre end andre illustrerer den vanskelige sondering mellem private og erhvervsmæssige aktiviteter.

Det drejer sig om rejseudgifter, som af skatteyderen påstås at være af forretningsmæssig karakter, men som under andre omstændigheder typisk vil dække private behov.

Der er ikke mindst grund til at diskutere den skattemæssige behandling af sådanne udgifter, når rejsemålet ligger i utvivlsomme rekreative- eller turistområder, eller der af andre grunde ikke på forhånd kan afvises et vist turistmæssigt islæt i rejserne.

I den ene ende af skalaen befinder sig hermed udgifter forbundet med traditionelt salgsarbejde eller udførelse af montørarbejde og serviceopgaver for virksomheden, idet rejseudgifterne som udgangspunkt har omkostningskarakter, uanset hvor på jordkloden og under hvilke omstændigheder skatteyderen agerer.

Men allerede her kan tvivlen begynde at nage, hvis skatteyderens virksomhed er af en sådan karakter, at der ikke umiddelbart kan påvises en sammenhæng mellem det udførte arbejde og indkomsterhvervelsen.

En videnskabsmand, der forsker og underviser på højeste plan i virksomhedsledelse og organisationsteori, kan utvivlsomt indhente megen

viden gennem tidsskriftartikler og anden faglitteratur på området, men at tro, at der kan bygges bro mellem virksomhedsledelse på praktisk og teoretisk højt niveau alene ved skrivebordet, er naturligvis en illusion.

Behovet for at deltage i kongresser og seminarer med faglige diskussioner og kontakt med kolleger er da også på dette som på andre områder almindelig anerkendt, og der er sædvanligvis ikke større vanskelighed forbundet med at få fradragsret for udgifterne, hvis arrangementet i øvrigt har den tilstrækkelige lødighed. Opfyldelsen af denne sidste betingelse må sandsynliggøres i det enkelte tilfælde.

For videnskabsmandens vedkommende kan imidlertid også enkeltstående og individuelle rejser her i landet eller i udlandet retfærdiggøres, hvis ekspertisen findes det pågældende sted.

Dette gælder helt utvivlsomt, hvis der senere påvises konkrete resultater af samarbejdet i skatteyderens videnskabelige arbejde eller i praktisk konsulentarbejde, som udnytter skatteyderens erhvervede specialviden.

Men også en mere indirekte påvirkning af skatteyderens arbejde kan efter omstændighederne begrunde fradragsret, når det stadig forudsættes, at der kan påvises en tilstrækkelig nær sammenhæng mellem rejseaktiviteten og dennes formål på den ene side og skatteyderens aktuelle virksomhedsudøvelse på den anden.

I praksis er det selvsagt lettere at påvise en sammenhæng mellem salget af en maskine og den montørindsats, der får maskinen til at køre, end mellem videnskabsmandens daglige arbejde og et eksklusivt interview med en udenlandsk kapacitet på området. Men udgangspunktet for den skatteretlige kvalifikation af udgifterne er det samme.

Videnskabsmandens bevismæssige vanskeligheder genfindes i andre brancher, når virksomheder skal sandsynliggøre den tætte sammenhæng mellem rejseaktiviteter og den løbende indkomsterhvervelse uden objektiv målestok for sammenhængen.

Erfaringen viser eksempelvis, at det ikke er meget lettere at være svineproducent end at være videnskabsmand.

Først forsøgte en svineproducent sig med fradrag for udgifterne til en studietur til Belgien arrangeret for 42 danske svineproducenter.¹⁾

Til støtte for fradragsretten anførte skatteyderen, som var en af foregangsmændene på krydsningsområdet inden for dansk svineavl, at han havde fået konkret nytte af studieturen i sin krydsningsproduktion og ved fodring og staldindretning. Han henviste især til besigtigelsen af forskellige svineracer og et fuldspalteanlæg og fedtanlæg, som han senere benyttede i sin egen drift, samt oplysninger om belgisk afsætningsstruktur.

¹⁾ TFS 1989, 599 H

Kun en enkelt dissenterende højesteretsdommer anså udgiften for konkret knyttet til indkomsterhvervelsen og dermed fradragsberettiget efter statsskattelovens § 6, mens landsretten og et flertal i Højesteret fandt, at rejsen havde været af generel karakter og derfor ikke havde haft en sådan konkret og direkte sammenhæng med skatteyderens indkomstskabende aktiviteter, at der var grundlag for fradragsret.

Det blev under sagen ikke bestridt, at skatteyderen muligvis på rejsen havde fået inspiration til sin løbende avlsudvikling, men den konkrete og direkte sammenhæng mellem rejsen og den udøvede virksomhed fandtes som anført ikke til stede.

Som det vil ses, begrundes nægtelsen af fradragsret ikke med et turistmæssigt islæt i rejsen, men med rejsens generelle karakter. Med denne begrundelse rubriceres udgifter til rejser af generelt orienterende art på samme niveau som udgifter til ferie- og turistrejser og sidestilles med uddannelsesudgifter. Uddannelsesudgifter, herunder udgifter til videreuddannelse, behandles efter gældende ret som privat- eller anlægsudgifter²⁾ i modsætning til udgifter til aktuel, konkurrencebetinget ajourføring af viden, som er driftsomkostninger. Det bemærkes, at den dissenterende dommer, som ville give fradragsret, tilføjer, at han ikke finder grundlag for fradragsret for den deltagende ægtefælles udgifter. Denne udtalelse kunne tyde på, at de ledsagende rejsedeltageres rolle og dermed måske spørgsmålet om et vist turistmæssigt islæt i rejsen har været berørt under voteringen.

Den næste svineproducent forfægtede sine synspunkter ad to gange.³⁾

For landsretten havde han nedlagt påstand om fradrag af rejseudgifter, som var afholdt for at studere svineavl i to foregangslande på svineavlsområdet Skotland og Canada. Selv rangerede han blandt de bedste svineavlere i Danmark, og han havde fået rejserne specielt tilrettelagt af hensyn til sin virksomhed, som rummede en meget specialiseret viden om svineavl.

I rejsen til Skotland deltog hans dyrlæge og en anden svineproducent, og rejsens formål var at ajourføre viden om håndtering af svin, herunder smågrises dødelighed, på en måde, som skatteyderen kunne anvende direkte i sin bedrift.

I rejsen til Canada deltog hans familie, og man boede under opholdet hos en tidligere udvekslingsstuderende, som arrangerede besøg hos en række canadiske svineavlere. Skatteyderen havde efter hjemkomsten offentliggjort en artikel i tidsskriftet "Svinet" om sit udbytte af studierejsen. Han havde kun fratrukket en skønmæssig andel af rejseudgifterne på denne tur, idet han erkendte, at han også havde fået viden, som måtte karakteriseres som værende af generel karakter.

²⁾ Statsskatteloven sonderer mellem driftsomkostninger på den ene side og privat- og anlægsudgifter på den anden. I nærværende forbindelse kommenteres den indbyrdes forskel mellem privatudgifter og anlægsudgifter ikke, idet det navnlig i spørgsmålet om fradragsret for studierejse- og kongresrejseudgifter o.l. er ligegyldigt, om fradrag nægtes ud fra privatforbrugs- eller anlægssynspunkter.

³⁾ TfS 1993, 436 V og TfS 1994, 811 H

Landsretten lagde til grund, at Skotlandsrejsen havde haft et relevant fagligt indhold, som havde givet nogle indtryk af betydning for driften af hans virksomhed, og at turen til Canada havde haft et betydeligt fagligt islæt, men tillige et besøgs- og turistmæssigt islæt. Med henvisning til Højesterets ovenfor omtalte dom i Belgienssagen fandt landsretten ikke en så konkret og direkte sammenhæng mellem nogen af rejserne og skatteyderens indkomsterhvervelse, at der kunne gives fradragsret i medfør af statsskattelovens § 6.

For Højesteret vedrørte sagen kun Skotlandsrejsen. Højesteret lagde her til grund, at skatteyderen havde fået demonstreret et system, som kunne muliggøre nedsættelse af dødeligheden blandt smågrise, og herved havde erhvervet en viden, som umiddelbart gav sig udslag i konkrete dispositioner i tilknytning til indkomsterhvervelsen. Udgifterne godkendtes herefter som fradragsberettigede driftsomkostninger.

Som det fremgår af ovenstående må skatteyderen i nogle tilfælde sandsynliggøre rejsearrangementernes umiddelbare betydning for virksomhedssudøvelsen, i andre bortvejre en mistanke om turistmæssige islæt. Ikke så sjældent må han redegøre for omstændighederne omkring begge forhold.⁴⁾

I nogle tilfælde forløber denne proces lettere end i andre.

Er arrangøren en brancheforening el.l., som repræsenterer en større gruppe af virksomheder inden for branchen, er der en forhåndsformodning for et fagligt og lødigt kursus- eller kongresforløb.

Indgår der desuden fysiske demonstrationer eller andre tekniske elementer i arrangementet, er der i praksis endnu sjældnere tvivl om fradragsretten, når det forudsættes, at deltagerne ikke uden videre kan håndtere teknikkerne på egen hånd eller alene gennem litteraturstudier.

Arrangementernes lødighed kan bl.a. dokumenteres gennem kursusplan og emnevalg, foredragsholdernes kompetence og eventuelle paneldeltageres faglige forudsætninger. Er skatteyderen selv indbudt som særligt sagkyndig som foredragsholder eller paneldeltager, er der sædvanligvis aldrig tvivl om de driftsmæssige sammenhænge.

Fælles udflugter, middag og underholdning, der som oftest afrunder en hård arbejdsdag, bliver uden betydning for deltagerens fradragsret, når det selskabelige islæt har et begrænset omfang.

Optræder skatteyderen alene eller deltager i et rejsearrangement sammen med et begrænset antal kolleger i branchen, viser svineavlernes erfaringer, at arrangementerne ikke ombølges af den samme sympati.

I sådanne tilfælde kan kun en konkret vurdering afgøre omfanget og karakteren af eventuel selskabelighed, og det må nærmere undersøges, om den nødvendige direkte sammenhæng med driften overhovedet er til stede. Heller ikke

⁴⁾ Om gymnasielæreres og universitetsansattes rejseudgifter henvises til Skatteministeriets kommentarer i TfS 1992, 384 og TfS 1996, 107

fysiske demonstrationer af teknikker og indretninger får samme indicerende vægt som i de branchearrangerede kursusforløb.

Skattemyndighederne kan måske ligefrem fristes til at vende sagen på hovedet og undre sig over, at kun en enkelt eller et fåtal af branchens virksomheder tilsyneladende har haft behov for særlige studier. Hensynet til almindelig fagudvikling i virksomheden og mere selskabelige behov kan have vejet tungere end behovet for umiddelbart anvendelig viden i den daglige kamp om kunderne..

Kreta eller Hobro

Spørgsmålet om en rejses turistmæssige islæt har været omtalt flere gange i det foregående, men det har ikke været nærmere diskuteret, hvilken betydning selve rejsemålet har for bedømmelsen af det samlede arrangement.

Landsretten godkendte i 1984⁵⁾ den dagældende administrative praksis, ifølge hvilken rejsearrangementer til deciderede turiststeder i udlandet ikke blot kunne begrunde en vis mistænksomhed over for skatteyderen og hans motiver, men måtte stille krav om en faglig begrundelse for at vælge den udenlandske destination, hvis skatteyderen ville gøre sig håb om fradragsret for udgifterne.

Med dette udgangspunkt tegnede situationen sig ikke lyst for en elinstallatør, der drev sin installationsforretning i selskabsform, og som – sammen med hustru og barn – i 1985 havde deltaget i en uges charterrejse til Mallorca.⁶⁾ Han havde her sammen med 31 andre elinstallatører deltaget i et kursus om det danske stærkstrømsreglement arrangeret af Elektroinstallatørernes Landsforening, og hans selskab havde betalt rejsen.

En afdelingsleder i Elektricitetsrådet, der deltog i kurset, forklarede som vidne, at han selv havde deltaget i 17 kurser afholdt i udlandet af Elektroinstallatørernes Landsforening, og at også dette kursus var på et højt fagligt niveau med højt kvalificerede undervisere. Skatteyderen kunne hertil føje, at kursusaktiviteten havde været af længere varighed, end man umiddelbart fik indtryk af ved at se på de 5 dages undervisning fra kl. 9 - 14, idet deltagerne i vidt omfang blev siddende i undervisningslokalerne og fortsatte behandlingen af de stillede opgaver. Af kursusprogrammet fremgik i øvrigt, at der i kursusforløbet kun havde været en dag fri, hvor man havde besøgt en byggeplads på et højhus under opførelse.

Om valget af kursussted forklarede skatteyderen, at kurset fandt sted uden for den sædvanlige turistsæson på øen, således at man gennem et rejsebureau havde kunnet få en billig charterrejse.

⁵⁾ TfS 1984, 238 V

⁶⁾ TfS 1994, 738 H

Østre landsret gav skatteyderen medhold i, at den i 1985 afholdte, relativt beskedne udgift på 3.870 kr. havde karakter af en driftsomkostning, og lagde dermed afstand til landsretsdommen fra 1984 og den efter denne udviklede praksis. Retten fandt det – uanset stedet for kursets afholdelse – godtgjort, at kurset havde været fagligt velbegrunder i forhold til den virksomhed, skatteyderen drev, og at kurssets udformning, herunder den tidsmæssige tilrettelæggelse, under hensyn til kursustemaet og deltagerkredsen var sket ud fra saglige hensyn.

I Højesteret delte vandene sig som udtryk for tre forskellige syn på fradragsspørgsmålet.

Fire dommere var enige med Østre landsret i, at der nok er en formodning for et betydeligt turistmæssigt islæt i kursusarrangementer, når kursusstedet er et almindeligt turiststed i udlandet, og kursusstedet ikke som sådant er fagligt begrundet. Der skal imidlertid ske en nuanceret bedømmelse af de nærmere omstændigheder i sagen, hvilket efter to dommers mening medførte, at formodningen i dette tilfælde fandtes afkræftet af skatteyderen. To dommere fandt ikke formodningen afkræftet, idet disse dommere fremhævede oplysningerne om den tid, der var medgået til undervisning, i forhold til opholdets varighed.

Den femte dommer tilsluttede sig Vestre landsrets synspunkt fra 1984, idet der efter hans opfattelse altid ville være et vist og i reglen betydeligt turistmæssigt islæt forbundet med deltagelse i kurser på almindelige turiststeder i udlandet. Han fandt det meget vanskeligt for skattemyndighederne at skulle administrere selv en formodningsregel og ville derfor i alle tilfælde afskære fradragsret, når kurset afholdes på et almindeligt turiststed i udlandet, og kursusstedet ikke som sådant er fagligt begrundet.

Højesterets flertal havde dermed afvist fradragsret for kursusudgifterne.

Med dommen tilkendegav de fire dommere, at skattemyndighedernes omtalte skepsis over for kursusarrangementer i udlandet var velbegrunder, men dog med mulighed for skatteyderen for at afkræfte en formodning om betydelige turistmæssige islæt i arrangementerne. Kun den femte dommer valgte den af kontrolmæssige grunde forståelige, men betænkelige løsning at fortolke en vag og ubestemt lovbestemmelse, som indbyder til konkret skønsanvendelse, på en sådan måde, at skønnet erstattes af en ufravigelig regel. Han understregede sin holdning til fortolkningsspørgsmålet ved at bemærke, at kurssets nærmere karakter og omfang under de givne omstændigheder ikke ville gøre nogen forskel for ham.

Ingen af dommerne tog stilling til mulige EU-retlige konsekvenser af retsopfattelsen, og denne side af afgrænsningsprocessen skulle blive aktuel i en sag, som kort tid efter blev indbragt for domstolene.⁷⁾

Det drejede sig her om et kursus arrangeret i 1988 af et revisionsfirma med 41 selvstændige revisorer eller ansatte hos disse som deltagere.

⁷⁾ TfS 1995, 363 V

Også i dette tilfælde havde man opnået en favorabel pris gennem et rejsebureau, således at udgiften til kurset ifølge arrangøren blev langt mindre, end hvis kurset skulle have været afholdt i Danmark.

Kursusafgiften 4.850 kr. omfattede rejse, ophold med halvpension, brug af undervisningslokale og undervisning ved senere professor i skatteret Ole Bjørn. Kursusemnet var skattereformen af 1987 med hovedvægten på den nye virksomhedsordning. Der blev fulgt en detaljeret kursusplan med tre hele og to halve dages undervisning, og det eneste turistmæssige islæt var en bustur til Vestkreta på en undervisningsfri dag.

Af en kommentar til sagen fra skatteyderens advokat⁸⁾ fremgår yderligere, at faciliteterne på kursusstedet ikke adskiller sig fra de faciliteter, der findes på feriesteder i Danmark, og at danske kursusarrangører ofte placerer kurser på almindelige feriesteder i Danmark. Skatteministeriet har ikke kunnet fremlægge afgørelser, hvor fradragsretten for kursusudgifter afholdt i Danmark har været undergivet samme vurdering som kursusudgifter afholdt i andre lande.

Landsretten lagde til grund, at kurset var tilrettelagt ud fra saglige hensyn, og at deltagelsen i kurset, der havde til formål at ajourføre deltageres skatteretlige viden, var fagligt velbegrunderet.

Med hensyn til kursets afholdelse på et almindeligt turiststed henholdt retten sig til den ovenfor refererede

højesteretsdom fra 1994 med en afkræftelig formodning for, at der med kursets afholdelse havde været forbundet et så betydeligt turistmæssigt islæt, at kursusudgiften ikke kunne anses som en fradragsberettiget kursusudgift.

To dommere lagde til grund, at rejsens varighed var bestemt af rejsebureauets almindelige rejseprogram, og at der med 3 hele og 2 halve kursusdage af i alt 6 rejsedage og det i øvrigt oplyste var sket afkræftelse af formodningen om et betydeligt turistmæssigt islæt.

En dommer fandt ikke formodningen afkræftet, idet han henviste til oplysningerne om den tid, der var medgået til undervisning, i forhold til opholdets varighed og antallet af ledsagere på rejsen (20 ledsagere).

Dommen blev anket til Højesteret, som udsatte sagen og forelagde to præjudicielle spørgsmål for EF-Domstolen.⁹⁾

I spørgsmålene, som skulle behandles under ét, ønskedes svar på 1) om det er i overensstemmelse med EF-traktatens art. 6 og 59 (nu art. 12 og 49), at der i dansk retspraksis¹⁰⁾ er en formodning for, at et kursus i tilfælde, hvor kurset afholdes på et almindeligt turiststed i udlandet, og hvor kursusstedet ikke som sådant er fagligt begrundet, er forbundet med et så betydeligt turistmæssigt islæt, at kursusudgiften ikke kan anses som en fradragsberettiget driftsomkostning, og 2) hvis det ikke er tilfældet, om den nationale retstilstand på skatteområdet kan retfærdiggøres under

⁸⁾ TFS 1998, 453

⁹⁾ TFS 1999, 850 EF-dom

¹⁰⁾ Der henvises herved til den ovenfor omtalte TFS 1994, 738 H

henvisning til EF-Domstolens praksis.¹¹⁾

Skattemyndighederne anførte, at formodningsreglen ikke er udtryk for en diskrimination eller en hindring for, at danske statsborgere kan modtage de omhandlede tjenesteydelser i andre medlemsstater. Formodningsreglen er alene en national sagsbehandlingsregel, som giver skattemynderen adgang til at oplyse om de omstændigheder, som kan afkræfte, at der er et betydeligt turistmæssigt islæt i kursusopholdet. Formodningsreglen skal sikre, at kurser, hvis indhold arrangeres af en dansk udbyder, og som afholdes på et feriested i udlandet inden for rammerne af en typisk charterferie, ikke er et misbrug af skattereglerne til at opnå en ferie med fradragsret. Kursusophold på et almindeligt turiststed i en anden medlemsstat, hvor kursusstedet ikke er fagligt begrundet, kan ikke sammenlignes med kursusophold i Danmark.

Skattemynderen gjorde gældende, at den konstaterede danske skattepraksis udgør en ulovlig hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser, idet helt sammenlignelige kursusydelser behandles forskelligt, alt efter om kursusydelserne erlægges i Danmark eller i et andet medlemsland. Skattemyndighedernes synspunkter vedrørende hensynet til kontrol imødegik skattemynderen med en henvisning til skattekontrollovens bestemmelser om indhentning af dokumentation, som gælder både kursusudgifter afholdt i Danmark og i andre medlemslande, og direktiv 77/799/EØF om gensidig bistand mellem medlemsstaternes kompetente myndigheder.

Domstolen bemærker indledningsvis, at den direkte beskatning ikke som sådan henhører under Fællesskabets kompetence, men at medlemsstaterne dog skal overholde fællesskabsretten under udøvelsen af deres kompetence.

Der næst bemærkes, at art. 6 om almindeligt forbud mod forskelsbehandling på grund af nationalitet er blevet iværksat og konkretiseret ved traktatens art. 59 om fri udveksling af tjenesteydelser. Der er derfor ikke anledning til at træffe afgørelse om fortolkningen af art. 6.

Endelig bemærker domstolen med hensyn til traktatens bestemmelser om grænseoverskridende udveksling af tjenesteydelser, at det omhandlede forhold omfattes af traktatens art. 59.

Formodningsreglen indeholder efter domstolens opfattelse en skattemæssig forskelsbehandling, alt efter hvor tjenesteydelserne udføres, hvorved det gøres vanskeligere at opnå fradrag for udgifter til deltagelse i faglige kurser, der afholdes i udlandet, end for udgifter til faglige kurser i den pågældende medlemsstat.

En begrænsning af de grundlæggende friheder, der er sikret ved traktaten, kan hverken retfærdiggøres i hensynet til at opretholde sammenhængen i en beskatningsordning eller til skattekontrollens effektivitet.

Med hensyn til Rådets direktiv 77/799/EØF om gensidig bistand bemærkes, at direktivet kan påberåbes til at fremskaffe alle oplysninger, der er nødvendige for at foretage en korrekt indkomstansættelse, og at der intet er til hinder for, at de kompetente skattemyndigheder også kan afkræve skattemynderen de nødvendige oplysninger. Modsat det danske skatteministerium finder Domstolen ikke, at en

¹¹⁾ Der henvises navnlig til sag C-204/90 (Bachmann) og sag C-250/95 (Futura Participations SA)

udveksling af oplysninger mellem de nationale skattemyndigheder skulle være utilstrækkelig til at løse problemstillinger af den omdiskuterede art.

Domstolen fastslår herefter, at EF-traktatens art. 59 er til hinder for at opstille en formodningsregel om deltagelse i udenlandske kurser, når der ikke gælder en tilsvarende formodning om faglige kurser, der afholdes på almindelige turiststeder i Danmark.

Hobro eller Hawaii

EF-Domstolens afgørelse var forudsigelig i samme øjeblik, det lå klart, at der ikke findes en formodningsregel for deltagelse i kurser på almindelige turiststeder i Danmark, og Skatteministeriet valgte da også at hæve ankesagen.

Spørgsmålet om afgørelsens rækkevidde er imidlertid problematisk for så vidt angår alt andet end diskriminationsspørgsmålet i EU-retlig sammenhæng.

For alle, der har beskæftiget sig med indhentning af kontroloplysninger fra udlandet, er det åbenbart, at EF-Domstolens optimisme vedrørende den gensidige oplysningspligts effektivitet nok er lidt overdreven. I praksis vil dette formentlig medføre, at den adgang, domstolen understreger, for de lokale skattemyndigheder til at udbede sig alle relevante oplysninger fra skatteyderen selv, vil blive udnyttet fuldtud, således at skatteyderen måske vil stå i en endnu vanskeligere bevismæssig stilling, end hvis formodningsreglen var opretholdt. Det kan efter omstændighederne være langt vanskeligere at føre egentligt bevis for de nødvendige driftsmæssige sammenhænge på områder som disse end blot at afkræfte en formodning.

Også set med andre skatteyderes øjne kan der også være tale om en pyrrhus-sejr, idet det kunne være nærliggende for skattemyndighederne at genindføre formodningsreglen, blot omfattende også kursusaktiviteter på dansk grund. Er man fortsat af den opfattelse, at mange kursusarrangementer indeholder væsentlige elementer af rekreativ eller selskabelig art, kan resultatet meget vel blive en skærpet holdning over for kursusarrangementer i Danmark, som hidtil har været omfattet af en velvillig, næsten ukritisk holdning fra skattemyndighedernes side. En solnedgang over Vesterhavet eller en spadseretur i Hobro skulle vel kunne måle sig med sydens herligheder?

Uanset om en sådan skærpet holdning bliver resultatet, synes der ikke at være nogen særlig grund for skattemyndighederne til at opgive formodningsreglen i relation til udenlandske kurser, der afholdes uden for EU.

Formodningsreglen er godkendt af Højesteret, og de kontrolmæssige vanskeligheder, som ligger bag formodningsreglen, vil fortsat være til stede, når kursusaktiviteterne næste gang henlægges til et ferieområde på Hawaii.

Forskelligt fodslag i en europæisk union?

af
Jens Fejø

Indledning. Udviklingen i Europa sker i forskellige fora

Et af de centrale politiske emner ved den forestående Nice-konference – og forud for denne ved forberedelserne under Biarritz-topmødet – er den problemstilling, som knytter sig til spørgsmålet om det fremtidige europæiske samarbejdes enhed eller progression i forskellige takter. Kært barn har mange navne, og for det fænomen, der her tænkes på, har man brugt udtryk som “én union eller flere”, “fleksibilitet”, “et Europa i flere tempi”, “retten til et tættere samarbejde” for nu blot at nævne nogle få heraf.

Før man når frem til en politisk stillingtagen til det fremtidige samarbejde, kan der imidlertid være grund til at foretage nogle overvejelser over situationen, allerede som den fremtræder i dag i henhold til det eksisterende traktatgrundlag.

Der er således grund til indledningsvis at hæfte sig ved, at udviklingen, samarbejdet og integrationen inden for Europa allerede i dag må anses at foregå inden for flere fora, hvis ikke man vil kalde det inden for *mange fora*.

Som et første led – og det vigtigste led – i dette samarbejde, må man se den Europæiske Union. Som bekendt bygger den på 3 “søjler” eller “piller”, og dette “søjlesamarbejde” har haft den forunderlige karakter, at endskønt tilsyneladende at danne fundamentet for hele den Europæiske Union, *har søjlerne bevæget sig*: Emner eller områder, som har befundet sig under den ene søjle har flyttet sig hen under en anden søjle.

Således er der sket en flytning af områder fra det mellemstatslige samarbejde – som hidtil foregik inden for 3. søjle – til 1. søjle, som er det overstatslige samarbejde. Herved er der opnået et mere forpligtende og gennemtvingeligt system for de områder, som har “*holdt flyttedag*”. Amsterdam-traktaten indebar således, at en række af samarbejdsområderne vedrørende retlige og indre anliggender blev overført til EF-traktatens afsnit IV. Det drejer sig om grænsekontrol, asylpolitik, indvandringspolitik og det civilretlige samarbejde.

Hertil kan føjes, at i takt med at der blev lagt op til en styrkelse af den fælles grænsepolitik inden for EU-samarbejdet, valgte medlemsstaterne ved

Amsterdamtraktaten at integrere det hidtidige mellemfolkelige Schengensamarbejde i EU, allerede fra Amsterdamtraktatens ikrafttræden. De nærmere regler for denne integration blev fastsat i en protokol om integration af Schengenreglerne i den Europæiske Union. Denne protokol skal i øvrigt ses som led i de nye regler om muligheden for at etablere et tættere samarbejde mellem visse lande inden for rammerne af Unionstraktaten. Til dette kommer, at Island og Norge – uden at være medlemmer af EU – deltager som associerede i gennemførelsen af Schengenreglerne og den videre udvikling heraf på grundlag af samarbejdsaftalen mellem Norge, Island og Schengenlandene.

Vi må også se, at *EØS-samarbejdet*, “the EEA agreement”, omfatter lande, som ikke er medlemmer af den Europæiske Union, i det indre marked, således at Norge og Island, og Liechtenstein, herved uden at være medlemmer dog har en retsordning, som i vidt omfang svarer til EU’s.

Man kan herved at pege på forskellige forhold, som må kaldes *uensartethed* i den europæiske udvikling, eller dog en *fleksibel udvikling* landene imellem i den forstand, at der består arrangementer, hvor kun nogle medlemslande deltager i et konkret samarbejde, eller består samarbejde, hvor nogle medlemslande er undtaget fra deltagelse, eller hvor der er åbnet for deltagelse for ikke-medlemslande. Overskriftsmæssigt må disse områder lede tanken hen på betegnelsen “*flere unioner*”.

- Det må dog indledningsvis påpeges, at der næppe kan findes *generelle hjemmelsbestemmelser* i EU for “*fleksibilitet*”, som nok er blevet modeordet først og fremmest for disse tankegange.
- Derimod findes der inden for EU-systemet en række eksempler på, at nogle medlemslande påtager sig forpligtelser, som ikke berører alle medlemslande.

Det kan være hensigtsmæssigt at opdele grundlaget for disse udviklinger i forskellige tempi på følgende overordnede måde, som herved har taget udgangspunkt i den kronologiske rækkefølge af EU-retsudviklingen:

1. TEF
2. Tiltrædelsestraktaterne,
3. Sekundære retsakter,
4. Fællesakten,

Hertil kommer de nyskabelser der senest har fundet sted ved Amsterdamtraktaten i de tre søjler:

5. Søjle 1: TEF

6. Søjle 2: Fælles udenrigs- og sikkerhedspolitik

7. TEU's søjle 3 - Retlige og indre anliggender, der nu hedder det politimæssige og strafferetlige samarbejde.

Hertil kommer som

8. Edinburgafgørelsen.

Endelig falder som nr.

9. Fleksibilitet, som ligger uden for EU's retssystem.

1. TEF

Allerede inden for det traditionelle TEF, "Romtraktaten", i en periode betegnet "EØFT/EEC", findes vigtige muligheder for det enkelte medlemsland til at træffe nationale foranstaltninger, som ikke er konforme med de i de øvrige EU-lande forekommende.

Således indeholder eksempelvis *TEF artikel 28 (tidl. artikel 30)* hovedbestemmelsen om forbudet mod nationale tiltag med tilsvarende virkning som kvantitative foranstaltninger. Således må medlemslande ikke lave nationale nationalitetsdiskriminerende foranstaltninger eller lave ikke-diskriminerende foranstaltninger, som vel altså ikke er diskriminerende over for virksomheder fra andre medlemslande, men som dog udgør restriktioner, som ikke er nødvendige. Velkendt er det tyske forbud mod øl, som ikke var brygget efter *Reinheitsgebot*-anvisningerne. Dette var i strid med den nuværende artikel 28.

Men fra artikel 28 gælder i henhold til *artikel 30 (tidl. artikel 36)* den *undtagelse*, at medlemslandene gerne må lave restriktioner, som kan være i strid med artikel 28, hvis de opfylder visse betingelser. Det gælder således, hvis en foranstaltning er begrundet i hensynet til den offentlige sædelighed, den offentlige orden, den offentlige sikkerhed, beskyttelse af menneskers og dyrs liv og sundhed, beskyttelse af planter, beskyttelse af nationale skatte af kunstnerisk, historisk eller arkæologisk værdi, eller beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret. Disse forbud eller restriktioner må dog hverken udgøre et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne.

Tilsvarende undtagelsesmuligheder gælder i forhold til de øvrige friheder: Fri bevægelighed for arbejdstagere, tjenesteydelser, kapital og etableringsretten.

Det er åbenbart, at selve traktaten hermed har givet medlemsstaterne adgang til en vis afvigelse fra ensartetheden. Der er altså tale om en *traktatfæstet fleksibilitet*.

En anden bestemmelse, man i denne sammenhæng kan drage frem er bestemmelsen i *artikel 134 (tidl. artikel 115)*.

“For at sikre, at gennemførelse af de handelspolitiske foranstaltninger, som medlemsstaterne har truffet i overensstemmelse med denne traktat, ikke hindres af forbrejninger i samhandelen, eller i tilfælde af, at forskelle mellem disse foranstaltninger medfører økonomiske vanskeligheder i en eller flere stater, retter Kommissionen henstilling om metoderne for det nødvendige samarbejde fra de andre medlemsstats side. Gør Kommissionen ikke dette, kan den bemyndige medlemsstaterne til at træffe de nødvendige beskyttelsesforanstaltninger på de vilkår og i den nærmere udformning, som den fastsætter.

I tilfælde af uopsættelighed anmoder medlemsstaterne Kommissionen om bemyndigelse til selv at træffe de nødvendige foranstaltninger; Kommissionen udtaler sig hurtigst muligt, og de pågældende medlemsstater underretter derefter de øvrige medlemsstater. Kommissionen kan til enhver tid beslutte, at de pågældende medlemsstater skal ændre eller ophæve disse foranstaltninger. Fortrinsvis skal sådanne foranstaltninger vælges, som medfører de mindste forstyrrelser i det fælles markeds funktion.”

Denne bestemmelse indebærer således, at *det enkelte medlemsland* inden for *den fælles handelspolitik* over for tredjelande, af Kommissionen kan blive bemyndiget til at træffe nødvendige beskyttelsesforanstaltninger på de vilkår og i den nærmere udformning, som Kommissionen fastsætter.

Der vil ved sådanne foranstaltninger altså opstå situationer, hvor det enkelte medlemsland har regler, som ikke findes i alle øvrige medlemslande.

I øvrigt indeholder *TEF artikel 296 (tidl. artikel 223)* en bestemmelse i tilknytning til landenes *væsentlige sikkerhedsinteresser*.

“1. Denne traktats bestemmelser er ikke til hinder for følgende regler:

- a) ingen medlemsstat er forpligtet til at meddele oplysninger, hvis udbredelse efter dens opfattelse ville stride mod dens væsentlige sikkerhedsinteresser
- b) hver medlemsstat kan træffe de foranstaltninger, som den anser for nødvendige til beskyttelse af sine væsentlige sikkerhedsinteresser, og som vedrører fabrikation af eller handel med våben, ammunition og krigsmateriel; disse foranstaltninger må ikke forringe konkurrencevilkårene inden for fællesmarkedet for varer, som ikke er bestemt specielt til militære formål.

2. Rådet fastlægger med enstemmighed på forslag af Kommissionen ændringer til den liste, det har fastlagt den 15. april 1958, over de varer, hvorpå bestemmelserne i stk. 1, litra b), finder anvendelse.

Bestemmelsen giver mulighed for *de enkelte medlemslande* til at værne væsentlige sikkerhedsinteresser ved at de ikke er forpligtet til at meddele oplysninger, hvis udbredelse efter dens opfattelse ville stride mod sådanne sikkerhedsinteresser.

Og hver medlemsstat kan træffe de foranstaltninger, som den anser for nødvendige til beskyttelse af sine *væsentlige sikkerhedsinteresser*, vedrørende *fabrikation af eller handel med våben, ammunition og krigsmateriel*, når disse foranstaltninger ikke forringer konkurrencevilkårene inden for fællesmarkedet for varer, som *ikke* er bestemt specielt til militære formål.

Denne bestemmelse åbner dermed adgang for de enkelte lande inden for de *forsvarspolitiske områder* til en *vis enegang*.

Også bestemmelsen i *artikel 297 (tidl. artikel 224)* om *alvorlige indre uroligheder* giver det enkelte medlemsland en *traktatfæstet ret* til *særforanstaltninger*. Herved tales om foranstaltninger, som en medlemsstat kan føle sig foranlediget til at træffe – og man må herved underforstå særforanstaltninger, som kun denne medlemsstat træffer i de nævnte situationer – i tilfælde af alvorlige indre uroligheder, der forstyrrer den offentlige orden, i tilfælde af krig eller alvorlig international spænding, der udgør en krigstrussel, eller for at opfylde de forpligtelser, som den har indgået med henblik på bevarelse af freden og den internationale sikkerhed. Bestemmelsen siger dog herved, at “Medlemsstaterne rådfører sig med hinanden med henblik på i fællesskab at træffe de bestemmelser, der er nødvendige for at undgå, at fællesmarkedets funktion påvirkes af disse særforanstaltninger fra denne ene medlemsstats side.

Endelig må det nævnes, at Traktaten indeholder en særbestemmelse om *Unionerne imellem Beneluxlandene* i *artikel 306 (tidl. artikel 233)*.

Ordlyden er, at

“Bestemmelserne i denne traktat er ikke til hinder for, at de regionale unioner mellem Belgien og Luxembourg, og mellem Belgien, Luxembourg og Nederlandene fortsat består og gennemføres, i det omfang disse regionale unioners mål ikke nås ved anvendelsen af denne traktat”.

Man kan således på dette stadium konstatere, at allerede helt tilbage til den oprindelige *Romtraktat*, TEF, fra 1957, blev der på flere punkter anvist en fleksibel holdning over for visse – nærmere opregnede og afgrænsede – afvigelser.

2. Tiltrædelsestraktater

Det næste område, hvor en fleksibilitet kan ses udtrykt i traktattekst, findes i Tiltrædelsestraktaterne. Således indeholder hver af de fire Tiltrædelsestraktater særbestemmelser, som tog sigte på dels en gradvis tilpasning til EU-samarbejdet, dels i et vist omfang permanente særordninger for det eller de tiltrædende lande. Det gælder således

- Tiltrædelsestraktaten af 22. januar 1972 med Danmark, Irland, Norge og UK: Art. 2 i akten vedrørende tiltrædelsesvilkårene og tilpasningerne af traktaterne.
- Tiltrædelsestraktaten af 28. maj 1979 med Grækenland: Artikel 2 i akten vedrørende tiltrædelsesvilkårene og tilpasningerne af traktaterne.
- Tiltrædelsestraktaten af 12. juni 1985 med Spanien og Portugal: Artikel 2 i akten vedrørende tiltrædelsesvilkårene og tilpasningerne af traktaterne.
- Tiltrædelsestraktaten af 24. juni 1994 med Norge, Østrig, Finland og Sverige: Artikel 2 i akten vedrørende tiltrædelsesvilkårene og tilpasningerne af traktaterne

Der er måske grund til her at hæfte sig ved, at de regler, som er givet i favør af ét medlemslands særordninger ikke nødvendigvis tilsvarende findes i forhold til andre af de nytilkomne lande.

3. Fællesakten fra 1986

Man må som det tredje område inden for EU-samarbejdet, hvor man på traktatmæssigt grundlag kan tale om fleksibilitet i samarbejdet, nævne Fællesakten fra 1986.

Man skal måske først og fremmest her nævne den for Danmark vigtige bestemmelse om miljøgarantien i *artikel 95, stk. 5-8 (tidl. artikel 100 A, stk. 4)*.

Det drejer sig her om, at Rådet eller Kommissionen har vedtaget en harmoniseringsforanstaltning, hvor *stk. 5* beskæftiger sig med, at en medlemsstat finder det nødvendigt at indføre nationale bestemmelser baseret på *nyt videnskabeligt belæg* vedrørende *miljøbeskyttelse eller beskyttelse af arbejdsmiljøet* på grund af et problem, der er *specifikt for den pågældende medlemsstat*, og som *viser sig efter* vedtagelsen af harmoniseringsforanstaltningen.

Artikel 95, stk. 6 angår, at Kommissionen inden seks måneder efter meddelelsen bekræfter eller forkaster de pågældende nationale bestemmelser,

og hvis Kommissionen ikke har truffet nogen afgørelse inden for dette tidsrum betragtes de omhandlede *nationale bestemmelser* [som jo altså er særbestemmelser i forhold til f.eks. et EU-harmoniseringsdirektiv] *som godkendt*.

Artikel 95, stk. 8 bestemmer på sin side, at hvis en *medlemsstat* rejser et *specifikt problem* vedrørende *folkesundheden* på et område, der har været omfattet af tidligere harmoniseringsforanstaltninger, underretter den Kommissionen, der omgående undersøger, om den skal foreslå Rådet passende foranstaltninger.

Alle disse bestemmelser vedrørende miljøgarantien, som denne efter ændringen ved Amsterdamtraktaten fremtræder, må siges at bestå i særlige afvigelser for et medlemsland fra den totale EU-harmonisering. Og gennem den stillingtagen, der nu på basis af en række sager ligger fra Kommissionens side, har vi efterhånden kunnet danne os et indtryk af, hvornår medlemslandene har mulighed for at anvende denne miljøgaranti.

I den bestemmelse, som nu er blevet til *artikel 15*, (men oprindeligt var artikel 8 C, senere ændret til artikel 7 C), angående *Undtagelser vedrørende det indre marked* hedder det nu, at

“Ved udarbejdelsen af forslagene med henblik på virkeliggørelsen af målene i artikel 14 tager Kommissionen hensyn til omfanget af den indsats, der inden for *økonomier på forskellige udviklingstrin* må gøres i den periode, i hvilken det indre marked oprettes, og den kan fremsætte forslag om hensigtsmæssige bestemmelser. Hvis disse bestemmelser tager form af undtagelser, skal de være af midlertidig karakter og medføre de mindste forstyrrelser i fællesmarkedets funktion” (fremhævelsen min).

Der tales således her om hensyn til omfanget af den indsats, der inden for *økonomier på forskellige udviklingstrin* må gøres i den periode, i hvilken det indre marked oprettes.

Man kan i denne sammenhæng også pege på, at den række af bestemmelser om *Økonomisk og social samhørighed*, der findes i *TEF artiklerne 158-162 (tidl. artiklerne 130A-130E)* jo grundlæggende er udtryk for en uensartet anvendelse af EU's bestemmelser over for de enkelte medlemslande, som gennem dette regelsæt nyder godt af disse særforanstaltninger.

“AFSNIT XVII (tidl. afsnit XIV) ØKONOMISK OG SOCIAL SAMHØRIGHED
Artikel 158 (tidl. artikel 130 A)

For at fremme en harmonisk udvikling af Fællesskabet som helhed udvikler og fortsætter dette sin indsats for at styrke sin økonomiske og sociale samhørighed. Fællesskabet stræber navnlig efter at formindske forskellene mellem de forskellige områders udviklingsniveauer og forbedre situationen for de mindst begunstigede områder eller øer, herunder landdistrikter.

Artikel 159 (tidl. artikel 130 B)

Medlemsstaterne fører deres økonomiske politik og samordner denne med henblik på tillige at nå de mål, der er fastlagt i artikel 158. Udformningen og gennemførelsen af Fællesskabets politikker og aktioner samt gennemførelsen af det indre marked skal ske under hensyntagen til målene i artikel 158 og skal bidrage til deres virkeliggørelse. Fællesskabet støtter ligeledes denne virkeliggørelse med den virksomhed, som det udøver gennem strukturfondene (Den Europæiske Udviklings- og Garantifond for Landbruget, Udviklingssektionen, Den Europæiske Socialfond og Den Europæiske Fond for Regional udvikling), Den Europæiske Investeringsbank og andre eksisterende finansielle instrumenter. Kommissionen aflægger hvert tredje år rapport til Europa-Parlamentet, Rådet, Det Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget om fremskridtene i forbindelse med virkeliggørelsen af den økonomiske og sociale samhörighed, og om hvordan de forskellige midler efter denne artikel har bidraget hertil. Rapporten ledsages i givet fald af passende forslag.

Hvis det viser sig nødvendigt med særlige aktioner ud over fondene og med forbehold af de foranstaltninger, der træffes som led i Fællesskabets øvrige politikker, kan disse aktioner vedtages af Rådet, der træffer afgørelse med enstemmighed på forslag af Kommissionen og efter høring af Europa-Parlamentet,

Det Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget.

Artikel 160 (tidl. artikel 130 C)

Den Europæiske Fond for Regional udvikling skal bidrage til at udligne de største regionale skævheder i Fællesskabet ved at deltage i udviklingen og strukturtilpasningen af de områder, der er bagefter i udvikling, og i omstillingen af de industriområder, der er i tilbagegang.

Artikel 161 (tidl. artikel 130 D)

Med forbehold af artikel 162 definerer Rådet, der træffer afgørelse med enstemmighed på forslag af Kommissionen og efter samstemmende udtalelse fra Europa-Parlamentet og efter høring af Det Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget, strukturfondenes opgaver, hovedmål og indretning, hvilket kan medføre en sammenlægning af fondene. Rådet fastsætter også efter samme fremgangsmåde de almindelige regler, der skal gælde for fondene, samt de nødvendige bestemmelser for at sikre disses effektivitet og samordningen mellem fondene indbyrdes og med andre eksisterende finansielle instrumenter. En Samhörighedsfond, der er oprettet af Rådet efter samme fremgangsmåde, yder finansielle bidrag til projekter inden for miljø og transeuropæiske net på transportinfrastrukturområdet.

Artikel 162 (tidl. artikel 130 E)

Gennemførelsesbeslutningerne vedrørende Den Europæiske Fond for Regional udvikling træffes af Rådet efter fremgangsmåden i artikel 251, og efter høring af Det Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget. For så vidt angår Den Europæiske Udviklings- og Garantifond for Landbruget, Udviklingssektionen, og Den Europæiske Socialfond, finder henholdsvis artikel 37 og 148 fortsat anvendelse. "

Og man finder i *TEF artikel 168 (tidl. artikel 130 K)* også en bestemmelse om, at

“Under iværksættelsen af det *flerårige rammeprogram* kan der vedtages supplerende programmer, hvori der kun deltager visse medlemsstater, som sikrer finansieringen med forbehold af eventuel deltagelse fra Fællesskabets side” (fremhævelsen min).

Straks herefter findes i *TEF artikel 169 (tidl. artikel 130 L)* den regulering, som siger, at

“Under iværksættelsen af det *flerårige rammeprogram* kan Fællesskabet i forståelse med de pågældende medlemsstater åbne mulighed for deltagelse i forsknings- og udviklingsprogrammer, der iværksættes af flere medlemsstater, herunder deltagelse i de strukturer, der oprettes for gennemførelsen af disse programmer” (fremhævelsen min).

Artikel 172, stk. 2: Supplerende forskningssprogrammer (tidl. artikel 130 O, stk. 2) indeholder den bestemmelse, at hjemmel til vedtagelsen af de supplerende forskningsprogrammer, kræver de *pågældende medlemsstaters samtykke*.

Endelig findes i *artikel 176 (tidl. artikel 130 T)* bestemmelse om, at *beskyttelsesforanstaltninger*, som vedtages i henhold til artikel 175, ikke er til hinder for, at *de enkelte medlemsstater* under visse betingelser opretholder eller indfører *strengere beskyttelsesforanstaltninger vedrørende miljø*.

Overordnet betragtet er der således tale om, at også Fællesakten fra 1986 indeholdt en betydningsfuld håndfuld bestemmelser, hvor man på progressionens alter lod nogle enkelte uniformeringer lide overlast til fordel for fleksibilitetshensynet.

4. Sekundære retsakter

I EU-samarbejdet er i dag nok mere end nogensinde de sekundære retsakter, navnlig direktiver og forordninger, af overmåde stor betydning. De sekundære retsakter er således den drivende kraft i den betydelige retsudvikling, som i disse år finder sted inden for Unionen.

Det ligger uden for enhver tvivl, at der *inden for hver enkelt sekundær retsakt* kan vedtages *særlige vilkår for et eller flere medlemslande*, under forudsætning af en saglig begrundelse herfor, og hvor Traktatens regler i øvrigt ikke er overtrådt.

Således blot til illustration Rdir 69/169 med senere ændringer– Rejsegodsdirektivet – hvor Danmark (og Finland) [efter artikel 26 i “Cirkulationsdirektivet”, Rdir 92/12] udtrykkeligt har en særordning for en periode, hvad angår cigaretter og spiritus, eller mere generelt det 6. momsdirektiv – Rdir 77/388 med senere ændringer– , hvor mange lande har fået optaget særordninger for varer og tjenesteydelser, således at varer og

tjenesteydelser kan momses, selv om de ikke ellers er omfattet af direktivet og omvendt visse varer eller tjenesteydelser er for visse landes vedkommende undtaget fra momsning, selv om disse ydelser skulle have været momset efter direktivet.

Hertil kommer, at ved *totalharmonisering*, som typisk foregår ved brug af *direktiver*, vil der ofte i de enkelte direktiver findes en *beskyttelsesklausul* gående ud på, at det enkelte medlemsland kan "træde ud af" direktivet, hvis presserende grunde af hensyn til den offentlige sundhed, den offentlige sikkerhed, arbejdsmiljø el.l. tilsiger det.

I denne sammenhæng kan en accept af blot at nøjes med en *minimumsharmonisering* vel også anses som en anerkendelse af en fleksibilitetstankegang. Et medlemsland, der f.eks. ønsker at indføre skrappe regler for at beskytte miljøet eller sundheden, har således mulighed for i disse tilfælde at fravige de fælles regler.

Diskurs - Konkurrencereglerne

Man kan her også trække et enkelt område frem, nemlig *EU-konkurrenceretten*. Man kan her se, at der mellem medlemslandene på den ene side og Kommissionen på den anden side har fundet en veritabel duel sted om rækkevidden af EU-konkurrencereglerne og disses prohibitive karakter over for national ret. Således har man allerede langt tilbage fra Kommissionens side utvivlsomt ønsket at etablere en ordning, hvorefter en dispensation, fritagelse, fra EU's forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler i TEF artikel 81, i kraft af artikel 81, stk. 3, skulle indebære, at der ikke efter national konkurrenceret skulle kunne gribes ind over for den dispenserede aftale. En sådan dispensation kan således foreligge gennem en individuel dispensation i form af en Kommissionsbeslutning i medfør af artikel 81, stk. 3 eller i kraft af gruppefritagelse, der er en generel dispensation i medfør af de herom gældende gruppefritagelsesforordninger.

Men én ting er jo, at en konkurrencebegrænsende aftale måske kan fritages efter EU-systemet – hvis den ikke er "farlig" for etableringen af det store enhedsmarked, måske fordi påvirkningen af samhandelen mellem medlemsstaterne af den pågældende konkurrencebegrænsende aftale ikke er så voldsom, eller måske fordi tilstedeværelsen andre steder inden for EU af konkurrerende leverandører/udbydere bevirker, at man fra EU-myndighedernes side, specielt Kommissionens, kan se med mildere øjne på en konkurrencebegrænsende, primært national, aftale – noget andet er, at dette langt fra er ensbetydende med, at en national konkurrencemyndighed vil have samme indstilling over for en sådan adfærd. Således kan en konkurrencebegrænsende aftale, som måske dækker hele eller det meste af et

lands udbud af bestemte varer eller tjenesteydelser, være endda særdeles uønskelig set fra en sund markedsøkonomisk synsvinkel i det pågældende land, medens altså netop eksistensen af generel adgang andre steder inden for EU ikke gør Kommissionen nervøs.

Spørgsmålet er ikke afklaret fra EF-domstolens side, og det må siges at være vanskeligt præcist at fastlægge, i hvilket omfang de nationale konkurrenceretlige regler kan forbyde noget, som nyder EU-dispensation.

TEU: 5. Søjle 1, som vedrører EF-samarbejdet

Vender vi os til samarbejdet inden for de tre søjler i TEU kan det konstateres, at der med Amsterdam-Traktaten i søjle 1 og 3 er indført mulighed for *tættere samarbejde* blandt enkelte medlemslande. Der gælder herved en række *generelle retningslinier* for iværksættelse af tættere samarbejde, hvorved en række kriterier skal være opfyldt.

1. Et flertal af medlemslande skal deltage,
2. samarbejdet skal været åbent for alle,
3. det skal være foreneligt med den eksisterende fællesskabsret, og det skal respektere Unionens mål.
4. Samarbejdet skal endvidere respektere den fælles institutionelle ramme,
5. Det må ikke berøre de ikke-deltagende medlemsstats bemyndigelser, rettigheder, pligter og interesser, og
6. Endelig skal der være tale om en sidste udvej.

De normale beslutningsprocedurer skal anvendes. Dette indebærer bl.a., at alle medlemslande kan deltage i forhandlingerne om tættere samarbejde, idet dog alene de lande, som deltager i det tættere samarbejde, vil kunne deltage i selve vedtagelsen af Rådets beslutninger på området.

Udgifter i tilknytning til tættere samarbejde skal afholdes af de deltagende medlemslande, med mindre Rådet beslutter andet med enstemmighed. Administrative udgifter dækkes over det almindelige budget.

Herudover gælder en række yderligere betingelser for et tættere samarbejde i søjle 1 og 3.

I *søjle 1* kan tættere samarbejde ikke finde anvendelse på områder, som vedrører Fællesskabets enekompetence, eller som vedrører unionsborgerskabet. Det kan heller ikke finde anvendelse, hvis det berører Fællesskabets politikker, ligesom samarbejdet ikke må indebære konkurrenceforvridning, begrænse samhandlen eller medføre forskelsbehandling. Endelig skal det tættere samarbejde ske inden for rammerne af traktatgrundlaget.

Med hensyn til beslutningsproceduren er der tale om en to-trins procedure. Først retter de pågældende medlemsstater en anmodning til Kommissionen, der herefter tager stilling til, om den ønsker at forelægge Rådet et forslag. Undlader Kommissionen dette, vil det tættere samarbejde ikke kunne iværksættes. Såfremt Kommissionen vælger at fremlægge et forslag, træffer Rådet herefter afgørelse herom efter forinden at have hørt Europa-Parlamentet.

Rådets beslutning træffes med kvalificeret flertal. Dette er dog ikke tilfældet, hvis et medlemsland erklærer, at det på grund af vigtige hensyn til den nationale politik agter at stemme imod en sådan bemyndigelse. I så fald vil der ikke finde en afstemning sted, medmindre Rådet med kvalificeret flertal anmoder Rådet i dets sammensætning af stats- og regeringscheferne om at tage stilling med enstemmig afgørelse.

Med hensyn til optagelsen af nye medlemmer i det tættere samarbejde gælder, at det pågældende land skal give meddelelse herom til Rådet og Kommissionen. Kommissionen vil herefter inden for en periode af 4 måneder skulle tage stilling til meddelelsen samt til eventuelle særordninger for det pågældende land, som den - i givet fald - måtte finde nødvendige.

Tættere samarbejde vil kunne iværksættes i relation til samtlige samarbejdsområder inden for *søjle 3*. Beslutningen om anvendelse af tættere samarbejde træffes som i *søjle 1*. Den grundlæggende forskel mellem beslutningsproceduren for tættere samarbejde i *søjle 1* og *3* består i Kommissionens rolle. Mens Kommissionen i relation til tættere samarbejde i *søjle 1* tillægges en reel veto, er Kommissionens rolle i *søjle 3* begrænset til, at Rådet først træffer sin afgørelse, efter at Kommissionen er blevet opfordret til at afgive udtalelse.

Også i relation til spørgsmålet om optagelse af nye medlemmer i det tættere samarbejde er Kommissionens rolle begrænset betragteligt i forhold til *søjle 1*. Der er således Rådet – og ikke Kommissionen som i *søjle 1* – der træffer den endelige afgørelse om optagelse af nye medlemmer i det tættere samarbejde.

Der er her anledning til at nævne, at dette *hidtil har været teori*, idet fleksibilitetsbestemmelserne ikke er anvendt. Det må også nævnes, at *den verserende regeringskonference* drøfter mulighederne for udvidet fleksibilitet – bl.a. skal et medlemsland ikke længere kunne nedlægge veto, hvis et flertal af lande ønsker at gå videre i samarbejdet på en række områder. Biarritz-mødet tyder på, at man vil justere på den *processuelle lovhjemmel* for at kunne indlede det forstærkede samarbejde. Et forstærkede samarbejde vil kunne iværksættes, når blot et flertal af medlemsstater træffer beslutning herom. Decembertopmødet i Nice må endelig vise, hvad der kommer ud heraf.

Man kan desuden nævne bestemmelsen i *artikel 122 (tidl. artikel 109 K)* om de såkaldte "*konvergenskriterier*" [i relation til den Økonomiske og Monetære

Union]. Der kan efter bestemmelsen træffes afgørelse om, hvorvidt nogle medlemsstater skal indrømmes en nærmere defineret dispensation og i givet fald hvilke. Og traktatteksten taler endda her udtrykkeligt om, at sådanne medlemsstater benævnes "*medlemsstater med dispensation*".

Også i Traktatens artikel 175, stk. 5 (tidl. artikel 130 S, stk. 5) om *Undtagelser og finansiel støtte vedrørende miljø* findes en bestemmelse, som angiver, at Rådet kan fastsætte, at hvis det indebærer udgifter, der skønnes uforholdsmæssigt store for en medlemsstats offentlige myndigheder, i den retsakt, hvorved pågældende foranstaltning [med henblik på at gennemføre Fællesskabets politik på miljøområdet] skal der vedtages passende bestemmelse i form af undtagelser af midlertidig karakter og/eller finansiel støtte fra den Samhørighedsfond, der er oprettet i henhold til artikel 161.

Der er også særbestemmelser i *Den britiske ØMU-protokol*, og i *Den danske ØMU-protokol*. I disse to protokoller har UK og Danmark forbeholdt sig retten til at undlade at deltage i 3. fase af ØMU-en. For Danmarks vedkommende er det i Edinbourg-afgørelsen yderligere præciseret, at Danmark har meddelt, at det ikke deltager i 3. fase.

Hertil kommer *Protokollen om Danmarks stilling i tilknytning til Amsterdamtraktaten*, som indebærer, at Danmark står uden for det overstatslige samarbejde i TEF, afsnit IV: det asylretlige og civilretlige samarbejde gælder således ikke i Danmark. Det kan dog tilføjes, at en "fleksibel" holdning fra de andre medlemslande og Kommissionen må anses ønskelig ud fra et dansk synsvinkel, således at Danmark kan indgå en *folkeretlig* aftale med Fællesskabet, hvorved indholdet af hver enkelt foranstaltning alligevel kommer til at gælde for Danmark.

Der er også særbestemmelser i *den britiske social- og arbejdsmarkeds-protokol* og i *Den irske abortprotokol*.

Her ved omtalen af Søjle 1 kan også erindres om den *danske Sommerhusprotokol*, som specifikt freder danske sommerhuse mod at kunne købes af andre EU-borgere. Sommerhusprotokollen indebærer i høj grad fleksibilitet i forhold til Danmark, idet TEF's regler om kapitalens frie bevægelighed således ikke gælder fuldt ud i Danmark.

En tilsvarende protokol søgte Sverige ved optagelsen at få ind i sine tiltrædelsesvilkår, men forgæves.

6. TEU's søjle 2

TEU's søjle 2 omfatter den *Fælles udenrigs- og sikkerhedspolitik* og har optaget en række særmuligheder for medlemslandene, herunder

- Regler som giver adgang til *Undtagelser vedrørende fælles aktioner*,

- Bestemmelser om *WEU's* rolle,
- om *Neutralitet* og *NATO*, samt
- om *Tættere samarbejde indenfor WEU og NATO*

7. TEU's søjle 3

Også inden for *TEU's* søjle 3, som angår *Retlige og indre anliggender/nu kaldet det politimæssige og strafferetlige samarbejde* findes bestemmelser, hvorefter medlemslandene kan fravælge det fulde samarbejde.

8.

Edinburgafgørelsen giver Danmark adgang til ikke at være fuldt medlem af *ØMU*, og tilsvarende for Danmarks vedkommende hvad angår *forsvarspolitikken*.

9.

Endelig falder som nr. 9 *visse ting uden for EU's retssystem* med en herved indbygget fleksibilitet, for eksempel

Valutasamarbejde: EMS,

Forskningssamarbejde som f.eks. *EUREKA* og *JET*, og

Produktionssamarbejde, som f.eks. *Airbus* og *Ariane*

Nogle generelle betragtninger over betydningen og hensigtsmæssigheden af fleksibilitet/undtagelsesadgang

Med det således aftegnede billede kan man forsøge nogle *generelle betragtninger over betydningen og hensigtsmæssigheden af fleksibilitet/undtagelsesadgang*. En første betragtning skal angå spørgsmålet om fleksibilitetens *omfang*. Er det ønskeligt, at den er *generel*, således at der f.eks. findes en fleksibilitetsbestemmelse, der omfatter alle tre søjler? Svaret på dette forekommer at måtte være *nej*! Det må anses for at være uhensigtsmæssigt, hvis der uden forskel inden for de tre søjler arbejdes ud fra et generelt – og ufleksibelt – fleksibilitetsbegreb. Der er således ganske store forskelle mellem de områder og forhold, som reguleres under hver af de tre søjler, og en ensartet

fleksibilitetsbestemmelse, som heldigvis ikke findes i dag, kan ikke ud fra mere velovervejede synspunkter være at ønske.

Måske bør man i denne forbindelse minde om den generelle *loyalitätsforpligtelse*, som Traktaten indeholder i *artikel 10*, hvortil kommer også de specielle loyalitätsforpligtelser. Hvis der er for megen fleksibilitet indbygget i systemet, ansporer dette til en nedtoning af loyalitätsforpligtelsernes gennemførelse.

Et næste spørgsmål, hvad angår fleksibilitet, er spørgsmålet om *klarhed*. Er der tale om, at der ved grundlaget for fleksibiliteten – f.eks. en given Traktatbestemmelse eller en direktivbestemmelse – er blevet stipuleret klare betingelser og kriterier for afvigelsen fra reglen, eller er der tale om vage og uklare fleksibilitetsbestemmelser. Ser man dette spørgsmål fra et mindre medlemslands side er det nok væsentligt at ønske sig en klar grænse for fleksibiliteten. Det giver mindre undvigemanøvrerum for de store medlemslande, når kriterierne for fravigelse er klare og efterprøvelige. Dermed aftager det diplomatiske pres på de mindre lande. Dette synspunkt må lede frem til, at det f.eks. bør tilstræbes, at et udvidet samarbejde mellem nogle medlemsstater finder sted inden for de institutionelle rammer i Traktaten. Ligeledes er det ud fra denne synsvinkel ønskværdigt, at muligheden for deltagelse står åben for alle, der måtte ønske at tilslutte sig.

En yderligere angrebsvinkel til fleksibilitetsspørgsmålet aftegner sig, når man *tager allerede opnåede resultater i betragtning*. I det omfang, man kan tilslutte sig de resultater af forskellig art, som det foreliggende europæiske samarbejde inden for Unionen allerede har opnået, må man se med skepsis på fleksibilitetsmuligheden. Den vil ofte være ensbetydende med tilbagegang, og f.eks. synes man vel i vide kredse at være nogenlunde overens om, at sådanne ting som etableringen af det indre marked, landbrugspolitikken og miljøpolitikken er områder af væsentlig betydning, hvor en udtræden ikke er ønskværdig, med mindre der foreligger helt ekstraordinære forhold, som vel ofte vil være vanskelige at finde. Der bør således efter en udbredt opfattelse gælde høje miljøstandarder for alle medlemsstater, og måden at reparere store økonomiske tab i den anledning for visse lande bør f.eks. være at yde særlige tilskud, som det allerede i dag kan ske. Man har i denne sammenhæng talt om, at det *ikke er ønskeligt*, at EU udvikler sig til et *à la carte samarbejde*.

Et sidste par betragtninger skal være det, at *EU om få år* må antages at bestå af *endnu flere medlemslande* end i dag. Fortrinsvis de østeuropæiske stater kommer til. I alle de potentielle medlemsstaters såkaldte "Europaaftaler" er der i dag optaget bestemmelser, som stiller store krav til disse landes lovgivning og administrative systemer, således at man må forvente, at de nye medlemslande vil have en på mange måder ensartet og EU-konform lovgivning og administrativ tilgang. Det vil være vanskeligt at foretage en overbevisende

argumentation for, at man inden for de stramme krav, som man stiller til ansøgerlandene, skulle finde plads for en udvidet fleksibilitet.

Sidst, må nævnes, at vi i betydeligt omfang har at gøre med foranstaltninger, som udøves gennem *forvaltningsvirksomhed*, hvor det ikke foregår på EU-niveau, men på nationalt niveau. Selv om der finder revision og kontrol på anden måde sted, vil et fortsat udviklet samarbejde inden for den Europæiske Union vanskeligt kunne finde sted, uden at der foretages en modvirken af for mange fleksibilitetssituationer.

Afsluttende kan således hævdes, at *fleksibilitet* kan være stimulerende for udviklingen, men kan samtidig være farligt for samme udvikling. Fleksibilitet bærer i bund og grund kimen til en desintegration i sig.

Persontdata og arbejdsgiverens ledelsesret

Af
Ruth Nielsen

1. Emne og problemstilling

I denne artikel diskuteres forholdet mellem persondataloven,¹⁾ der trådte i kraft den 1. juli 2000, og den arbejdsretlige regulering af arbejdsgiveres anvendelse af personoplysninger. Denne regulering omfatter fagretlig praksis, kollektive overenskomste, navnlig vedrørende samarbejde, samt lovgivning, navnlig vedrørende arbejdsmiljø, herunder skærmbekendtgørelsen,²⁾ behandlingsforbudet i forskelsbehandlingslovens³⁾ § 4, helbredsoplysningsloven⁴⁾ og oplysningspligtloven.⁵⁾

I praksis forekommer det, at sager om arbejdsgiveres behandling af persontdata afgøres med henvisning enten

- 1) alene til arbejdsretlig praksis om arbejdsgiverens ledelsesret og ret til at iværksætte kontrolforanstaltninger eller
- 2) alene til persondataloven

Dette kan illustreres ved to nye afgørelser fra henholdsvis faglig voldgift og Datatilsynet.

¹⁾ Lov nr 429 af 31.5.2000.

²⁾ Bekendtgørelse nr 1108 af 15.12.1992 om arbejde ved skærmterminaler. Bekendtgørelsen implementerer direktiv 90/270/EØF, det femte særdirektiv om minimumsforskrifter for sikkerhed og sundhed i forbindelse med arbejde ved skærmterminaler.

³⁾ Lov nr 459 af 12.6.1996 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv.

⁴⁾ Lov nr 86 af 24.4.1996. Se om baggrunden for loven betænkning 1269/1994 om helbredsoplysninger på arbejdsmarkedet. Se generelt om loven i den arbejdsretlige litteratur, fx Nielsen, Ruth: Lærebog i arbejdsret, Kbhvn 1998 s 257.

⁵⁾ Lbkg nr 385 af 11.5.1994, Bekendtgørelse af lov om arbejdsgiverens pligt til at underrette lønmodtageren om vilkårene for ansættelsesforholdet. Loven implementerer direktiv nr 91/533/EØF om arbejdsgiverens pligt til at underrette arbejdstageren om vilkårene for arbejdskontrakten eller ansættelsesforholdet.

I en sag vedrørende DFDS, der blev afgjort ved faglig voldgift i februar 2000,⁶⁾ var spørgsmålet, om DFDS uvarslet kunne pålægge de ansatte ombord på skibe at aflevere en urinprøve til brug for test af alkohol, narkotika eller andre rusmidler. Ordningen blev indført af sikkerhedsmæssige grunde og omfattede stikprøvekontrol af alle uafhængigt af konkret mistanke. Opmanden accepterede urintesten som retmæssig i forhold til ledelsesretten. Der blev ikke i kendelsen henvist til persondataloven og databeskyttelsesdirektivet. Bestemmelsen om privatlivets fred i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) art 8 var påberåbt fra arbejdstagerside, men den blev ikke nævnt i opmandens begrundelse.

En sag vedrørende Tryg-Baltica,⁷⁾ der blev afgjort af Datatilsynet i september 2000, drejede sig om en arbejdsgivers kontrol af ansattes brug af internet og e-mail. Datatilsynet fandt kontrollen berettiget under forudsætning af, at de ansatte havde modtaget oplysning om kontrollen, hvilket tilsynet mente var tilfældet, idet oplysning herom var tilgængelig for de ansatte på virksomhedens intranet. Afgørelsen blev truffet alene med henvisning til persondataloven uden henvisning til arbejdsretlig lovgivning og fagretlig praksis.

Efter min vurdering bør sager om benyttelse af persondata i arbejdslivet afgøres ved integreret anvendelse af databeskyttelsesreglerne og de arbejdsretlige regler, hvor disse gensidigt fortolkes i lyset af hinanden, jf. herved persondatalovens § 2, stk 1, der bestemmer, at regler om behandling af personoplysninger i anden lovgivning, som giver datasubjektet en bedre retsstilling, går forud for reglerne i persondataloven. Det er derfor en mangel ved de to foran nævnte afgørelser, at de ikke inddrager hele retsgrundlaget for de spørgsmål, de berører.

I denne sammenhæng kan nævnes, at Dansk Sø-Restaurations Forening i juni 2000 har indbragt den foran nævnte sag vedrørende DFDS for Den europæiske Menneskerettighedsdomstol⁸⁾ med påstand om, at Danmark har krænket EMRK art 8 ved ikke at sikre ansatte tilstrækkelig retsbeskyttelse mod urintestning. Der synes således i praksis at være en tendens til, at de

⁶⁾ Kendelse af 23.2.2000 i en sag afgjort ved faglig voldgift mellem Dansk Sø-Restaurations Forening og Restaurationsbranchens Forbund mod DFDS A/S. Afsagt af opmanden Mette Christensen. Kendelsen er offentliggjort i domssamlingen Arbejdsret, CD-ROM version, udgivet af DJØF's Forlag, DA og Schultz' Forlag.

⁷⁾ Afgørelsen er offentliggjort på Datatilsynets hjemmeside www.datatilsynet.dk.

⁸⁾ Jf. Jens Kristiansen: Arbejdsgiverens kontrol med ansatte- Danmark. En rapport till nordiskt arbetsrättsligt möte i Uppsala, august 2000.

arbejdsretlige og de databeskyttelsesretlige regler er ved at begynde at fungere sammen.

2. Persondatalovens formål og baggrund

Persondataloven udgør i dag det centrale generelle værn i dansk ret for den personlige integritet.⁹⁾ Loven implementerer direktivet¹⁰⁾ om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger.

2.1. Transparens

Databeskyttelsesdirektivet¹¹⁾ tilsigter at skabe transparens omkring behandling af persondata med det dobbelte formål at sikre datasubjekternes¹²⁾ grundlæggende rettigheder og at sikre fri bevægelighed over grænserne for personoplysninger. Direktivets art 1 lyder:

1. Medlemsstaterne sikrer i overensstemmelse med dette direktiv beskyttelsen af fysiske personers grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, især retten til privatlivets fred, i forbindelse med behandling af personoplysninger.
2. Medlemsstaterne må ikke af grunde, der har forbindelse med den i stk. 1 foreskrevne beskyttelse, indskrænke eller forbyde fri udveksling af personoplysninger mellem medlemsstaterne.

Den danske persondatalov indeholder ingen formålsbestemmelse, men den danske lov må fortolkes i lyset af direktivets formål.

⁹⁾ Se generelt om loven Blume, Peter: Databeskyttelsesret, Kbhvn 2000.

¹⁰⁾ 95/46 EF. Implementeringen er sket med næsten 2 års forsinkelse. Fristen var 24.10.1998. Persondataloven trådte i kraft 1.7.2000.

¹¹⁾ Se generelt om direktivet Simitis, Spiros: Reconsidering the premises of labour law - prolegomena to an EU regulation on the protection of employees' personal data, European Law Journal, 1999 p 45.

¹²⁾ Datasubjekter er de personer vedrørende hvem, der behandles oplysninger. De kaldes i den engelske version af direktivteksten "data subjects". I den danske version benyttes udtrykket de registrerede, hvilket kan være en misvisende terminologi, da direktivet omfatter alle mulige former for behandling, hvorfor datasubjekter ikke nødvendigvis er indført i noget register.

2.2. Grundlæggende rettigheder

Databeskyttelsesdirektivet skal gennemføre datasubjekternes grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, især retten til privatlivets fred. Vedrørende dette aspekt henvises der i præamblen til direktivet til de relevante Europarådskonventioner herom.

2.2.1. Europarådskonventionen fra 1981 om databehandling

Det siges i pkt 11 i præamblen til direktivet, at dets princip om beskyttelse af personers rettigheder og frihedsrettigheder, og navnlig retten til privatlivets fred, er en præcisering og udvidelse af principperne i Europarådets konvention af 28. januar 1981 om beskyttelse af det enkelte menneske i forbindelse med databehandling af personoplysninger.¹³⁾

2.2.2. EMRK art 8

Privatlivets fred er anerkendt som en menneskeret i EMRK art 8, der bestemmer, at "Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence".¹⁴⁾ I 1992 blev EMRK indarbejdet i dansk ret ved lov.¹⁵⁾ Det fastslås i pkt 10 præamblen til databeskyttelsesdirektivet, at:

10) medlemsstaternes lovgivning om behandling af personoplysninger skal sikre overholdelsen af de grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, navnlig den ret til privatlivets fred, der er fastslået i artikel 8 i Den europæiske Konvention til beskyttelse af Menneskerettigheder og Grundlæggende Frihedsrettigheder og i fællesskabsrettens generelle principper; af denne grund må en indbyrdes tilnærmelse af lovgivningerne ikke medføre en forringelse af den beskyttelse, disse yder, men skal tværtimod have til formål at sikre et højt beskyttelsesniveau overalt i Fællesskabet;

¹³⁾ BKI nr 59 af 16.5.1991.

¹⁴⁾ Den europæiske Menneskeretsdomstol i Strassbourg har taget stilling til anvendelsen af EMRK art 8 i forhold til oplysninger om ansatte i Leander-sagen, 10/1985/96/144.

¹⁵⁾ Jf lbkg nr 750 af 19.10.1998 om Den europæiske Menneskerettighedskonvention. I England blev EMRK inkorporeret ved Human Rights Act 1998, der trådte i kraft 2.10.2000. Susannah Williams skriver i artiklen The Human Rights Act 1998 - Caveat Business?, Business Law Review 2000 s 190 om art 8 EMRK: It will have a significant effect on employment issues (for example, issues concerning the monitoring of employees' telephone calls and use of email and the internet in the workplace).

2.2.3. Fællesskabsrettens generelle principper

I en sag vedrørende lægeundersøgelse af en ansøger, herunder AIDS-test, har EU domstolen¹⁶⁾ fastslået, at (min kursivering):

17. Ifølge Domstolens praksis er retten til respekt for privatlivet, der er knæsat i artikel 8 i EMK og er en del af de forfatningsretlige traditioner, som er fælles for medlemsstaterne, en af de *grundrettigheder, som er beskyttet ved fællesskabsretten* (jf dom af 8.4.1992, sag C-62/90, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 2575, præmis 23. Det er et led heri, at enhver person har ret til at modsætte sig, at andre får kendskab til hans eller hendes helbredstilstand.

2.2.4. Nationale forfatningsbestemmelser

Den danske grundlov indeholder ikke en generel beskyttelse af hverken den personlige integritet eller privatlivets fred. § 72 bestemmer:

§ 72. Boligen er ukrænkelig. Husundersøgelse, beslaglæggelse og undersøgelse af breve og andre papirer samt brud på post-, telegraf- og telefonhemmeligheden må, hvor ingen lov hjemler en særegen undtagelse, alene ske efter en retskendelse.

I andre EU lande er der mere vidtgående grundlovsværn for den personlige integritet.¹⁷⁾ Her kan nævnes, at den tyske Bundesverfassungsgericht i 1983 fastslog retten til "informationelle Selbstbestimmung".¹⁸⁾

2.2.5. Straffebestemmelser

Straffelovens kapitel 27 indeholder regler om privatlivets fred. Særligt § 263 om indgreb i brevhemmeligheden, § 264a om fotografering af personer samt § 264d om videregivelse af personoplysninger af privat karakter har betydning for integritetsværnets omfang.

Det er omdiskuteret i teorien i hvilket omfang ansattes e-post er omfattet af meddelelseshemmeligheden i straffelovens § 263, stk 1, nr 1. Ifølge denne

¹⁶⁾ Sag C-404/92 P X mod Kommissionen, Saml 1994 I-4737.

¹⁷⁾ Se i forhold til arbejdstagere Simitis, Spiros: Developments in the protection of workers' personal data, in ILO: Conditions of work digest. Workers' privacy. Part I: Protection of personal data, Geneva 1991 p 7. Se også Nielsen, Ruth: European Labour Law, Copenhagen 2000 s 160 og 406.

¹⁸⁾ BVerfGE 65, 1, here Cited from the version available at the Internet at <http://www.uni-wuerzburg.de/dfr/bv065001.html>. Se også Nielsen, Ruth: European Labour Law, Copenhagen 2000 s 407.

bestemmelse er det afgørende, om der er tale om en ”lukket meddelelse”.¹⁹⁾ Strafferetlige spørgsmål diskuteres ikke nærmere i denne artikel. Ansattes besøg på hjemmesider er ikke omfattet af straffelovens § 263, stk 1, nr 1, da der ikke er tale om meddelelser.

2.3. Fri bevægelighed

Det er et af databeskyttelsesdirektivets hovedformål at sikre fri bevægelighed for persondata.²⁰⁾ Den danske persondatalov indeholder ingen formålsbestemmelse og ingen mere specifikke formuleringer, der minder om direktivets art 1, stk 2 om fri bevægelighed, men alene en bestemmelse om overførsel af oplysninger til tredjelande. Sådan overførsel må efter persondatalovens § 27, der implementerer direktivets art 25, normalt kun ske, hvis dette land sikrer et tilstrækkeligt beskyttelsesniveau.²¹⁾

3. Personoplysninger

Udtrykket ‘personoplysninger’ omfatter efter persondatalovens § 3 enhver form for information om en identificeret eller identificerbar *fysisk person*. Ved identificerbar person forstås en person, der direkte eller indirekte kan identificeres, bl.a. ved et identifikationsnummer eller et eller flere elementer, der er særlige for denne persons fysiske, fysiologiske, psykiske, økonomiske, kulturelle eller sociale identitet. Oplysninger om ansøgere, arbejdstagere og

¹⁹⁾ Jens Kristiansen: Arbejdsgiverens kontrol med ansatte En rapport till nordiskt arbetsrättsligt möte i Uppsala, august 2000 oplyser, at Køge ret i en dom af 22.3.2000 har antaget, at bestemmelsen omfatter e-mail, og at det derfor er strafbart ”uberettiget” at skaffe sig adgang til en e-mail til en anden person. I det konkrete tilfælde blev tiltalte frifundet, fordi e-mailen fejlagtigt var sendt til ham, og han først kunne gøre sig bekendt hermed efter at have læst indholdet.

²⁰⁾ Se nærmere Nielsen, Ruth: Fri bevægelighed for arbejdstageres persondata i Øresundsvirksomheder, Juridisk Instituts Julebog 1998 s 163 ff.

²¹⁾ Beskyttelsesniveauet i EU er højere end i en række tredjelands, fx USA, se herom 2000/520/EF: Kommissionens beslutning af 26. juli 2000 i henhold til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 95/46/EF om tilstrækkeligheden af den beskyttelse, der opnås ved hjælp af safe harbor-princippet til beskyttelse af privatlivets fred og de dertil hørende hyppige spørgsmål fra det amerikanske handelsministerium (meddelt under nummer K(2000) 2441). Se også Charlesworth, Andrew: Clash of the Data Titans? US and EU Data Privacy Regulation, European Public Law 2000 s 253 ff.

forhenværende ansatte som datasubjekter er omfattet af begrebet personoplysninger.²²⁾ Det gælder formentlig også afdøde.

Begrebet personoplysninger omfatter *alle former* for information, fx ord, billed, lyd, kropsdele (blod, urin, mv), digitale spor, og hvad som helst andet, der kan henføres til en person. I praksis benytter arbejdsgivere personoplysninger i mange forskellige former, fx verbal form, eller i kropslig form som blod- og urinprøver, der indsamles for at undersøge om ansatte er påvirket af alkohol eller narkotika, eller medicinske test, fx HIV-test, eller oplysninger, der fremgår af en fysisk undersøgelse af en ansats gemmer, fx i forbindelse med tyverikontrol, eller en af arbejdsgiveren engageret detektivs overvågning af den ansatte, fx under sygefravær, eller i form af TV-overvågning eller digital overvågning, fx af den ansattes anvendelse af internet og e-mail.

4. Behandling

4.1. Behandlingsbegrebet

Databeskyttelsesdirektivet og persondataloven definerer behandling bredt,²³⁾ så det omfatter enhver operation eller række af operationer med eller uden brug af elektronisk databehandling, som oplysninger gøres til genstand for, fx indsamling, registrering, systematisering, opbevaring, tilpasning eller ændring, selektion, søgning, brug, videregivelse ved transmission, formidling eller enhver anden form for overladelse, sammenstilling eller samkøring samt blokering, slettelse eller tilintetgørelse.²⁴⁾ Begrebet er således meget bredt og omfatter alle former for behandling. Herved adskiller de nugældende regler sig fra de tidligere gældende registerlove, der kun omfattede visse typer behandling af persondata, især registrering og videregivelse, og navnlig ikke indsamling og intern behandling, der er behandlingsformer, der spiller en stor rolle på det arbejdsretlige område.

²²⁾ Efter persondatalovens § 2, stk 3 gælder loven ikke for behandlinger, som en fysisk person foretager med henblik på udøvelse af aktiviteter af rent privat karakter. En arbejdsgiver, der driver enkeltmandsejet virksomhed, er i sin funktion som arbejdsgiver og i øvrigt, når han optræder erhvervsmæssigt ikke omfattet af undtagelse, men skal respektere persondataloven. Persondataloven gælder kun i meget begrænset omfang, se nærmere lovens § 50, stk 1, nr 2, registrering og anden behandling af informationer vedrørende virksomheder, herunder en virksomhed i rollen som arbejdsgiver.

²³⁾ Se generelt Blume, Peter: Behandlingsbegrebet i databeskyttelsesretten, U 2000, B s 425.

²⁴⁾ De nævnte eksempler opremses i databeskyttelsesdirektivets art 2, litra b). I den danske persondatalov er de ikke eksplicit nævnt, da eksemplifikation blev anset for overflødig.

Den foran nævnte sag om DFDS, der vedrørte indsamling af urinprøver fra ansatte, er et eksempel på en databehandling, der faldt uden for privatregisterloven(s ordlyd) men inden for databeskyttelsesdirektivet.²⁵⁾ Sagen angik en kontrolforanstaltning indført ved et regulativ udstedt af arbejdsgiveren den 11.6.1999, dvs efter at databeskyttelsesdirektivet skulle have været implementeret (23.10.1998), men før direktivet blev gennemført ved lov i Danmark (pr 1.7.2000). Direktivet er ikke direkte forpligtende for private arbejdsgivere,²⁶⁾ men de almindelige regler om arbejdsgiverens ledelsesret, der blev anvendt i DFDS-sagen, er så åbne, at de også før persondatalovens ikrafttræden kunne og skulle fortolkes i overensstemmelse med databeskyttelsesdirektivet.

4.2. Elektronisk og systematisk behandling

Persondataloven gælder efter § 1 for det første for behandling af personoplysninger, som helt eller delvis foretages ved hjælp af *elektronisk databehandling*. Elektronisk databehandling omfatter bla almindelig tekstbehandling, hvori der indgår personoplysninger, men ikke brug af gammeldags, elektriske skrivemaskiner.²⁷⁾ Et hvilket som helst med tekstbehandling skrevet notat i en personalesag udgør derfor elektronisk databehandling af personaleoplysninger. Loven gælder også, når personoplysninger sendes over Internettet, og når personoplysninger offentliggøres på en hjemmeside på Internet. Persondataloven gælder desuden for ikke-elektronisk behandling af personoplysninger, der er eller vil blive indeholdt i et *register*, fx håndskrevne notater i manuelle personaleregistre.

Endelig gælder den danske persondatalov tillige for anden ikke-elektronisk *systematisk behandling*, som udføres for private, og som omfatter oplysninger om personers private eller økonomiske forhold eller i øvrigt oplysninger om personlige forhold, som med rimelighed kan forlanges unddraget offentligheden. Dette gælder dog ikke reglerne i lovens kapitel 8 og 9 om oplysningspligt og indsichtsret. På dette punkt går den danske lov videre end direktivet kræver.

²⁵⁾ Det omstridte regulativ i DFDS-sagen uddybede et tidligere, hvor det var bestemt: "... ved overtrædelse af rederiets personalepolitik skal der altid gives en skriftlig advarsel, som skal indføres i Skibsdagbogen." Der var således formentlig tale om elektronisk behandling og i det mindste om manuel registrering af oplysninger om ansatte, der blev testet narko- eller alkoholpåvirkede.

²⁶⁾ Se nærmere om direktivers direkte virkning i den EU retlige litteratur, fx Nielsen, Ruth: EU Ret, Kbhvn 1999 s 157.

²⁷⁾ Sml Datatilsynets pjecce om forståelsen af persondataloven. Findes på tilsynets hjemmeside på <http://www.datatilsynet.dk/publikationer/index.html>.

Det følger af ovenstående, at stort set al professionel behandling af ansattes persondata foretaget af arbejdsgivere vil være omfattet af persondataloven, i hvert fald i den private sektor.

Hvis en behandling af ansattes persondata skal tillægges ansættelsesretlig betydning, er det formentlig en forudsætning, at den er så systematisk, at den (i den private sektor) er omfattet af persondataloven, også selvom behandlingen ikke sker elektronisk eller indføres i et register.

I forhold til arbejdsgiverens frihed til at indføre kontrolforanstaltninger må det tilsvarende antages, at det ikke tjener et fornuftigt formål i den fagretlige betydning af udtrykket, og dermed er et misbrug af ledelsesretten, hvis en arbejdsgiver indsamler persondata til kontrolformål usystematisk og derved bringer sig uden for persondataloven.

De behandlinger af personaledata, der falder uden for persondataloven i den offentlige sektor, vil være omfattet af forvaltningsloven og offentlighedsloven, for domstolenes vedkommende retsplejeloven.

4.3. Behandlingssikkerhed

Persondatalovens §§ 41²⁸⁾ og 42 indeholder regler om behandlingssikkerhed, der implementerer direktivets art 16 og 17. I DFDS sagen blev urinprøverne udtaget af et udenlandsk firma Medscreen, som DFDS havde engageret til at udføre opgaven, efter et af arbejdstagersidens vidners opfattelse, fordi danske læger og sygeplejersker af etiske grunde ikke ville udføre de omstridte tests. Arbejdstagersiden gjorde bla gældende, at man ikke kunne acceptere kontrollen, fordi man ikke vidste, hvad der efterfølgende skete med urinprøverne. Opmanden afviste indvendingen og udtalte herom:

Der foreligger ikke oplysninger om, hvorvidt prøverne opbevares, og i givet fald hvorledes dette sker, men en udvidelse af testområdet - enten på grundlag af allerede foretagne prøver eller kommende - måtte kræve, at de ansatte underrettes herom, ligesom berettigelsen af udvidelsen vil kunne underkastes en fagretslig prøvelse.

I forhold til kravene i persondataloven og det underliggende direktiv synes opmanden at have sat kravene til behandlingssikkerhed lavt. En arbejdsgiver,

²⁸⁾ Persondatalovens § 41 bestemmer, at personer, virksomheder mv, der udfører arbejde under den dataansvarlige kun må behandle disse efter instruks fra den dataansvarlige, medmindre andet følger af lov eller bestemmelser fastsat i henhold til lov. § 42 i persondataloven bestemmer, at år en dataansvarlig overlader en behandling af oplysninger til en databehandler, skal den dataansvarlige sikre sig, at databehandleren kan træffe de foreskrevne tekniske og organisatoriske sikkerhedsforanstaltninger, og påse, at dette sker. Gennemførelse af en behandling ved en databehandler skal ske i henhold til en skriftlig aftale parterne imellem.

der give en databehandling, fx udtagning af urinprøver, i entreprise har efter persondataloven et ansvar for at vide, hvad der sker med datasikkerheden, og for at den er i overensstemmelse med god databehandlingsskik.

5. God databehandlingsskik

I persondatalovens § 5 er der fastsat en række principper for den dataansvarliges behandling af oplysninger. Persondatalovens § 5, stk 1 bestemmer, at oplysninger skal behandles i overensstemmelse med god databehandlingsskik. Reglen implementerer art 6, stk 1 a) i databeskyttelsesdirektivet, der bestemmer, at medlemsstaterne skal fastsætte bestemmelser om, at personoplysninger skal behandles rimeligt og lovligt²⁹⁾

Den danske persondatalov benytter som det ses en lidt anden formulering end den, der benyttes i det underliggende direktiv. I bemærkningerne til lovforslaget siges, at kravet om behandling i overensstemmelse med god databehandlingsskik indebærer, at behandlingen skal være rimelig og lovlig, hvorved forbindelsen til direktivteksten etableres. Det siges videre i bemærkningerne:

I øvrigt må det overlades til tilsynsmyndigheden at udfylde den retlige standard »god databehandlingsskik«.

Uanset denne udtalelse, er Datatilsynet på det arbejdsretlige område ikke den eneste aktør, der fastlægger indholdet af den retlige standard ”god databehandlingsskik”.

Dels bygger loven på et direktiv, hvilket reducerer spillerummet på nationalt plan, dels findes der ganske omfattende arbejdsretlig regulering og praksis, der har betydning for, hvad der skal forstås ved god databehandlingsskik for arbejdsgivere.

Kravet om overholdelse af god databehandlingsskik er en retlig standard, der på det arbejdsretlige område må fortolkes i lyset af hidtidig arbejdsretlig praksis.³⁰⁾ Samtidig bidrager persondatareglerne til at ændre denne, idet reglerne om behandling af persondata giver et sikrere grundlag for at stille

²⁹⁾ I den engelske version lyder pkt (a): processed fairly and lawfully; i den franske: traitées loyalement et licitement; i den tyske: nach Treu und Glauben und auf rechtmässige Weise verarbeitet werden; og i den svenske: skall behandlas på ett korrekt och lagligt sätt.

³⁰⁾ Se herom i den arbejdsretlige litteratur, fx Kristiansen, Jens: Arbejdsretlig Lærebog, Kbhvn 1999 og Nielsen, Ruth: Lærebog i Arbejdsret, Kbhvn 1998.

saglighedskrav til arbejdsgivere.³¹⁾ Al behandling af personoplysninger, der er omfattet af persondataloven, er efter dennes § 5 underlagt et krav om saglighed.

I forhold til arbejdsgiveres kontrolforanstaltninger er der siden fremvæksten af den kollektive arbejdsret i forbindelse med industrialiseringens gennembrud i slutningen af det 19. og begyndelsen af det 20. århundrede udviklet en omfattende fagretlig praksis.³²⁾ Arbejdsretten fastslog allerede i en kendelse fra 1913,³³⁾ at der må stilles nogle krav til kontrolforanstaltninger, for at de er retmæssige, nemlig at

- de ikke må være krænkende for arbejdstagerne
- de ikke må forvolde arbejdstagerne tab eller nævneværdig ulempe
- de skal tjene et fornuftigt formål, dvs de skal være begrundede i driftsmæssige hensyn.

En databehandling, der efter fagretlig praksis må anses for uberettiget, fx fordi der er krænkende for arbejdstagerne eller som må anses for at forvolde arbejdstagerne tab eller nævneværdig ulempe, strider mod kravet i persondatalovens § 5 om overholdelse af god databehandlingsskik. Efter fagretlig praksis anses det fx for ærekrænkende for de ansatte, hvis en gruppe af ansatte "mistænkeliggøres" ved som de eneste at blive underkastet kontrol. I DFDS-sagen udtalte opmanden i overensstemmelse hermed:

Den af DFDS A/S indførte kontrolforanstaltning omfatter alle besætningsmedlemmer samt kaptajnen.... Det forhold, at alle kan underkastes testen, medfører tillige, at den enkeltes ære ikke findes at være krænk.

Persondatalovens § 5 og den fagretlige praksis om kontrol må fortolkes i lyset af hinanden, hvilket som DFDS og Tryg Baltica-sagerne illustrerer (endnu) ikke altid sker i praksis.

³¹⁾ I Nielsen, Ruth: Arbejdsgiverens ledelsesret i EF-retlig belysning, Studier i EF-rettens integration i dansk ret, Kbhvn 1992 forsvarede jeg den tese, at der med støtte i EU retten kan opstilles et generelt saglighedskrav til arbejdsgivere. Gennemførelsen af databeskyttelsesdirektivet (95/46/EF) styrker væsentligt rigtigheden af denne tese, navnlig i forhold til ansættelsesituationer, hvor retskildegrundlaget tidligere var noget usikkert.

³²⁾ Sml FOB 1993, s 162, hvor Folketingets Ombudsmand udtalte, "at det følger af den offentlige arbejdsgivers ledelsesret, at arbejdsgiveren kan fastsætte kontrolforanstaltninger i forhold til personalet".

³³⁾ Jf K 106.

6. Formålets betydning

6.1. Den arbejdsretlige tradition

Efter fagretlig praksis er der forskel på arbejdsgiverens frihedsgrader med hensyn til at indføre kontrolforanstaltninger afhængigt af, om de tjener sikkerhedshensyn, ordenshensyn eller sigter på at effektivisere arbejdsindsatsen.³⁴⁾ Sikkerhedshensyn, såvel hensyn til driftsteknisk sikkerhed, som hensyn til arbejdsmiljø og til passagerers og andre kunders sikkerhed, er formål, der giver arbejdsgiveren relativt store frihedsgrader til at indføre kontrol. Ordensforskrifter kan normalt kun indføres i samarbejde med arbejdstagerne. Kontrolforanstaltninger, der sigter på at skaffe arbejdsgiveren en større arbejdsydelse og derved påvirker aftalebalancen i de individuelle eller kollektive kontraktforhold til arbejdstagerne, har arbejdsgiveren kun meget begrænset adgang til at indføre ensidigt.

I sagen vedrørende DFDS' urintestning af ansatte blev kontrollen indført af sikkerhedsmæssige grunde. Opmanden accepterede urintestningen som retmæssig i forhold til ledelsesretten med hovedvægt på, at samtlige medarbejdere indgik i sikkerhedsbesætningen og de senere års skibskatastrofer i nordiske farvande.

6.2. Persondataloven

Persondatalovens § 5, stk 2 bestemmer, at indsamling af oplysninger skal ske til udtrykkeligt angivne og saglige formål, og senere behandling må ikke være uforenelig med disse formål. Bestemmelsen implementerer art 6 i databeskyttelsesdirektivet, der bestemmer:

1. Medlemsstaterne fastsætter bestemmelser om, at personoplysninger
- b) skal indsamles til udtrykkeligt angivne og legitime formål,³⁵⁾ samt at senere behandling heraf ikke må være uforenelig med disse formål;

³⁴⁾ Sml Källström, Kent: Arbetsgivarens kontroll - arbetstagarens integritet - Sverige. En rapport till nordiskt arbetsrättsligt möte i Uppsala, august 2000.

³⁵⁾ I den engelske version lyder pkt (b), 1. pkt: collected for specified, explicit and legitimate purposes and not further processed in a way incompatible with those purposes. I den franske version: b) collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités. I den tyske version: b) für festgelegte eindeutige und rechtmässige Zwecke erhoben und nicht in einer mit diesen Zweckbestimmung nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden. I den svenske version: b) skall samlas in för särskilda, uttryckligt angivna och berättigade ändamål; senare behandling får inte ske på ett sätt som är oförenligt med dessa ändamål.

I kravet om udtrykkelighed ligger, at den dataansvarlige i forbindelse med indsamlingen skal angive et formål, som er tilstrækkelig veldefineret og velafgrænset til at skabe åbenhed og klarhed omkring behandlingen. Formålet med behandlingen af oplysningerne skal defineres med en vis præcision.

Indsamling af oplysninger skal endvidere ske til et eller flere saglige formål. Efter bestemmelsen må senere behandling af oplysninger ikke være uforenelig med de formål, hvortil oplysningerne er indsamlet. Bestemmelsen indebærer, at de oplysninger, som den dataansvarlige måtte indsamle, ikke frit vil kunne genbruges, videregives mv.

I den foran nævnte sag vedrørende Tryg-Balticas³⁶⁾ logning af de ansatte brug af internet og e-mail var formålet at finde årsager til fejl, driftsforstyrrelser eller manglende adgang til eksterne sites samt andre sikkerhedsmæssige formål. Datatilsynet fandt, at sådanne tekniske og sikkerhedsmæssige formål er at betragte som udtrykkeligt angivne og saglige formål i overensstemmelse med § 5, stk 2. Ligeledes fandt Datatilsynet, at Tryg-Balticas gennemgang af loggen i tilfælde, hvor selskabet havde mistanke om, at en ansat benyttede Internettet i strid med selskabets leveregler, ikke var uforenelig med de formål, til hvilke oplysningerne var indsamlet.³⁷⁾

7. Proportionalitetsprincippet

Persondatalovens § 5, stk 3 bestemmer:

Stk 3. Oplysninger, som behandles, skal være relevante og tilstrækkelige og ikke omfatte mere, end hvad der kræves til opfyldelse af de formål, hvortil oplysningerne indsamles, og de formål, hvortil oplysningerne senere behandles.

³⁶⁾ Se generelt om internet og e-mail Mads Bryde Andersen: Overvågning af medarbejdernes internetkommunikation, i Jørn Vestergaard & Flemming Balvig (red), "Med lov ...", Kbhvn 1999 s 53ff og Peter Blume: Ansattes e-post, UfR 1999, B 194 ff.

³⁷⁾ Registertilsynet har i en tidligere afgørelse af 20.4.1999 taget stilling til en statslig myndigheds registrering af de ansattes hjemmesidebesøg i forhold til den tidligere registerlovgivning. Myndigheden gav samtlige ansatte adgang til internettet, men ønskede samtidig at kunne foretage logning af den enkelte medarbejders anvendelse af internettet med angivelse af tidspunkt og anvendt service eller hjemmeside (sagen vedrørte ikke e-mails). Formålet med loggen var at udarbejde en "hitliste" og tilvejebringe et grundlag for ledelsens styring af internetbrugen. Ifølge Registertilsynets afgørelse var kontrollen lovlig, da den havde et sagligt formål. Tilsynet forudsatte dog, at den enkelte medarbejder på forhånd var gjort opmærksom på, at der blev foretaget logning af hjemmesidebesøg.

Bestemmelsen implementerer art 6, stk 1, litra c), der kræver, at medlemsstatte skal fastsætte bestemmelser om, at personoplysninger:³⁸⁾

c) skal være relevante og tilstrækkelige og ikke omfatte mere end, hvad der kræves til opfyldelse af de formål, hvortil de indsamles, og til de formål, hvortil de senere behandles;

I sagen vedrørende DFDS' urintestning af ansatte gjorde arbejdstagersiden gældende, at random tests stred mod proportionalitetsprincippet. Opmanden afviste synspunktet.

8. Følsomme og ikke-følsomme personoplysninger

8.1. Almindelige oplysninger

Persondatalovens § 6, stk 1, opstiller nærmere betingelser for, at en behandling efter loven må finde sted. Efter reglen i § 6, stk 1, nr 7, kan behandling af oplysninger finde sted, hvis behandlingen er nødvendig for, at den dataansvarlige eller den tredjemand, til hvem oplysningerne videregives, kan forfølge en berettiget interesse, og hensynet til den registrerede ikke overstiger denne interesse.

I Tryg Baltica sagen fandt Datatilsynet, at Tryg-Balticas logning såvel som eventuelle gennemgang af loggen ved mistanke om misbrug af Internettet var nødvendig for, at selskabet kunne forfølge berettigede interesser - nemlig tekniske og sikkerhedsmæssige hensyn og hensynet til kontrol af brug - og at hensynet til de ansatte ikke overstiger disse interesser.

Datatilsynet fandt også, at Tryg-Balticas sikkerhedskopiering af e-post og eventuelle gennemgang heraf i forbindelse med mistanke om misbrug var nødvendig for, at selskabet kan forfølge berettigede interesser - nemlig hensynet til drift, sikkerhed, genetablering og dokumentation samt hensynet til kontrol af brug - og at hensynet til de ansatte ikke overstiger disse interesser. Der var således efter Datatilsynets opfattelse hjemmel til de pågældende behandlinger i lovens § 6, stk 1, nr 7.

Det blev understreget, at ovenstående ikke indebærer, at Tryg-Baltica må læse privat e-post. Hvis de medarbejdere, der på ledelsens vegne foretog en gennemgang af sikkerhedskopierne af e-post blev opmærksom på, at der var tale om privat e-post uden relation til Tryg-Balticas virksomhed, måtte den pågældende e-post ikke læses.

³⁸⁾ I den engelske version: (c) adequate, relevant and not excessive in relation to the purposes for which they are collected and/or further processed;

8.2. Følsomme oplysninger

8.2.1. Personoplysningsloven

Persondatalovens § 7 bestemmer, at der ikke må behandles oplysninger om racemæssig eller etnisk baggrund, politisk, religiøs eller filosofisk overbevisning, fagforeningsmæssige tilhørsforhold og oplysninger om helbredsmæssige og seksuelle forhold.³⁹⁾

Vedrørende oplysninger om fagforeningsforhold bestemmer persondatalovens § 7, stk 3 dog, at behandling af oplysninger om fagforeningsmæssige tilhørsforhold kan ske, hvis behandlingen er nødvendig for overholdelsen af den dataansvarliges arbejdsretlige forpligtelser eller specifikke rettigheder.

Parterne i kollektive overenskomster udveksler i et vist omfang personoplysninger med hinanden. Forløberen for Datatilsynet (Registertilsynet) udtalte i 1999, at medarbejderoplysninger kan videregives fra en virksomhed til et fagforbund med henblik på forbundets kontrol af, om virksomheden overholdt sine forpligtelser i henhold til en indgået eksklusivaftale.⁴⁰⁾

Persondatalovens § 8 indeholder en regel om semi-følsomme oplysninger. Efter persondatalovens § 11, stk 2 må private videregive personnumre, når videregivelsen er et naturligt led i den normale drift af virksomheder mv af den pågældende art, og når videregivelsen er af afgørende betydning for at sikre en entydig identifikation af den registrerede eller videregivelsen kræves af en offentlig myndighed.

³⁹⁾ Bestemmelsen finder ikke anvendelse, hvis: 1) den registrerede har givet sit udtrykkelige samtykke til en sådan behandling, 2) behandlingen er nødvendig for at beskytte den registreredes eller en anden persons vitale interesser i tilfælde, hvor den pågældende ikke fysisk eller juridisk er i stand til at give sit samtykke, 3) behandlingen vedrører oplysninger, som er blevet offentliggjort af den registrerede, eller 4) behandlingen er nødvendig for, at et retskrav kan fastlægges, gøres gældende eller forsvares.

⁴⁰⁾ Registertilsynets j.nr 1999-1110-138. Optrykt i årsberetningen fra 1999, findes på Datatilsynets hjemmeside på www.datatilsynet.dk. En arbejdsgiverforening havde spurgt Registertilsynet, om det var i overensstemmelse med registerlovgivningen, at en virksomhed uden de ansattes samtykke videregiver oplysninger om de ansattes navn, adresse og personnummer til et fagforbund med henblik på, at forbundet kan kontrollere, om virksomheden overholder sine forpligtelser i henhold til en indgået eksklusivaftale. Ifølge aftalen skulle virksomheden løbende orientere forbundet om nyansættelser, således at forbundet kunne kontrollere, om virksomheden overholdt eksklusivafталen. I den forbindelse skulle virksomheden til fagforbundet videregive oplysninger om de ansattes navn, adresse og personnummer. Registertilsynet udtalte, at videregivelse af oplysninger om de ansattes navn og adresse uden medarbejdernes samtykke måtte anses for at være et naturligt led i den normale drift af virksomheden, såfremt den enkelte medarbejder ved ansættelsen var gjort bekendt med, at virksomheden havde indgået en eksklusivaftale, som omfattede den pågældende stilling, og såfremt den enkelte medarbejder forud for videregivelsen gjordes bekendt med, at videregivelse ville ske.

8.2.2. Forskelsbehandlingsloven

Specielt for arbejdsgivere gælder efter oplysningspligtlovens § 4:⁴¹⁾

En arbejdsgiver må ikke i forbindelse med eller under ansættelsen af en lønmodtager anmode om, indhente eller modtage og gøre brug af oplysninger om dennes race, hudfarve, religion, politiske anskuelse, seksuelle orientering eller nationale, sociale eller etniske oprindelse.

Efter forskelsbehandlingslovens § 9 finder lovens § 4 ikke anvendelse, i det omfang andet følger af særlig lovgivning. Efter forarbejderne tilsigter denne bestemmelse at sikre, at der ikke opstår regelkonflikt med udlændingeloven. Det kan ikke antages, at persondataloven er "særlig lovgivning" i forskelsbehandlingslovens § 9's forstand.⁴²⁾ Efter princippet i persondatalovens § 2, hvorefter persondataloven viger for lovgivning, der er gunstigere for den registrerede, har forskelsbehandlingsloven forrang for persondataloven. Forskelsbehandlingsloven er beskyttelsespræceptiv.

Reglerne om følsomme oplysninger er, som det ses, væsentligt strengere for den dataansvarlige end reglerne om almindelige oplysninger. Hvis en arbejdsgiver indsamler oplysninger om ansatte uden på forhånd at vide, om han vil finde følsomme eller ikke-følsomme oplysninger, må det antages, at de strengere regler om følsomme oplysninger skal overholdes.

Det gælder fx overvågning af indholdet af de internetsider, en ansat besøger. Hvis fx en arbejdsgiver kigger med, når en ansat ser på porno på nettet, og fx konstaterer, at en ansat ser på homoseksuel porno, vil arbejdsgiveren typisk herved i strid med forskelsbehandlingslovens § 4 have modtaget information om den ansattes seksuelle orientering. I Tryg Baltica sagen inddrog Datatilsynet hverken forskelsbehandlingsloven eller persondatalovens § 7 om følsomme oplysninger, men kun persondatalovens § 6 om almindelige oplysninger, i vurderingen af, om overvågning af de ansattes brug af internet var retmæssig. Det er efter min vurdering en mangel ved afgørelsen.

⁴¹⁾ Lov nr 459 af 12.6.1996 om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv.

⁴²⁾ Sml Andersen, Agnete, Ruth Nielsen og Kirsten Precht: Ligestillingslovene med kommentarer, Kbhvn 2001 (under udgivelse).

9. Procedurekrav ved brug af persondata

9.1. Samarbejde med den kollektive lønmodtagerpart

Arbejdsgivere, der ved kollektiv overenskomst, fx i form af samarbejdsregler, har påtaget sig forpligtelser vedrørende databehandling, skal overholde disse overenskomstmæssige forpligtelser samtidig med, at persondataloven overholdes. I samarbejdsaftalen mellem LO og DA bestemmes fx, at samarbejdsudvalg skal inddrages i

“Fastlæggelse af principper for virksomhedens interne indsamling, opbevaring og brug af persondata.”

Det forudsætter en forpligtelse for begge parter til gennem medbestemmelse i samarbejdsudvalget at tilstræbe enighed og gennemføre det aftalte.

9.2. Arbejdsgiveres oplysningspligt

For arbejdsgivere findes en lov⁴³⁾ om arbejdsgiverens pligt til at underrette lønmodtageren om vilkårene for ansættelsesforholdet. Loven implementerer direktivet⁴⁴⁾ om samme emne. Loven gælder ikke for personer, som er omfattet af sømandsloven.⁴⁵⁾ Arbejdsgiveren skal ifølge den danske lov § 2, stk 1 give lønmodtageren oplysninger om de forhold, der er opregnet i loven § 2, stk 2, nr 1-10, senest en måned efter, at ansættelsesforholdet er påbegyndt. Spørgsmål vedrørende behandling af personoplysninger er ikke nævnt i denne opregning.

Direktivet bestemmer i art 2, stk 1, at arbejdsgiveren har pligt til at oplyse en arbejdstager, som er omfattet af direktivet, om *de væsentlige punkter* (min kursivering) i arbejdskontrakten eller ansættelsesforholdet. Disse oplysninger skal ifølge direktivets art 2, stk 2 mindst omfatte 10 opregnede punkter, der nogenlunde svarer til de 10 punkter, der er nævnt i den danske implementeringslov.

⁴³⁾ Lbkg nr 385 af 11.5.1994.

⁴⁴⁾ 91/533/EØF.

⁴⁵⁾ Den foran omtalte faglige voldgiftskendelse om DFDS angik personale omfattet af sømandsloven.

Oplysningspligtloven stiller formkrav, idet arbejdsgiveren skal underrette den enkelte arbejdstager skriftligt.⁴⁶⁾ Det angives i direktivet og den danske lov, hvilke dokumenter, der kan benyttes til at opfylde oplysningspligten. Det synes klart, at en arbejdsgiver ikke kan vælge i stedet for at udstede ansættelsesbevis at lægge de relevante oplysninger på internettet eller på virksomhedens intranet. Det er imidlertid tvivlsomt, om oplysninger om kontrol er omfattet af direktivets krav om oplysning om væsentlige aspekter af ansættelsesforholdet.

9.3. Forbud mod overvågning af ansatte uden deres vidende

Skærmdirektivet⁴⁷⁾ indeholder i art 4 og 5 krav om, at arbejdsgiverne skal træffe hensigtsmæssige foranstaltninger, for at arbejdsstationer overholder de minimumsforskrifter, der er fastsat i bilaget til direktivet. I bilaget findes et afsnit om samspillet mellem menneske og maskine, der siger følgende (min kursivering):

b) programmet skal være let at anvende og om nødvendigt kunne tilpasses brugerens kundskabs- og erfaringsniveau; *der må ikke anvendes kvantitativ eller kvalitativ kontrol uden arbejdstagernes vidende*

Skærmdirektivet er implementeret i dansk ret ved bekendtgørelsen om arbejde ved skærmterminaler.⁴⁸⁾ Efter dennes § 5 skal skærmterminalarbejdspladser indrettes i overensstemmelse med kravene i bilaget. Dettens § 3 b) bestemmer i overensstemmelse med direktivet,⁴⁹⁾ at programmet skal være let at anvende og om nødvendigt kunne tilpasses brugerens kundskabs- og

⁴⁶⁾ Oplysningerne kan gives i følgende dokumenter: 1) en skriftlig erklæring, som indeholder alle de i lovens § 2, stk 2, nr 1-10 anførte oplysninger bortset fra de oplysninger, der eventuelt er givet i et af de nedenfor nævnte dokumenter, 2) en skriftlig arbejdskontrakt, 3) et ansættelsesbrev eller 4) et eller flere andre dokumenter, forudsat at mindst ét af disse indeholder samtlige oplysninger nævnt i lovens § 2, stk 2, nr 1-4, 8 og 9. For så vidt angår oplysningerne i stk 2, nr 6-9, anses oplysningspligten for at være opfyldt, hvis der i de dokumenter, der er omtalt foran, henvises til de love, administrative bestemmelser, vedtægtsmæssige bestemmelser eller kollektive overenskomster, der gælder for de pågældende forhold.

⁴⁷⁾ 90/270/EØF, Det femte særdirektiv om minimumsforskrifter for sikkerhed og sundhed i forbindelse med arbejde ved skærmterminaler. Se om direktivet Nielsen, Ruth: Arbejdsmiljøret, Kbhvn 1993 s 118.

⁴⁸⁾ Nr 1108 af 15. december 1992.

⁴⁹⁾ I At-anvisning, nr 4.0.1.1, December 1996 findes tilsvarende en bestemmelse, der lyder: "der må ikke anvendes kvantitativ eller kvalitativ kontrol uden de ansattes vidende".

erfaringsniveau. Der må ikke anvendes kvantitativ eller kvalitativ kontrol uden de ansattes vidende. Overholdelse af bekendtgørelsen er strafsanktioneret.⁵⁰⁾ Arbejdsgiveransvaret er objektivet.⁵¹⁾

I den foran nævnte Tryg Baltica sag afgang lovligheden af arbejdsgiverens kontrol således også af, om de ansatte var vidende om kontrollen i den betydning udtrykket "vidende" har i skærmdirektivet og den danske bekendtgørelse, der implementerer direktivet. Direktivet er et minimumsdirektiv. Det mindste beskyttelsesniveau, der gælder i forhold til hemmelig kontrol, beror på EU Domstolens fortolkning af begrebet "vidende". Der er meget lidt praksis om fortolkning af skærmdirektivet. I en præjudiciel sag⁵²⁾ udtalte EU Domstolen, at:

2) Artikel 4 og 5 i direktiv 90/270 skal fortolkes således, at de deri omhandlede forpligtelser gælder for samtlige arbejdsstationer efter definitionen heraf i direktivets artikel 2, litra b), selv om de ikke er bemandet med arbejdstagere i direktivets artikel 2, litra c)'s forstand,⁵³⁾ og at arbejdsstationerne skal være tilpasset i overensstemmelse med samtlige minimumsforskrifter i bilaget.

Mindstekravene i bilaget skal således overholdes også i tilfælde, hvor arbejdsstationerne benyttes af ansatte, der kun lejlighedsvis eller i mindre omfang arbejder ved skærmterminaler. Om arbejdstagere kan anses for vidende om oplysninger, der er tilgængelige på internet/intranet er tvivlsomt.

I 1998 udvidedes tv-overvågningsloven fra 1982, der tidligere kun havde omfattet offentlige steder, til at omfatte arbejdspladser.⁵⁴⁾ Lovens § 3 bestemmer, at private, der foretager tv-overvågning af steder eller lokaler, hvortil der er almindelig adgang, eller af arbejdspladser, ved skiltning eller på anden tydelig måde skal give oplysning herom. Efter lovens § 4 har offentlige myndigheder en tilsvarende pligt.

⁵⁰⁾ Jf skærbekendtgørelsens § 8, der bestemmer: Medmindre højere straf er forskyldt efter lov om arbejdsmiljø eller anden lovgivning, straffes med bøde eller hæfte den, der: 1) overtræder ... § 5...

⁵¹⁾ Jf skærbekendtgørelsens § 8, stk 2, der bestemmer: For de i stk. 1, nr. 1, anførte overtrædelser kan der pålægges en arbejdsgiver bødeansvar, selv om overtrædelsen ikke kan tilregnes ham som forsætlig eller uagtsom.

⁵²⁾ Se navnlig Forenede sager C-74/95 og C-129/95, Straffesager mod X, Samling 1996 I-6609.

⁵³⁾ Arbejdstager i skærmdirektivets forstand er: enhver arbejdstager, som defineret i artikel 3, litra a), i direktiv 89/391/EØF, der regelmæssigt og i en ikke ubetydelig del af sin normale arbejdstid anvender en skærmterminal".

⁵⁴⁾ Se nu Lbkg nr 76 af 1.2.2000.

Efter persondatalovens § 13 må offentlige myndigheder og private virksomheder mv. ikke foretage automatisk registrering af, hvilke telefonnumre der er foretaget opkald til fra deres telefoner.

En faglig voldgiftskendelse fra 1992⁵⁵⁾ handlede om en virksomhed, der pga. af mistanke om omfattende uregelmæssigheder, lod et detektivbureau foretage observationer af arbejdsstederne, i det væsentlige uden for normal arbejdstid. Opmanden⁵⁶⁾ fandt, at de iværksatte kontrolforanstaltninger under de givne omstændigheder ikke var så krænkende, at der kunne blive tale om bod. I lyset af den senere udvikling i databeskyttelsesretten kan den accept af hemmelig overvågning, der sker i denne faglige voldgiftskendelse, næppe opretholdes.

9.4. Dataansvarliges oplysningspligt efter persondataloven

Der findes regler om oplysningspligt vedrørende behandling af persondata i persondatalovens §§ 28-29. Persondataloven stiller ingen formkrav.

I Tryg Baltica sagen om registrering af ansattes hjemmesidesøg og e-post korrespondance udtalte Datatilsynet, at det var en forudsætning, at medarbejderne på forhånd på en klar og utvetydig måde er blevet informeret om logningen og den eventuelle gennemgang af loggen, jf. reglerne om oplysningspligt i persondatalovens §§ 28-29. Om arbejdsgiverens underretning af de ansatte oplyses det bla. i afgørelsen (min kursivering):

På Tryg-Balticas intranet ligger selskabets "Leveregler på Internettet", *der er tilgængelige for alle ansatte.*

...

Som nyansat gøres man opmærksom på, at selskabet har sådanne leveregler, som man opfordres til at sætte sig ind i.

Datatilsynet fandt på det foreliggende grundlag, at Tryg-Balticas information om logningen og den eventuelle gennemgang af loggen via levereglerne på selskabets intranet var tilstrækkelig til at opfylde kravene i persondatalovens §§ 28-29. Datatilsynet diskuterede ikke oplysningspligtreglerne i ansættelsesbevisloven eller kravet om, at arbejdstagerne skulle være vidende om

⁵⁵⁾ Centralorganisationen af Metalarbejdere i Danmark mod Industriens Arbejdsgivere for Bohnstedt-Petersen A/S, Hørsholm, afsagt den 17.4.1992, findes i domssamlingen Arbejdsret, CD-ROM version, udgiver af DJØF's Forlag, DA og Schultz' Forlag.

⁵⁶⁾ Preben Kistrup.

kontrollen efter skærmdirektivet/bekendtgørelsen.⁵⁷⁾

Hvis Datatilsynets fortolkning af persondatalovens lægges til grund, må det antages, at kravene til ansættelsesbeviser i oplysningspligtloven og formentlig også forbudet mod kontrol uden den ansattes vidende i skærmdirektivet er strengere end persondatareglerne. En arbejdsgiver, der ikke har udstedt korrekt ansættelsesbevis, kan ikke slippe for at betale godtgørelse herfor⁵⁸⁾ med henvisning til, at den ansatte selv kan klikke sig frem til de manglende oplysninger på internettet eller på arbejdsgiverens intranet. Efter Persondatalovens § 2 går love, der stiller datasubjektet (den registrerede) bedre end persondataloven som nævnt forud for denne. Oplysningspligtloven må derfor gå forud for persondatalovens §§ 28-29, der, hvis Datatilsynets fortolkning er rigtig, er mindre krævende over for en arbejdsgiver end oplysningspligtloven.

Efter min vurdering er Datatilsynets fortolkning af persondatalovens §§ 28-29 og dermed af de underliggende bestemmelser i direktivets art 10-11 tvivlsom. Det er ikke "acte clair",⁵⁹⁾ at en forelæggelse for EU Domstolen ville have givet samme resultat.

9.5. Automatiserede afgørelser

Efter persondatalovens § 39 må edb-behandling af personoplysninger normalt ikke udgøre det eneste grundlag for en beslutning. Hvis en person fremsætter indsigelse herimod, kan den dataansvarlige ikke foranstalte, at vedkommende undergives afgørelser, der har retsvirkninger for eller i øvrigt berører den pågældende i væsentlig grad, og som alene er truffet på grundlag af elektronisk databehandling af oplysninger, der er bestemt til at vurdere bestemte personlige forhold.

Som eksempel nævnes i bemærkningerne til lovforslaget,⁶⁰⁾ at en arbejdsgiver ikke må afvise en jobansøger på grundlag af resultatet af en psykoteknisk prøve, der alene behandles på edb, eller på baggrund af lister, som er udarbejdet under anvendelse af vurderingsprogrammel, og som på grundlag af

⁵⁷⁾ Datatilsynet er heller ikke rette myndighed til at udtale sig herom. Det er Arbejdstilsynet. Man kunne have hørt Arbejdstilsynet om arbejdsmiljøreglen var overholdt.

⁵⁸⁾ Højesteret har lagt en ganske streng linie, jf U 1997,1702 H, hvor Højesteret fastslog, at godtgørelsen for manglende eller ukorrekt ansættelsesbevis, hvis overtrædelsen ikke har haft konkret betydning som udgangspunkt fastsættes til 5.000 kr. Hvis der er opstået tvivl om ansættelsesforholdet eller risiko herfor bør godtgørelsen som udgangspunkt fastsættes til 10.000 kr. Foreligger der skærpende omstændigheder kan godtgørelsen fastsættes til et højere beløb.

⁵⁹⁾ Se om acte clair-doktrinen i den EU retlige litteratur, fx Nielsen, Ruth: EU Ret, Kbhvn 1999 s 81.

⁶⁰⁾ Se http://www.folketinget.dk/Samling/19991/lovforslag_som_fremsat/L147.htm.

en personlighedstest af jobansøgerne indeholder en bedømmelse af de pågældende, herunder en opstilling af dem i rangorden.

9.6. Anmeldelsespligt

Persondatalovens § 48 bestemmer, at der forinden iværksættelse af en behandling af oplysninger, som foretages for en privat dataansvarlig, af den dataansvarlige eller dennes repræsentant skal foretages anmeldelse til Datatilsynet, jf dog § 49. Ifølge § 49 er behandling af oplysninger om ansatte normalt undtaget fra anmeldelsespligt.

10. Samtykke⁶¹⁾

10.1. Begreb

Direktivets art 2 h) definerer samtykke på følgende måde:⁶²⁾ enhver frivillig, specifik og informeret viljetilkendegivelse, hvorved den registrerede indvilliger i, at personoplysninger, der vedrører den pågældende selv, gøres til genstand for behandling.

I DFDS-sagen havde arbejdsgiveren ensidigt udstedt et regulativ om de kontrolforanstaltninger, der ville blive foretaget, og ladet de enkelte ansatte skrive under på dette, hvilket arbejdsgiverparten under sagen fortolkede som samtykke. Lønmodtagerparten bestred, at kontrollen var accepteret. Opmanden udtalte herom:

Regulativet indeholder en passus om, at overtrædelse af dette vil medføre øjeblikkelig afsked. Ved at indsætte en sådan bestemmelse kan indklagede ikke ensidigt ændre vilkårene for afsked, ligesom en ansats underskrift på regulativet ikke kan medføre, at ændringen af vilkårene er accepteret.

10.2. Samtykke er ikke et bindende formueretligt løfte

Persondatalovens § 38 bestemmer, at den registrerede kan tilbagekalde et samtykke. Der kan ikke gives afkald på de grundlæggende principper i persondatalovens § 5 og de beskyttelsespræceptive arbejdsretlige regler, fx i

⁶¹⁾ Se generelt om samtykke i databeskyttelsesretten Blume, Peter: Samtykke i databeskyttelsesretten, U 2000 B 77.

⁶²⁾ I den engelske version: 'the data subject's consent' shall mean any freely given specific and informed indication of his wishes by which the data subject signifies his agreement to personal data relating to him being processed.

oplysningspligtloven og forskelsbehandlingsloven.

10.3. Individuelt eller kollektivt samtykke

Arbejdstidsdirektivets⁶³⁾ § 18 indeholder en regel om, at en arbejdstager på en række betingelser kan samtykke i fravigelse af reglen om maksimal ugentlig arbejdstid. EU Domstolen har fortolket denne samtykkeregulering i en spansk sag,⁶⁴⁾ hvor spørgsmålet var, om et samtykke, der er givet af fagforeningerne som parter i en kollektiv overenskomst eller aftale, kan sidestilles med et samtykke fra arbejdstageren selv. Det blev besvaret benægtende. På tilsvarende måde skal de samtykker fra individuelle datasubjekter, der kan berettiggel databehandling efter persondataloven og det underliggende direktiv, være afgivet frivilligt af individerne selv. Kollektivt samtykke, fx ved kollektiv overenskomst kan ikke træde i stedet herfor.

11. Konklusion

De retlige standarder i persondatareglerne skal på det arbejdsretlige område fortolkes i lyset af den arbejdsretlige regulering, herunder fagretlig praksis.

Det kan aldrig alene ud fra persondataloven fastslås, at arbejdsgiveren har kompetence til at foretage en eller anden databehandling vedrørende ansatte. Hvis den pågældende behandling er forbudt eller knyttet til særlige betingelser ved en arbejdsretlig regel, går denne regel forud for persondataloven. Databeskyttelsesreglerne udvider ikke arbejdsgiverens ledelsesret, men de indskrænker den, navnlig på to måder:

Reglerne om behandling af persondata giver for det første et sikrere grundlag for at stille saglighedskrav til arbejdsgivere. Al behandling af personoplysninger, der er omfattet af persondataloven, er efter denne underlagt et krav om saglighed.

For det andet må de retlige standarder, der indgår i arbejdsretlige regler, fortolkes under hensyn til databeskyttelsesreglerne og den underliggende bestemmelse i EMRK art 8.

⁶³⁾ 93/104/EF.

⁶⁴⁾ Sag C-303/98, Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap) mod Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana, Saml 2000 I-0000 (endnu ikke trykt).

Perspektiver for den videre udvikling af EU-selskabsretten

af
Søren Friis Hansen

1. EU-selskabsretten i krise

1.1 EU-selskabsretten ved en skillevej

Det anføres ofte, at EU-retten har væsentlig betydning for et bestemt retsområde, eller at den stigende internationalisering har medført, at et bestemt retsområde står ved en skillevej. Sådanne udsagn kan forekomme som klichéer. En række faktorer har imidlertid medført, at disse udsagn med en vis berettigelse kan anvendes på selskabsretten indenfor den Europæiske Union i år 2000. Indgangen til det ny årtusinde er et passende tidspunkt at gøre status over hvor den europæiske selskabsret befinder sig, og at give et bud på, hvor udviklingen fører hen i de kommende år.

Forinden perspektiverne for de kommende års udvikling af EU-selskabsretten kan rides op, er det imidlertid nødvendigt at kaste et blik på den krise, som den europæiske selskabsret befandt sig i ved udgangen af det gamle århundrede. Indledningsvis gives en kort beskrivelse af målsætningen med den hidtidige harmonisering på selskabsrettens område (afsnit 1.2). Herefter beskrives de krisesymtomer, der har præget EU-selskabsretten i de seneste ti år (afsnit 1.3). EF-domstolens berømte afgørelse i Centros-sagen kan ses som et politisk signal fra EF-domstolen til de enkelte medlemsstater om at fremskynde harmoniseringen af selskabsretten (afsnit 1.4). Medens vedtagelsen af nye retsakter ligger stille på det selskabsretlige område, har EF-domstolen også efter Centros fortsat med at bidrage til udviklingen af EF-selskabsretten. Med sin afgørelse i sagen Angonese, har Domstolen tilsyneladende udvidet anvendelsesområdet for det almindelige forbud mod diskrimination i EF-Traktatens artikel 6 (tidligere art. 12) (afsnit 1.5). En række initiativer inden for EU-selskabsretten er færdigbehandlede og afventer alene vedtagelse i ministerrådet. Der er imidlertid en række andre områder, hvor initiativer fra EU kan forventes i de kommende år. Reglerne vedrørende regnskabsaflæggelse har særlig dansk interesse, dels på grund af reglernes store praktiske betydning, og dels i lyset af, at en ny dansk årsregnskabslov

kan forventes vedtaget i løbet af 2001. Kommissionen har varslet et væsentligt initiativ vedrørende tilpasning af reglerne for aflæggelse af årsregnskaber og koncernregnskaber til de internationale regnskabsstandarde. Kommissionens første initiativ er varslet allerede inden udgangen af år 2000 (afsnit 2). På baggrund af redegørelsen for EU-selskabsrettens krise, skitseres de fremtidige perspektiver for EU-selskabsretten (afsnit 3).

1.2 Formålet med den hidtidige harmonisering

Ved oprettelsen af EF stod det hurtigt klart, at skabelsen af et indre marked forudsatte en vis harmonisering af de nationale selskabsretlige regler. Der blev derfor iværksat et ambitiøst program for en harmonisering af selskabsretten indenfor EF.¹⁾ Dette program hvilede på to søjler. For det første skulle de nationale selskabsretlige regler harmoniseres. Harmoniseringen skulle navnlig omfatte de nationale regler, som gælder for aktieselskaber, eftersom disse selskaber blev anset for at have størst betydning i den internationale samhandel. For det andet skulle der skabes det retlige grundlag for juridiske personer, der alene var underlagt europæisk ret.²⁾

Det første selskabsretlige direktiv blev vedtaget i 1968. I de godt tyve år fra 1968 til 1989 blev der i Ministerrådet vedtaget i alt 9 selskabsretlige direktiver. Disse direktiver omfatter alle væsentlige dele af selskabsretten, bortset fra reglerne om selskabets organisation.³⁾ Navnlig det fjerde og det syvende direktiv vedrørende regnskabsaflæggelse blev på tidspunktet for deres vedtagelse anset for at være væsentlige fremskridt i harmoniseringen af medlemsstaternes lovgivninger. De senest vedtagne direktiver er det elvte direktiv og det tolvte direktiv, der begge blev vedtaget den 21. december 1989.⁴⁾ Bortset fra de to direktiver vedrørende regnskaber må det erkendes, at de tidlige retsakter for en stor dels vedkommende er stærkt prægede af tysk

¹⁾ Se eksempelvis J.Renauld, *Droit européen des sociétés* (1969), s. 15 ff, Timmermanns, *RabelsZ* 1984, s. 1 ff.

²⁾ Jvf. hertil bl.a. Werlauff, *EU-selskabsret* (2.udg. 1999), s. 70. Tanken om en europæisk selskabsret i to søjler blev allerede i 1959 fremlagt af Ulmer, jvf. hertil Goerdeler, *FS Steindorf* (1990), s. 1213f.

³⁾ Se for en detaljeret gennemgang af de selskabsretlige direktiver bl.a. Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen, *EU-retten 2* (1999), s. 29-99, Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, *Lærebog i selskabsret I* (1999), s. 120-137, og Werlauff, *EU-selskabsret* (2.udg. 1999), bl.a. s. 47 ff.

⁴⁾ Jvf. hhv. direktiv 89/666 EØF (EFT L, nr. 395 af 30.12.1989, s. 36 ff) og direktiv 89/667 EØF (EFT L, nr. 395 af 30.12. 1989, s. 40 ff).

ret,⁵⁾ medens de seneste retsakter i stigende grad har været præget af engelsk ret.⁶⁾ Dette gælder navnlig det trettende direktiv, idet ideen om en retlig pligt til afgivelse af overtagelsestilbud har sine rødder i engelsk og amerikansk ret.

Medens der således er opnået betydelige resultater i processen henimod en harmonisering af de nationale regler for aktieselskaber, har forsøgene på at skabe selskaber, som alene er reguleret af europæisk ret, været en begrænset succes.⁷⁾ Således er det alene lykkedes at få gennemført en enkelt forordning vedrørende europæiske økonomiske firmagrupper, og denne selskabsform har kun fundet særdeles begrænset anvendelse i praksis. Det mest kendte af de europæiske selskabsformer er det europæiske aktieselskab, hvis anerkendelse først blev ført tilbage til 1959, men som trods gentagne forsøg endnu ikke er blevet vedtaget i Ministerrådet.

1.3 Mulige årsager til krisen

Perioden fra 1970 til 1980 må betegnes som den europæiske selskabsrets guldalder.⁸⁾ I dette tiår blev planerne om skabelsen af et fælleseuropæisk grundlag for reguleringen af aktieselskaber i vidt omfang realiseret gennem vedtagelse af en række væsentlige direktiver. Der blev tillige i perioden fremlagt en række yderligere forslag til direktiver. Tilsammen dækker de vedtagne og de fremlagte retsakter alle væsentlige aspekter af de selskabsretlige regler, som gælder for aktieselskaber. I perioden fra 1980 til 1990 blev der kun vedtaget enkelte nye retsakter og en række ændringer af de allerede vedtagne retsakter. Endnu ved slutningen af firserne kunne der dog spores en vis optimisme. Vedtagelsen af det indre marked satte fornyet gang i forhåbningerne om yderligere fremskridt på selskabsrettens område.⁹⁾

Siden 1989 har harmoniseringen af selskabsretten gennem udstedelse af fælles retsakter imidlertid været gået i stå. En række forskellige faktorer har medført, at der ikke er udsigt til reelle fremskridt for harmoniseringen af selskabsretten inden for EU i de kommende år. Det er således berettiget at tale

⁵⁾ Hertil eksempelvis allerede Lutter, *Europarecht* 1975, s. 46.

⁶⁾ Jvf. således Hopt, *ZGR* 1992, s. 272f.

⁷⁾ Jvf. senest Ulrich Ehrlicke, *RabelsZ* 2000, s. 499f.

⁸⁾ Se bl.a. Behrens, *FS Mestmäcker* (1996), s. 832, og Ebke, *RabelsZ* 1998, s. 206.

⁹⁾ Hertil eksempelvis Goerdeler, *FS Steindorff*, (1990), s. 1216f, samt Hopt, *ZGR* 1992, s. 269f, der henviser til fascinationen af "Europa 1992", samt tillige Hopt *ZIP* 1998, s. 97.

om en egentlig krise i harmoniseringen af selskabsretten inden for EU.¹⁰⁾ Der kan ikke gives en enkel forklaring på den fuldstændige mangel på fremskridt inden for EU-selskabsretten siden 1989. Der kan imidlertid peges på en række faktorer, som hver for sig har medvirket hertil.

En væsentlig faktor er uden tvivl den uenighed, der navnlig i forholdet mellem Tyskland og England har kunnet konstateres vedrørende spørgsmålet om medarbejderrepræsentation. Denne uenighed har ført til, at bl.a. udkastet til det femte direktiv og de tidlige udkast til en SE-statut ikke har kunnet vedtages.¹¹⁾ Endvidere har navnlig tysk frygt for, at tyske virksomheder skulle flygte til England på grund af reglerne om medarbejderrepræsentation medført, at initiativerne vedrørende grænseoverskridende fusion hidtil ikke har kunnet vedtages.¹²⁾ Kommissionen har med Davignon-rapporten fra 1997 gjort et forsøg på at løse den tilsyneladende uforsonlige strid mellem England og Tyskland, men det er tilsyneladende ikke lykkedes.

En anden faktor, som har været medvirkende til de manglende fremskridt på selskabsrettens område, er spørgsmålet om legitimationen for en videre harmonisering. Med Maastricht-traktaten blev principperne om subsidiaritet og proportionalitet traktatfæstet, jvf. artikel 5 EF (tidligere art.3b), hvorefter en harmonisering kun kan gennemføres, hvis formålet med den pågældende regulering ikke i tilstrækkelig grad kan opfyldes af medlemsstaterne, og da kun i det omfang en fællesskabsretlig regulering er nødvendig for at opfylde de mål, der søges opnået.¹³⁾

Den væsentligste hjemmel for den hidtidige harmonisering af selskabsretten har hidtil været artikel 44, stk.2, litra g EF (tidligere art. 54, stk.3, litra g). På trods af indførelsen af subsidiaritetsprincippet kan ikke være tvivl om, at der også efter indførelsen af subsidiaritetsprincippet fortsat er behov for en

¹⁰⁾ Se særligt Hopt, ZIP 1998, s. 96 - 106, Ebke, RabelsZ 1998, s. 197, samt Behrens, FS Mestmäcker (1996), s. 831-849 (s. 833).

¹¹⁾ Jvf. om kontroverserne vedrørende medarbejderrepræsentation indenfor EU eksempelvis Hopt, ZGR 1992, s. 276 ff, Lutter, ZGR 2000, s. 16f, samt Søren Friis Hansen, Juridisk Institut, Julebog 1998, s. 196f med henvisninger.

¹²⁾ Konflikten vedrørende medarbejderrepræsentation kan bl.a. spores i forordningen om Europæiske økonomiske firmagrupper. En firmagruppe kan således alene anvendes til virksomheder, der har mindre end 500 medarbejdere. De tyske regler vedrørende medarbejderrepræsentation træder netop i kraft for selskaber, der har mere end 500 medarbejdere.

¹³⁾ Se hertil bl.a. Steindorff, ZHR 1999, s. 415 og samme, ZHR 2000, s. 266 ff. Se tillige Hjalte Rasmussen, EU-ret i kontekst (3.udg.1998), s. 269-279.

harmonisering af dele af selskabsretten, og at en sådan harmonisering vil kunne gennemføres med hjemmel i artikel 44 EF, stk.2 litra g.¹⁴⁾

Forinden der vedtages en harmonisering, må det imidlertid afklares, om denne er nødvendig. En sådan vurdering må ske under inddragelse af eventuelle alternativer, herunder fastholdelse af forskellige regler i de enkelte medlemsstater og dermed en accept af konkurrence mellem medlemsstaternes lovgivning på det pågældende område.¹⁵⁾ Det må forventes, at der i løbet af de kommende år kommer en vis afklaring af spørgsmålet om subsidiaritetsprincippet rækkevidde inden for selskabsretten. Landesgericht Wels har således forelagt et præjudicielt spørgsmål for EF-domstolen vedrørende rækkevidden af formuleringen i artikel 44, stk.2, litra g, hvorefter medlemsstaterne "*i det nødvendige omfang ... [skal] samordne de garantier..*". Den konkrete sag vedrører bestemmelser i det fjerde selskabsretlige direktiv, jvf. sag C-182/00, Lutz GmbH.

Diskussionen om subsidiaritetsprincippet har utvivlsomt haft betydning for de seneste forslag, der er fremsat af Kommissionen.¹⁶⁾ De seneste initiativer på fra Kommissionen på det selskabsretlige område bærer således ikke præg af de optimistiske toner, som herskede i begyndelsen af halvfjerdserne. Med henblik på at fremskynde vedtagelsen af allerede fremlagte initiativer har Kommissionen i en række tilfælde fremlagt ændrede udkast, hvor de mest kontroversielle dele af de oprindelige forslag er faldet bort. En række af de seneste forslag er præget af en udbredt brug af renvoi-bestemmelser. Dette gælder særligt for det trettende direktiv og udkastet til det europæiske aktieselskab.¹⁷⁾ Den vidtstrakte anvendelse af henvisninger til national ret medfører, at der i realiteten ikke skabes et europæisk selskab, men derimod 15 forskellige varianter af det europæiske aktieselskab.¹⁸⁾ Hermed tilsidesættes et af de

¹⁴⁾ Jvf. hertil bl.a. Gomard, *Aktieselskaber & anpartsselskaber* (4.udg.2000), s. 12, Schön, ZGR 1995, s. 30f samt Søren Friis Hansen, *Europæisk Koncernret*, (1996), s. 240f.

¹⁵⁾ Se Dreher, *JuristenZeitung*, 1999, s. 108.

¹⁶⁾ Hertil bl.a. Hopt, ZIP 1998, s. 97f, og Martina B. Deckert, *RabelsZ* 2000, s. 480.

¹⁷⁾ Jvf. eksempelvis Vanessa Edwards, *EC-Company Law* (1999), s. 10. Se vedrørende udkastet til SE-forordningen bl.a. Wehlau, *Common Market Law Review* 1992, s. 473-510, og Alain Viandier, *European Business Law Review* 1998, s. 303.

¹⁸⁾ Jvf. Karsten Engsig Sørensen, *Samarbejde mellem selskaber i EF* (1993), s. 320, og Søren Friis Hansen, *Europæisk koncernret* (1996), s. 284f.

væsentlige formål med skabelsen af et europæisk selskab. En tilsvarende kritik har været rejst af de foreløbige udkast til et europæisk anpartsselskab.¹⁹⁾

Et forhold der ofte er blevet anført som en af årsagerne til EU-selskabsrettens krise er, at det er stort set umuligt at få vedtaget ændringer i et direktiv, når dette en gang er vedtaget.²⁰⁾ En beslutningsstruktur, hvor 15 lande skal være enige om ændringer i allerede vedtagne direktiver, medfører, at det er stort set umuligt at tilpasse vedtagne retsakter til de hastige ændringer på det globale marked.

De gennemførte retsakter på selskabsrettens område har i de enkelte medlemsstater i et ikke ubetydeligt omfang medført, at den selskabsretlige regulering er vokset i omfang og kompleksitet.²¹⁾ Hermed står EU-selskabsretten i modstrid med en generel tendens, som er kommet stadigt tydeligere til udtryk i de enkelte medlemsstater i de senere år. I en række lande er gennemført lovændringer, der har været motiveret i et ønske om at *deregulere selskabsretten*.²²⁾ I Danmark er denne tendens tydeligst kommet til udtryk gennem vedtagelsen af anpartsselskabsloven af 1996, men også senere initiativer vedrørende anpartselskaber bærer præg af et ønske om "forenkling".²³⁾

I fransk ret er ønsket om en deregulering af selskabsretten kommet til udtryk gennem skabelsen i 1994 af en særlig selskabsform, kaldet SAS (*Société Anonyme Simplifiée*), der er skabt som en blanding af det traditionelle aktieselskabet (SA) og det traditionelle anpartsselskab (SARL). Et SAS kan stiftes med en mindstekapital på 250.000 FRF (38.113 euro), hvoraf halvdelen skal være indbetalt ved stiftelsen. Med en lovændring i 1999 er adgangen til at anvende et SAS blevet yderligere liberaliseret. Det er således nu muligt at stifte et SAS som en enmandsselskab, ligesom den eneste aktionær i et SAS kan være et andet SAS. Endvidere er det mindstekapitalkrav på 1.500.000 FFR, der tidligere gjaldt for franske selskaber, som ejede aktier eller anparter

¹⁹⁾ Jvf. Ulrich Ehricke, *RabelsZ* 2000, s. 511f og tilsvarende Søren Friis Hansen, *Juridisk Institut, Julebog* 1998, s. 202.

²⁰⁾ Se Vanessa Edwards, *EC-Company Law* (1999), s. 11, der taler om "petrification".

²¹⁾ Se eksempelvis Wouters, *Common Market Law Review* 2000, s. 266.

²²⁾ Se eksempelvis, Alain Viandier, *European Business Law Review* 1998, s. 304, og Mette Neville, *R&R* 1995, nr. 5, s. 16 ff.

²³⁾ Jvf. således de foreløbige forslag vedrørende konsekvensændringer af aktie- og anpartsselskabsloven i forbindelse med reformen af årsregnskabsloven. Forslagene er i juli 2000 offentliggjort på Erhvervs- og Selskabsstyrelsens hjemmeside (www.eogs.dk).

i andre selskaber, blevet ophævet. Hermed er der sket en væsentlig liberalisering i adgangen til at danne koncerner i Frankrig.²⁴⁾

Ønsket om en deregulering af dele af selskabsretten er også slået igennem på europæisk plan. Således har en arbejdsgruppe under Kommissionen fremsat forslag til en deregulering af det første og det andet direktiv.²⁵⁾ Det fremlagte forslag til et europæisk anpartsselskab²⁶⁾ er tillige et udtryk for et ønske om en regulering, der alene dækker de mest nødvendige områder af selskabsretten, men overlader flest muligt beslutninger til anpartshaverne.²⁷⁾

Sammenfattende må det konstateres, at EU-selskabsretten ved udgangen af det gamle årtusinde utvivlsomt befinder sig i en alvorlig krise.²⁸⁾ I perioden fra 1968 til 1989 blev væsentlige dele af de nationale selskabsretlige regler for aktieselskaber harmoniseret, således at disse i dag bygger på et fælleseuropæisk fundament.²⁹⁾ Europæiseringen af selskabsretten har haft stor betydning for udviklingen af selskabsretten i de enkelte medlemsstater. Introduktionen af anpartsselskabet i er således i en række lande, herunder alle de nordiske lande, sket som en afledet effekt af EU-harmoniseringen.³⁰⁾

1.4 Centros som udtryk for et paradigmeskift for EU-selskabsretten

For den videre udvikling af europæisk selskabsret er den 9. marts 1999 en central mærkedag. På denne dag afsagde EF-domstolen dom i sag C-212/97, Centros limited mod Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Der er allerede sagt og skrevet meget om denne dom, der i dag må betegnes som en af de mest

²⁴⁾ Se om reformen af SAS, som blev gennemført ved lov af 12. juli 1999, hos Dominique Stucki, *Der Betrieb* 1999, s. 2622-2624.

²⁵⁾ Jvf. de forslag til forenklinger, der er fremlagt af den såkaldte "SLIM-arbejdsgruppe" i november 1999. Forslagene er tilgængelige på Kommissionens hjemmeside (www.europa.eu.int).

²⁶⁾ Jvf. hertil Søren Friis Hansen, *Juridisk Institut*, Julebog 1998, s. 183-206.

²⁷⁾ Jvf. Ulrich Ehrlicke, *RabelsZ* 2000, s. 508.

²⁸⁾ Se allerede Behrens, *EuZW* 1996, s. 193, og senest Wouters, *Common Market Law Review* 2000, s. 275, der anfører, at der tale om en krise på alle fronter: "*conceptually (e.g. participation versus consultation among employees), in relation to competence (subsidiarity), legitimacy (new preference for decentralized development of the law), and loyalty (Member States resistance to implementation)*".

²⁹⁾ Hertil eksempelvis Schön, *European Business Organisation Law Review* 2000, s. 9f, der anfører, at de vedtagne retsakter på selskabsrettens område udgør "*a coherent system*".

³⁰⁾ Jvf. Søren Friis Hansen, *Anpartsselskaber efter loven af 1998*, s. 26f.

omdiskuterede afgørelser fra EF-domstolen overhovedet.³¹⁾ Der skal ikke her bruges plads på en nærmere gennemgang af dommen og dens forhistorie. På dette sted skal blot fremhæves et væsentligt aspekt ved dommen, som har afgørende betydning for den fremtidige udvikling af europæisk selskabsret.

Fastlæggelse af et selskabs nationalitet, og dermed af hvilke nationale selskabsretlige regler, som det pågældende selskab er underlagt, sker under anvendelse af den internationale selskabsret. Inden for EU afgøres spørgsmålet under anvendelse af en af to konkurrerende teorier; hovedsædeteorien og registreringsteorien. Det spørgsmål, som har givet anledning til størst debat i forbindelse med fortolkningen af EF-domstolens afgørelse i Centros-sagen er, om hovedsædeteorien fortsat kan håndhæves af en EU-medlemsstat overfor et udenlandsk selskab, som er har sin faktiske hovedsæde i en anden EU-stat, end den stat, hvor selskabet er stiftet, med den konsekvens, at selskabet ikke bliver anerkendt som et selvstændigt retssubjekt i "hovedsædestaten". En række, navnlig tyske, forfattere antager, at hovedsædeteorien også efter Centros fortsat kan håndhæves overfor selskaber, som er stiftet i en EU-stat.³²⁾ Hvis denne antagelse var korrekt, ville Centros-dommens betydning for EU-selskabsrettens videre udvikling være yderst begrænset.

Flertallet af forfattere, hvortil hører et stadigt stigende antal tyske forfattere, antager imidlertid i dag, at en væsentlig konsekvens af Centros-dommen er, at hovedsædeteorien ikke længere kan anvendes af en EU-stat som begrundelse

³¹⁾ EF-Domstolens afgørelse i sag C-212/97 er gengivet i Saml. 1999, s. I-1459. Den danske litteratur om Centros-dommen er allerede omfattende. Se således navnlig Karsten Engsig Sørensen, Nordisk Tidsskrift for Selskabsret 1999:2, s. 92 ff, samme UfR 2000B, s. 103-110, samme The Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Volume 2, 1999 (2000), s. 203-230, Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen, EU-retten I (1999), s. 452 ff, Erik Werlauff, UfR 1999B, s. 163 ff, samme UfR 2000B, s. 465-469, samme EU-selskabsret (2.udg.1999), s. 15f, Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Lærebog i selskabsret I (1999), s. 104-115, Søren Friis Hansen, Juridisk Institut, Julebog 1999, s. 143-174, samme Nordisk Tidsskrift for Selskabsret 2000:1, s. 45-64, samt Henrik Dam og Søren Friis Hansen, UfR 2000B, s. 352-359.

³²⁾ Hertil eksempelvis Roth, Common Market Law Review 2000, s. 154f, og senest Kindler, RIW 2000, s. 649-653, samt Hoffmann, ZHR 2000, s. 49. Se tillige fra et hollandsk synspunkt Anne Looijenstijn-Clearie, International and Comparative Law Quarterly Vol 49 (2000), der ganske vist anfører, at EF-domstolen synes at forudsætte konkurrence mellem retssystemerne på selskabsrettens område (s. 629), men som på trods heraf konkluderer, at hovedsædeteorien fortsat kan opretholdes efter Centros (s. 635). Se tillige fra et dansk synspunkt Karsten Engsig Sørensen i The Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Volume 2, 1999 (2000), s. 221. På s. 222 åbner Engsig Sørensen dog døren på klem for en fortolkning af Centros-dommen, hvorefter hovedsædeteorien nu alene kan anvendes på den enkelte EU-stats egne selskaber. En sådan fortolkning ville ifølge Engsig Sørensen: "*result in the application of the siège réel theory being considerably limited, with the further result that the Member States which apply the siège réel theory will also be affected by the judgement in Centros.*" Se i øvrigt Søren Friis Hansen, Nordisk Tidsskrift for Selskabsret 2000:1, s. 51 med henvisninger til de forfattere, der fortsat antager, at hovedsædeteorien kan opretholdes uændret.

for at nægte registrering af en filial af et selskaber, som er stiftet i henhold til en medlemsstats lovgivning, jvf. artikel 48 EF.³³⁾ En retstilstand, hvor eksempelvis Tyskland fortsat kunne nægte registrering af en filial af et selskab stiftet i England under henvisning til hovedsædeteorien, medens Danmark var forpligtet til at registrere en filial af det samme selskab, ville bryde med princippet om retsenhed inden for EU. Det må derfor konkluderes, at også Tyskland efter gældende EU-ret har en ubetinget pligt til at registrere filialer af engelske selskaber, uanset hvor disse selskabers hovedsæde befinder sig.³⁴⁾

I det omfang denne konklusion er korrekt, har et den uafvendelige konsekvens, at der inden for EU gælder en "Delaware-effekt", hvorved forstås, at de erhvervsdrivende frit kan vælge mellem de forskellige selskabsformer i samtlige medlemsstater som ramme for deres virksomhed, uanset i hvilken medlemsstat virksomheden faktisk udøves. Generaladvokat La Pergola formulerede sig i sit forslag til afgørelse i Centros-sagen således, at på områder, hvor der ikke er sket en harmonisering af de nationale regler, må der inden for Fællesskabet gælde en fri konkurrence mellem medlemsstaternes lovgivning ("competition among rules").³⁵⁾ Med denne udvikling er selskabsretten inden for EU i realiteten blot blevet tilpasset den generelle tendens, der har gjort sig gældende inden for EU i de seneste år.³⁶⁾ Det bør i denne sammenhæng nævnes, at spørgsmålet om konsekvenserne af fri konkurrence på selskabsret-

³³⁾ Se eksempelvis Freitag, EuZW 1999, s. 269f, Geyrhalter, EWS 1999, s. 201f, Neye, EWiR 1999, s. 260, Meilicke, Der Betrieb, 1999, s. 627, Sandrock, Betriebs-Berater, 1999, s. 1341, Kienninger, ZGR 1999, s. 739, Sedemund / Hausmann, Betriebs-Berater, 1999, s. 1843, Lutter/Hommelhoff, GmbHG (15. Aufl. 2000), s. 225 og s. 554. Se senest Forsthoff, Europarecht 2000, s. 167-196, Meilicke, GmbHRundschau 2000, s. 693f, samt Deckert, RabelsZ 2000, s. 491. Se i samme retning Bernhard Schaub, NZG 2000, s. 954f, der ganske vist ikke mener, at Centros-dommen medfører en generel pligt til at afskaffe hovedsædeteorien, men som dog (s. 955) konkluderer, at de tyske registreringsmyndigheder har pligt til at registrere en filial af et selskab, som er stiftet i en EU-medlemsstat, uanset hvor dette selskabs hovedsæde befinder sig. Der er intet til hinder for, at hovedsædeteorien anvendes som hjemmelsgrundlag for at afvise registrering af filialer af selskaber, der er stiftet i en stat uden for EU.

³⁴⁾ Jvf. således i særdeleshed Forsthoff, Europarecht 2000, s. 177, samt Puskajler, IPRax 2000, s. 80, der anfører: *"Dem unbefangenen Leser drängt sich die Interpretation auf, daß in einem gemeinsamen Markt einer englischen Gesellschaft in Deutschland nicht verboten werden kann, was ihr in Dänemark erlaubt ist"*. Se tilsvarende Søren Friis Hansen, Juridisk Institut Julebog 1999, s. 160f.

³⁵⁾ Jvf. Sag C-212/97, Saml. 1999 I, s. 1479, hvor generaladvokaten udtaler: *"I mangel af en fællesskabsretlig harmonisering må konkurrencen mellem medlemsstaternes lovgivning derfor have frit spil, også på selskabsrettens område"*.

³⁶⁾ Hertil Dougan, Common Market Law Review 2000, s. 857, der taler om en *"trend away from the ideal of normative uniformity across the entire Community towards the toleration and even encouragement of differentiated legal environments as between the various Member States"*.

ten mellem forskellige retssystemer hører til et af de mest omdiskuterede emner i de seneste år,³⁷⁾ og at retten til frit valg mellem flere forskellige retssystemer ikke nødvendigvis udgør en reel konkurrence i traditionel økonomisk forstand.³⁸⁾

Et af de oprindelige mål med harmoniseringen af EF-selskabsretten var netop at undgå, at medlemsstaterne skulle konkurrere på den selskabsretlige lovgivning.³⁹⁾ Harmoniseringen havde derimod som et af sine væsentlige formål at sikre, at selskabsretten ikke skulle blive en udslagsgivende faktor for de europæiske virksomheder ved valg af etableringsstat inden for EU.⁴⁰⁾ Med sin berømte Daily Mail-afgørelse fra september 1988⁴¹⁾ tog EF-domstolen indirekte stilling til spørgsmålet om, hvorvidt etableringsfriheden for selskaber inkluderer muligheden for konkurrence mellem medlemsstaternes lovgivninger. EF-domstolen konkluderede, at retten til fri etablering *"ikke på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin givet et selskab, som er stiftet i en medlemsstat, hvor selskabet ifølge sine vedtægter har hjemsted, nogen ret til at flytte sit hovedsæde til en anden medlemsstat"*. Disse bemærkninger er navnlig af tyske kommentatorer blevet set som en generel legitimation af hovedsædeteorien, og dermed EF-domstolens afvisning af, at etableringsfriheden for selskaber i EU skulle medføre en konkurrence mellem medlemsstaternes lovgivning på selskabsrettens område. Disse synspunkter er blevet fremført med fornyet ildhu efter Centros-dommen.⁴²⁾

³⁷⁾ Se eksempelvis Hopt, ZIP 1998, s. 98 f med henvisninger.

³⁸⁾ Se hertil Dreher, JZ 1999, s. 109f, der påpeger, at principperne om markedsekonomi og fri konkurrence ikke nødvendigvis kan overføres på konkurrencen mellem flere landes retssystemer. Se tillige Bebchuck og Ferrel, Columbia Law Review 99 (1999), s. 1169-1199, der forholder sig kritisk til konkurrencen mellem retssystemer for så vidt angår reguleringen af takeover law.

³⁹⁾ Jvf. hertil allerede Lutter, Europarecht, 1969, s. 8f, Wouters, Common Market Law Review 2000, s. 269, og i særlig grad Ebke, RabelsZ 1998, s. 207f, der anfører at modstanden mod et "Delaware Syndrom" var en af de få ting, som medlemsstaterne kunne blive enige om i forbindelse med harmoniseringen af selskabsretten. Se tillige bl.a. Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen, EU-retten 2 (1999), s. 27f.

⁴⁰⁾ Jvf. allerede Pipkorn, ZHR 1972, s.511, Behrens, GmbH Rundschau 1993, s. 130, og senest Schwartz, Europäisches Gesellschaftsrecht (2000), s. 7. Se tilsvarende Dougan, Common Market Law Review 2000, s. 853f, der anfører at det oprindelige mål med harmoniseringen inden for EU var at skabe en "level playing field" for virksomhederne i det indre marked.

⁴¹⁾ Jvf. Sag 81/87 (Saml. 1988, s. 5483 ff).

⁴²⁾ Hertil eksempelvis Ebke, RabelsZ 1998, s. 209, og tilsvarende Karsten Engsig Sørensen, The Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Volume 2 1999 (2000), s. 221.

Idet det lægges til grund, at EF-domstolen med Centros-dommen udtrykkeligt har truffet endelig afgørelse til fordel for konkurrence mellem medlemsstaternes lovgivninger på de dele af den selskabsretlige regulering, der ikke er blevet harmoniseret, er der således tale om et væsentligt skift i grundlaget for den videre udvikling af EU-selskabsretten.⁴³⁾ Set i dette lys kan EF-domstolens afgørelse ses som et udtryk for en reaktion fra dommerne i Luxembourg på de manglende resultater af harmoniseringen af selskabsretten.⁴⁴⁾ Såfremt de politiske beslutningstagere (Kommissionen og Ministerrådet) ikke kan leve med fri konkurrence mellem medlemsstaternes lovgivning på det selskabsretlige område, står det dem frit for at gennemføre harmonisering af de enkelte retsområder. Set i dette lys, kan Centros-dommen komme til at virke som en isbryder for yderligere harmonisering af selskabsretten.⁴⁵⁾

Spørgsmålet om, hvorvidt hovedsædeteorien efter Centros-dommen fortsat kan anvendes som hjemmelsgrundlag for at nægte registrering af filialer af selskaber, hvis hovedsæde befinder sig i et andet land end det land, hvor selskabet er stiftet, hører til et af de mest omdiskuterede spørgsmål overhovedet i tysk selskabsretlig litteratur. Ved de tyske underretter fastholdes også efter Centros den hidtidige praksis, hvorefter fastlæggelse af et selskabs nationalitet efter tyske ret sker gennem anvendelse af hovedsædeteorien.⁴⁶⁾ Inden for kort tid får EF-domstolen imidlertid lejlighed til at tage stilling til

⁴³⁾ Se bl.a. Schön, *European Business Organisation Law Review* 2000, s. 4f. Se tillige William J. Carney, *Journal of Legal Studies*, Vol. XXVI (1997), s. 303-329, der gennemfører en sammenligning mellem det amerikanske og det europæiske system for regulering af selskabsretten. Carney konkluderer (s. 329), at: *"Under these conditions, the company law directives appear to represent an attempt to preserve the regulatory approach of existing company laws, by mandating continuation of major features of existing law in all jurisdictions. These directives appear to be the product of interest groups seeking to protect existing legislative gains and frustrate the results of the jurisdictional competition that would have ensued without them"* (min fremhævelse, SFH).

⁴⁴⁾ Se eksempelvis Zimmer, *ZHR* 2000, s. 41.

⁴⁵⁾ Således Hofstötter, *European Law Reporter* 1999, s. 156 (*"Motor für die Harmonisierung"*), Freitag, *EuZW* 1999, s. 270, som taler om *"eine längst überfällige Vereinheitlichung des Gesellschaftsrechts in der Union"*. Se tillige Geyhalter, *EWS* 1999, s. 203, der anser en forcering af harmoniseringen for ønskelig, Karsten Engsig Sørensen, *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Volume 2 1999 (2000), s. 226 ff, samt Deckert, *RabelsZ* 2000, s. 492.

⁴⁶⁾ Se om den hidtidige tyske rets- og registerpraksis hos Bernhard Schaub, *NZG* 2000, s. 953-964 (954) og Søren Friis Hansen, *Juridisk Institut, Julebog* 1999, s. . For tysk praksis efter Centros se en afgørelse af 31. maj 2000 fra OLG Brandenburg, gengivet i *RIW* 2000, s. 798-799. Sagen vedrørte et irsk private limited company. Under henvisning til hovedsædeteorien bekræftede OLG Oldenburg underrettens dom, i henhold til hvilken selskabet, der betegnedes som et postkasseselskab, ikke havde procesevne ved de tyske domstole.

hovedsædteoriens videre skæbne. Den tyske Højesteret indbragte således den 30. marts 2000 et præjudicielt spørgsmål til EF-domstolen vedrørende hovedsædteoriens forenelighed med etableringsfriheden for selskaber, således som denne er reguleret i artikel 43 EF.⁴⁷⁾ Det er min faste overbevisning, at EF-domstolen vil fastholde den linie, der blev lagt af samtlige 15 dommere i plenum i Centros-sagen, og at Domstolen således ikke tillader fortsat håndhævelse af hovedsædteorien overfor selskaber, som er stiftet i en medlemsstat.

EF-domstolens afgørelse i den tyske forelæggelsessag vil imidlertid langt fra løse alle de problemer, som er opstået i kølvandet på Centros-dommen. Der vil således ikke med afgørelsen blive taget stilling til, hvilke reaktionsmuligheder der generelt består over for selskaber, som er stiftet i henhold til en anden medlemsstats retsordning.⁴⁸⁾ Såfremt der måtte opstå et spørgsmål om en nationale foranstaltnings forenelighed med etableringsfriheden, må kan den endelige afgørelse af sådanne tvivlsspørgsmål træffes af EF-domstolen, medmindre der er tale om et åbenbar overtrædelse af EU-retten, i hvilket tilfælde en national domstol har pligt til at erklære en national retsregel uvirksom uden at afvente en forelæggelse for EF-domstolen eller en ændring af den nationale retsregel.⁴⁹⁾

EF-Domstolen har således allerede kort tid efter Centros fået forlagt et spørgsmål, der ganske vist ikke direkte vedrører selskabsretlige problemstillinger, men som alligevel har visse paralleller til Centros. Sagen vedrører et selskab, der er stiftet som et anpartsselskab i Luxembourg. Selskabet driver vognmandsvirksomhed i Tyskland. Selskabets køretøjer er registreret i Luxembourg, men selskabets hovedkontor i Luxembourg har hverken parkeringspladser eller andre faciliteter til at servicere køretøjerne, der alene kører i Tyskland med tyske chauffører. Selskabet er blevet sagsøgt af de tyske

⁴⁷⁾ Jvf. sag nr. C-208/00, Überseering BV mod Nordic Construction Company Bau Management GmbH. Det forelagte spørgsmål er gengivet i BetriebsBerater 2000, s. 1106 samt RIW 2000, s. 555-559. Se hertil Vanessa Edwards, European Business Organization Law Review 2000, s. 154f, og Zimmer, BetriebsBerater 2000, s. 1363 ff. Se tillige Meilicke, GmbHRundschau 2000, s. 693-698, der kritiserer BGH for at have lagt den mest vidtgående version af hovedsædteorien til grund ved forelæggelsen.

⁴⁸⁾ Jvf. om dette problem fra en dansk synsvinkel eksempelvis Karsten Engsig Sørensen, UfR 2000B, s. 103 ff og Søren Friis Hansen, Nordisk Tidsskrift for Selskabsret 2000:1, s. 62f.

⁴⁹⁾ Jvf. hertil EF-domstolens afgørelse i sagerne C-10 - C-22/97, og i øvrigt Søren Friis Hansen, Nordisk Tidsskrift for Selskabsret 2000:1, s. 64.

skattemyndigheder, der kræver, at selskabets køretøjer registreres i Tyskland, og dermed betaler tysk vejskat.⁵⁰⁾

Spørgsmålet om de nationale myndigheders reaktionsmuligheder over for udenlandske selskaber er blevet særligt aktuelt set fra et dansk synspunkt. Med vedtagelsen af lov nr. 461 af 26. maj 2000 har Folketinget efter forslag fra Skatteminister Ole Stavad indført et særligt skatteretligt kapitalkrav i forbindelse med registrering af danske og udenlandske virksomheder hos de danske skattemyndigheder. Loven, der blev indført på grund af Højesterets endelige afgørelse i Centros-sagen, er i åbenbar strid med det restriktionsforbud, der gælder som supplement til forbudet mod diskrimination af udenlandske virksomheder ved etablering i Danmark, jvf. artikel 43 EF.⁵¹⁾ På baggrund af en henvendelse fra EU-parlamentsmedlemmet Karin Riis-Jørgensen (V), må det forventes, at Kommissionen i løbet af den kommende tid vil tage spørgsmålet om den danske følgelovgivning op til nærmere overvejelse, ligesom Centros limited må forventes at indbringe et afslag på momsregistrering for de danske domstole.

1.5 EF-domstolens seneste praksis

Medens harmoniseringen af selskabsretten inden for EU i dag er gået i stå, er det i de senere år blevet stadigt mere tydeligt, at katalysatoren for den videre udvikling af EU-selskabsretten har været EF-domstolens retspraksis.⁵²⁾ Den foreløbige kulmination på denne udvikling er som anført ovenfor afgørelsen i Centros-sagen, men Domstolen har ikke sat udviklingen i stå efter Centros. EF-domstolen har således også efter marts 1999 afsagt en række domme, der er af stor praktisk betydning for EU-selskabsretten og dermed tillige for de europæiske erhvervsvirksomheder. Her skal blot præsenteres en enkelt af disse domme, nemlig EF-domstolens afgørelse af 6. juni 2000 i sag C-281/98, *Angonese*.⁵³⁾ Indenfor EU gælder et generelt forbud mod diskrimination med

⁵⁰⁾ Jvf. sag C-115/00, *Hoves*, omtalt hos Vanessa Edwards, *European Business Organisation Law Review* 2000, s. 154.

⁵¹⁾ Jvf. om lov nr. 461 og dennes forhold til EU-retten nærmere Henrik Dam og Søren Friis Hansen, *UfR* 2000B, s. 352-359, Søren Friis Hansen, *Nordisk Tidsskrift for Selskabsret* 2000:1, s. 45-64, Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, *Lærebog i Selskabsret II* (2000), s. 87-89, samt Werlauff, *UfR* 2000B, s. 469.

⁵²⁾ Jvf. hertil bl.a. Werlauff, *European Business Law Review*, 1998, s. 280.

⁵³⁾ En anden dom, der er af betydning for brydningen mellem skatteretten og EF-traktatens grundlæggende friheder er afgørelsen af 21. september 1999 i sag C-307/97, *Saint Gobain*, der vedrørte spørgsmålet om det etablerende selskabs ret til at vælge frit mellem de forskellige

baggrund i nationalitet, jvf. nu artikel 12 EF. Dette forbud forpligter naturligvis EUs institutioner og de enkelte medlemsstater.

Spørgsmålet om, hvem der i øvrigt er forpligtet til at afstå fra diskrimination i henhold til artikel 12 EF har givet anledning til en del debat. Meningerne har været delte for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt diskriminationsforbudet tillige er bindende for private personer og virksomheder, der er hjemmehørende i en EU-stat. Hidtil har det været antaget, at forbudet mod diskrimination i hvert fald binder private virksomheder, i det omfang disse har myndighed til at fastlægge overenskomster, der kollektivt regulerer arbejdsforhold og aftaler mellem private.⁵⁴⁾ Der har derimod hidtil været fremført betænkeligheder mod at udstrække diskriminationsforbudet til at være gældende generelt for private virksomheder.⁵⁵⁾ Med EF-domstolens afgørelse i sag nr. C-281/98, *Angonese*, er det imidlertid nu blevet slået fast, at forbudet mod forskelsbehandling af borgere og selskaber under henvisning til nationalitet, også gælder generelt for private virksomheder:

Sag C-281/98: Sagen vedrørte Roman Angonese, der havde ansøgt om deltagelse i en udvælgelsesprøve med henblik på ansættelse i et privat italiensk pengeinstitut i provinsen Bolzano. Pengeinstituttet krævede, at alle deltagerne i udvælgelsesprøven skulle fremlægge en særlig attest for tosprogethed, som udstedes af den offentlige forvaltning i Bolzano. Pengeinstituttet nægtede Angonese, der ikke var i besiddelse af en sådan sprogattest, adgang til udvælgelsesprøven, og Angonese indbragte sagen for en lokal domstol.

EF-domstolen bemærkede, at princippet om forbud mod forskelsbehandling i artikel 48 EF er formuleret i almindelige vendinger. Domstolen har i tidligere sager fastslået, at den omstændighed, at visse af traktatens bestemmelser formelt er rettet til medlemsstaterne, ikke udelukker, at der samtidig tillægges de privatpersoner rettigheder, som har interesse i overholdelse af de traktatsikrede rettigheder. Herefter konkluderede EF-domstolen (præmis 35 og 36):

"Dette resultat må så meget mere gælde for traktatens artikel 48, der opstiller en grundlæggende frihed og er et specielt udtryk for det almindelige forbud mod forskelsbehandling ifølge EF-traktatens artikel 6 (efter ændring nu artikel 12).... Herefter må det antages, at forbudet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, som det er opstillet i artikel 48, også gælder for privatpersoner".

Det må på baggrund af EF-domstolens afgørelse konkluderes, at ikke blot forbudet mod diskrimination af udenlandske arbejdstagere i artikel 48 EF, men

etableringsformer i værtsstaten.

⁵⁴⁾ Jvf. sag 43/75, *Defrenne*, (Saml. 1976, 455, præmis 39), Sag 36/74, *Walrave* (Saml. 1974, 1405, præmis 19), og hertil Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen, EU-retten 1 (1999), s. 184f.

⁵⁵⁾ Se bl.a. Rossi, *Europarecht* 2000, s. 216f.

tillige det generelle forbud mod diskrimination i artikel 12 EF, gælder generelt for private virksomheder i de enkelte medlemsstater. Forbudet gælder således eksempelvis i forbindelse med private virksomheders ansættelse af medarbejdere og i forholdet mellem virksomhedens og dennes medkontrahter.⁵⁶⁾

I selskabsretlig henseende må EF-domstolens afgørelse bl.a. føre til, at et selskabs vedtægter ikke må indeholde bestemmelser, hvorved borgere eller selskaber fra andre EU-stater diskrimineres. Det er således eksempelvis ikke tilladt, at der i et selskabs vedtægter indføres bestemmelser om, at udenlandske statsborgere er afskåret fra at erhverve aktier eller anparten i selskabet eller fra at blive medlemmer af selskabets ledelse.⁵⁷⁾ Det må på baggrund af EF-domstolens afgørelse i sag C-281/98 videre konkluderes, at den prøvelse af lovligheden af foretagne anmeldelser, der foretages ex officio af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, forinden registrering finder sted, for fremtiden skal udstrækkes til at omfatte spørgsmålet om, hvorvidt de indsendte vedtægter indeholder bestemmelser, der udgør en diskrimination af statsborgere fra andre EU-medlemsstater. Således synes anvendelsesområdet for artikel 12 udvidet i ganske betragteligt omfang.

2. Kommissionens initiativer vedrørende fjerde og syvende direktiver

2.1 Overblik over de foreliggende forslag

En række af de forslag til selskabsretlige direktiver, der gennem tiden er blevet fremsat, har ikke kunnet samle tilstrækkelig tilslutning i Ministerrådet. Nogle af de skrinlagte initiativer er helt blevet opgivet, hvilket eksempelvis gælder et tidligere udkast til et direktiv vedrørende likvidation af aktieselskaber og de hidtidige udkast til et niende direktiv vedrørende materiel koncernret. Andre initiativer har derimod været søgt vedtaget gentagne gange af EUs Formandskab i løbet af de sidste to år. Det ser således ud til, at det endeligt skal lykkes at få det trettende direktiv vedrørende overtagelsestilbud vedtaget i Ministerrådet løbet af år 2000. Betydningen heraf må imidlertid ikke overvurderes. Det foreliggende direktivudkast er væsentligt mindre indgribende end de oprinde-

⁵⁶⁾ Se *Forsthoff* EWS 2000, s. 389-397, der betegner afgørelsen som historisk, men som advarer mod en betænkelig indskrænkning af aftalefriheden.

⁵⁷⁾ Jvf. hertil allerede Werlauff & Nørgaard, *Vedtægter og aktionæroverenskomster* (2.udg. 1995), s. 32, men mere forsigtig Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen, *EU-Retten I* (1999), s. 185f, og afvisende over for et generelt forbud mod diskriminerende bestemmelser i selskabs vedtægter, Tore Bråthen, *Personklausuler* (1996), s. 265-268.

lige udkast. Det direktiv, som der er opnået enighed om, er således forlængst "overhalet indenom" af allerede eksisterende lovgivning i de enkelte medlemsstater.⁵⁸⁾ I Danmark førte vedtagelsen af reglerne om overtagelsestilbud til megen debat i forbindelse med den såkaldte Tele-Danmark-sag.⁵⁹⁾ Kun i Tyskland har man hidtil ikke haft regler om overtagelsestilbud, bortset fra særlige regler, der gælder i aftalekoncerner. Der er i løbet af år 2000 fremsat et udkast til en tysk lov om pligtmæssige overtagelsestilbud.⁶⁰⁾

Den materielle koncernret er et af de områder, hvor der er stor forskel på retstilstanden i de enkelte EU-stater. De hidtidige initiativer til et direktiv vedrørende materiel koncernret var stærkt prægede af tysk ret, og de støtте derfor på stor modstand. Der er således ikke udsigt til en harmonisering af den materielle koncernret inden for EU på kort sigt. På lang sigt er imidlertid en harmonisering af i det mindste centrale dele af den materielle koncernret nødvendig for at sikre den fulde udnyttelse af det indre marked og etableringsfriheden for selskaber.⁶¹⁾

Oprindeligt var harmoniseringen af selskabsretten blot tænkt som en forløber for skabelsen af et egentligt supranationalt selskab. Flagskibet i europæisk selskabsret skulle være det supranationale aktieselskab, kaldet SE. De oprindelige forslag til en SE forordning var opbygget som en egentlig aktieselskabslov efter tysk forbillede. Under hensyntagen til diskussionen om bl.a. subsidiaritetsprincippet er de seneste udkast opbygget som rammebestemmelser, der i vidt omfang henviser til national ret. Dette betyder at det europæiske selskab i den foreliggende form ikke længere medfører skabelsen af en egentlig retsenhed, som var et af de væsentlige formål med det europæiske aktieselskab. Et andet væsentligt problem for et supranationalt selskab er, efter hvilken retsordens principper eventuelle huller i reguleringen skal fortolkes. Fortolkningen af en bestemmelse i forordningen om SE må ikke kunne fortolkes forskelligt i to forskellige medlemsstater. Tilsvarende problemer gør sig gældende for de fremlagte forslag til det europæiske anpartsselskab.

⁵⁸⁾ Se hertil nærmere Nis Jul Clausen og Karsten Engsig Sørensen, *Udredning om overtagelsestilbud* (1998).

⁵⁹⁾ Se bl.a. Peer Schaumburg-Müller og Erik Werlauff, *UfR* 1998B, s. 3f, og Nis Jul Clausen og Karsten Engsig Sørensen, *UfR* 1998B, s. 406 ff.

⁶⁰⁾ Se om det af det tyske justitsministerium fremlagte forslag hos Volker Land, *Der Betrieb*, 2000, s. 1747-1755.

⁶¹⁾ Se tilsvarende Hopt, *ZIP* 1998, s. 105 og Søren friis Hansen, *Juridisk Institut, Julebog* 1997, s. 136f, samt Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, *Lærebog i Selskabsret II* (2000), s. 482 ff med henvisninger.

Udkastet til en forordning om det europæiske aktieselskab har gentagne gange i de senere år været sat på dagsordenen af EUs formandskab. I hvert tilfælde er SE-forordningen imidlertid blevet blokeret af Spanien under henvisning til problemer omkring Gibraltar.⁶²⁾

Et væsentligt initiativ, der første gang blev offentliggjort i 1997 er det endnu uofficielle udkast til et fjortende direktiv vedrørende identitetsbevarende nationalitetsskifte.⁶³⁾ Det må forventes, at dette direktiv ikke bliver vedtaget, før end det er lykkedes at få vedtaget forordningen om det europæiske aktieselskab.

2.2 Baggrunden for Kommissionens seneste initiativer på regnskabsområdet

Blandt de væsentligste initiativer inden for EU-selskabsretten, der er på dagsordenen i disse år, hører utvivlsomt de tiltag, som Kommissionen i løbet af år 2000 har bekendtgjort vedrørende det fjerde og det syvende direktiv.⁶⁴⁾ Reglerne vedrørende regnskabsaflæggelse for kapitalselskaber blev allerede tidligt gjort til genstand for harmonisering inden for EF. Kommissionen fremlagde således allerede i november 1971 det første forslag til et direktiv vedrørende årsregnskaber. I 1978 blev det fjerde direktiv vedrørende årsregnskaber vedtaget og 1983 blev det syvende direktiv vedrørende koncernregnskaber vedtaget.⁶⁵⁾ Det er lykkedes at få vedtaget en række ændringer i det fjerde direktiv. Disse ændringer har hovedsageligt vedrørt detaljer i reguleringen. Idet alt væsentligt fremstår det fjerde direktiv således uændret siden dets vedtagelse i 1978.

Medens udviklingen på de internationale markeder var gået stærkt i årene fra 1978 til 1995 var der ikke sket en løbende udvikling af direktiverne. På baggrund af den stigende konkurrence fra navnlig USA, lancerede Kommissionen for første gang i 1995 et forsøg på at løse problemerne vedrørende europæisk regnskabsret. Forslaget gik ud på, at indpasse de internationale regnskabsstandarder i europæisk ret samtidigt med at reglerne for små og

⁶²⁾ Se hertil bl.a. Financial Services Action Plan, Progress Report 1 af 29.11.1999, s. 2f, som er tilgængelig på Kommissionens hjemmeside.

⁶³⁾ Se hertil nærmere Mette Neville og Karsten Engsig Sørensen, NTS 1999:1, s. 37-61, samt senest Hoffmann, ZHR 2000, s. 43-66.

⁶⁴⁾ Jvf. Dokument KOM (2000) 359 af 13. juni 2000, Meddelelse fra Kommissionen til Rådet og Parlamentet; EU's regnskabsstrategi: vejen frem.

⁶⁵⁾ Jvf. direktiv nr. 78/660/EØF, gengivet i EFT L 222 af 14.8.1978, s. 11 ff med senere ændringer, samt direktiv 83/349/EØF, jvf. EFT L nr. 193 af 18.7.1983, s. 1 ff.

mellemstore selskaber blev forenklet i forhold til de gældende regler i fjerde og syvende direktiv.⁶⁶⁾ Den stigende globalisering har medført, at regnskabsregler, der ikke gælder på verdensplan, ikke er attraktive for virksomheder, der opererer på verdensmarkedet.⁶⁷⁾

Det er imidlertid først i løbet af år 2000, at udviklingen i europæisk regnskabsret for alvor er begyndt at tage fart. Den 24. februar 2000 vedtog Kommissionen, således at det fjerde og syvende direktiv skal ændres med henblik på at give hjemmel til aflæggelse af årsregnskaber til dagsværdi, jvf. KOM (2000) 80. Dette initiativ, der bl.a. er begrundet i en tilpasning af regnskabsdirektiverne til de internationale regnskabsstandarter,⁶⁸⁾ må forventes at føre til en et behov for yderligere harmonisering af reglerne for beregning af det disponible beløb ved udbytteudbetaling.⁶⁹⁾ Hertil kommer Kommissionens meddelelse til rådet og Parlamentet af 13. juni 2000.

En væsentlig årsag til Kommissionens initiativer på regnskabsområdet er den stærke konkurrence fra navnlig amerikanske regnskabsregler. Det har længe været fremført, at de gældende regler vedrørende regnskabsaflæggelse inden for EU ikke er tilstrækkelige på verdensplan. Navnlig har det været fremført, at EU sakker bagud i forhold til USA.⁷⁰⁾ Det afgørende gennembrud for kritikerne af EUs regler var sammenslutningen mellem amerikanske Chrysler og det tyske Mercedes Benz AG. I forbindelse med denne sammenslutning måtte Mercedes udarbejde et årsregnskab efter de amerikanske regler. De tyske regnskabsregler har altid båret præg af et stort hensyn til selskabernes kreditorer. Alligevel måtte Mercedes konstatere et drastisk fald i dets egenkapital ved opgørelsen efter de amerikanske regler. Dette ydmygende nederlag for de tyske regler, og dermed tillige indirekte for de europæiske regler, således som disse kommer til udtryk i det fjerde og det syvende direktiv, har for alvor sat fokus på behovet for en tilpasning af de europæiske regler til de internationale regnskabsstandarter.⁷¹⁾

⁶⁶⁾ Jvf. Kommissionens meddelelse KOM 95(508) og hertil Hommelhoff, *RabelsZ* 1998, s. 384f.

⁶⁷⁾ Hertil van Hulle, *ZGR* 2000, s. 543.

⁶⁸⁾ Se W. Busse von Colbe, *ZGR* 2000, s. 656.

⁶⁹⁾ Jvf. van Hulle, *ZGR* 2000, s. 542.

⁷⁰⁾ Jvf. eksempelvis Werlauff, *EU-ret og Menneskeret* 1998, s. 99.

⁷¹⁾ Se Kübler, *ZGR* 2000, s. 551, og Heinrichs, *ZGR* 2000, s. 627f.

2.3 Indholdet af Kommissionens forslag.

Kommissionens meddelelse vedrørende den nye regnskabstrategi bygger videre på Kommissionens strategimeddelelse fra 1995. Hovedformålet med Kommissionens initiativ er at sikre sund regnskabsaflæggele, og at sikre præcis, pålidelig og sammenlignelig information om virksomheders resultater og økonomiske situation. Herved skal det sikres, at virksomhedernes behov for at rejse kapital på de internationale værdipapirmarkeder bliver dækket, idet de eksisterende direktiver ikke er fyldetsgørende nok, idet der er behov for mer dynamiske rammer for regnskabsaflæggele.⁷²⁾

Kommissionen foreslår, at alle virksomheder som er noteret på et reguleret marked skal opstille konsoliderede regnskaber i overensstemmelse med de internationale regnskabsstandarder (IAS). Inden for to år skal dette krav udvides til at omfatte alle virksomheder, der udarbejder prospekter, som skal offentliggøres. Kravet om anvendelse af IAS retter sig alene mod det konsoliderede regnskab, men de enkelte medlemsstater kan foreskrive, at IAS tillige skal anvendes på de individuelle regnskaber, ligesom medlemsstaterne kan udvide pligten til at anvende IAS til at gælde for ikke-børsnoterede selskaber.

Såfremt selskaber skal pålægges en retlig pligt til at aflægge regnskaber i overensstemmelse med IAS, må der skabes det nødvendige retlige grundlag herfor, samt et offentligt tilsyn hermed. Det foreslås derfor, at der oprettes et ilsynsorgan, der skal bestå af to søjler, en politisk og en teknisk.⁷³⁾ Der skal tillige sikres muligheder for at håndhæve de nye standarder.

Kommissionen har lagt en forholdsvis stram tidsplan for implementeringen af den nye strategi. Kommissionen forventer, at der allerede i løbet af år 2000 forelægger et formelt forslag om, at alle børsnoterede selskaber skal udarbejde konsoliderede regnskaber i overensstemmelse med de internationale regnskabsstandarder. Dette krav forventes at træde i kraft i 2005. Der skal i denne forbindelse etableres et overvågningsorgan, der skal overvåge integrationen af de internationale standarder, samt påse, at disse kommer til at være et relevant udgangspunkt for børsnoterede selskabers regnskabsaflæggele i EU. Inden udgangen af 2001 vil Kommissionen fremlægge forslag til en modernisering af regnskabsdirektiverne med henblik på at sikre, at disse kan danne grundlaget for regnskabsaflæggele i alle aktieselskaber.

Kommissionens nye tiltag må grundlæggende hilses velkomne, idet der ubetinget er behov for en modernisering af EUs regnskabsregler. Når der

⁷²⁾ Jvf. KOM (2000) 359, punkt 9 og punkt 12.

⁷³⁾ Jvf. KOM (2000) 359, punkt 19-24.

imidlertid henses til de seneste års erfaringer med udviklingen af EU-selskabsretten, forekommer den af Kommissionen fremlagte tidsplan imidlertid næppe realistisk. Frygten for, at *kommissioonsens relativt vidtgående forslag vil tage lang tid at få gennemført, får yderligere næring, når der henses til den vanskelige fødsel som det eksisterende fjerde direktiv måtte igennem.⁷⁴⁾ Kommissionen anfører som forsvar for den snævre tidsplan, at den søger at opnå så bred tilslutning som mulig til den nye strategi med henblik på at kunne sikre en hurtig implementering af de planlagte forslag.⁷⁵⁾

I Danmark er en grundlæggende reform af årsregnskabsloven fra 1981 undervejs.⁷⁶⁾ Der er i juli 2000 offentliggjort et foreløbigt forslag til en ny årsregnskabslov,⁷⁷⁾ og det forventes, at der fremlægges forslag til en ny årsregnskabslov i første halvdel af år 2001. Selv om det må antages, at en del af de forslag, der tilsyneladende er lagt op til fra kommissionens side, allerede er indarbejdet i det danske forslag, forekommer det u hensigtsmæssigt at gå videre med det danske reformarbejde, før end det nøjagtige indhold af Kommissionens forslag ligger fast. Der er endnu visse uklårheder om, hvad der bliver det nærmere indhold af Kommissionens forslag.⁷⁸⁾ Såfremt man ikke afventer en nærmere beskrivelse af Kommissionens initiativer, risikerer en ny dansk årsregnskabslov at blive forældet allerede ineen den er trådt i kraft.

3. Sammenfatning

3.1 Fordele og ulemper ved harmonisering

Den gennemførte harmonisering af væsentlige dele af de for aktieselskaber gældende regler inden for EU har medført en række væsentlige fordele for europæisk erhvervsliv, herunder bl.a. en væsentlig grad af ensartethed og forudsigelighed i rets anvendelsen i de forskellige stater. Harmonisering af

⁷⁴⁾ Hertil bl.a. Vanessa Edwards, EC-Company Law (1999), s. 117 ff, der beskriver det fjerde direktiv som en lang række kompromisser mellem det kontinentaleuropæiske system og det engelske system.

⁷⁵⁾ Jvf. KOM (2000) 359, punkt 7.

⁷⁶⁾ Regnskabsrådet udgav i marts 1999 en rapport om en reform af årsregnskabslove. Se om reformarbejdet i øvrigt Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Lærebog i Selskabsret II (2000), s. 358f med henvisninger.

⁷⁷⁾ Se Erhvervs- og Selskabsstyrelsens hjemmeside (www.eogs.dk).

⁷⁸⁾ Jvf. bl.a. Luttermann, ZIP 2000, s. 1321.

forskellige landes retsregler medfører imidlertid tillige en række problemer.⁷⁹⁾ I det omfang harmoniseringen sker gennem fastlæggelse minimumsregler, vil de nationale regler i et vist omfang forblive forskellige, hvorved en del af de fordele, som kan opnås ved harmonisering, atter går tabt. Et andet væsentligt problem vedrører de konstaterede vanskeligheder ved at få ændret et vedtaget direktiv. Den forstening af de harmoniserede dele af selskabsretten, der har kunnet konstateres, er uheldig i en tidsalder, hvor globalisering er et nøgleord, og hvor den økonomiske virkelighed, som europæisk erhvervsliv opererer i, undergår hastige ændringer. Navnlig reglerne vedrørende aflæggelse af årsregnskaber har lidt under manglende vilje til reformer og dette er blevet tydeliggjort af konkurrencen fra USA, jvf. hertil ovenfor afsnit 2.

Et centralt spørgsmål for den videre af selskabsretten er, hvorledes subsidiaritetsprincippet skal fortolkes inden for selskabsretten.⁸⁰⁾ Det er givet, at en harmonisering af selskabsretten ikke er nødvendig på alle de områder af selskabsretten, hvor der endnu ikke er gennemført en harmonisering. Afklaring af disse vanskelige spørgsmål er næppe blevet nemmere efter, at der i kølvandet på det danske nej til EUROen fra dansk side er blevet rejst et ønske om en nærmere afgrænsning af Fællesskabets beslutningskompetence i forhold til medlemsstaterne.

3.2 De foreliggende alternativer

Som udgangspunkt står de europæiske lovgivere efter Centros i valget mellem to alternativer. Enten kan de blive enige om en harmonisering, eller også må de leve med fri konkurrence mellem medlemsstaternes retsregler. Ved siden af de to alternativer står en tredje mulig til rådighed, der dog som udgangspunkt ikke står til rådighed for hverken de enkelte medlemsstater eller EU. Der kan ske en harmonisering "nedefra" gennem skabelse af fælles ikke-retligt bindende retningslinier, herunder eksempelvis guidelines eller "codes of best practice" eller "principles".⁸¹⁾ OECD har eksempelvis i 1999 offentliggjort "OECD Principles of Corporate Governance".⁸²⁾ Et eksempel på, at EU søger at integrere disse standarder i den retlige regulering er Kommissionens forsøg på at integrere de internationale regnskabsstandarder i regnskabsdirektiverne,

⁷⁹⁾ Se hertil eksempelvis allerede Kötz, *RabelsZ* 1986, s. 1-18.

⁸⁰⁾ Se eksempelvis Ebke, *RabelsZ* 1998, s. 242.

⁸¹⁾ Se om harmonisering gennem "soft law" eksempelvis Kötz, *RabelsZ* 1986, s. 1-18, Dreher, *JuristenZeitung*, 1999, s. 111f, Ebke, *RabelsZ* 1998, s. 198f, samt Lutter, *ZGR* 2000, s. 17f.

⁸²⁾ Se hertil Siebert, *Die Aktiengesellschaft*, 1999, s. 337-349 samt Skog, *NTS* 1999:3, s. 43-51.

jvf. hertil ovenfor afsnit 2.⁸³⁾ Et sådant forslag rejser imidlertid en række centrale retlige problemstillinger, herunder eksempelvis spørgsmålet om hvorledes det retlige hjemmelsgrundlag for anvendelse af de internationale regnskabsstandarde fastlægges.⁸⁴⁾

Vedtagelsen af forordningen om det europæiske aktieselskab kunne tillige være et alternativ til konkurrence mellem medlemsstaternes lovgivning på det selskabsretlige område. De udkast, der er fremlagt til et SE og et europæisk anpartsselskab, indebærer imidlertid i vidt omfang, at national ret fortsat skal finde anvendelse. Dette sker enten direkte som følge af renvoi-bestemmelser eller indirekte ved fortolkning og udfyldning af reguleringen. Dette betyder at de foreliggende udkast ikke synes egnet til at eliminere konkurrencen mellem de enkelte medlemsstaters lovgivning.⁸⁵⁾

Vedtagelsen af det foreliggende udkast til det fjortende direktiv og dermed en sikring af fuldstændig frihed for de eksisterende selskaber til at skifte nationalitet vil måske kunne mindske behovet for skabelse af et supranationale selskabsformer.⁸⁶⁾ Kommissionen har besluttet, at vedtagelsen af det tiende og det fjortende direktiv afhænger af vedtagelsen af forordningen om det europæiske aktieselskab.⁸⁷⁾ På kort sigt er således vedtagelse af forordningen vedrørende det europæiske aktieselskab en betingelse for yderligere fremskridt i harmoniseringsprocessen.

3.3 EU-selskabsrettens dilemmaer

På lang sigt er det imidlertid indlysende, at der må skabes et grundlag for en mere smidig tilpasning af allerede vedtagne retsakter inden for EU. Dette problem bliver ikke mindre akut, såfremt antallet af medlemsstater forøges drastisk i de kommende år. En række forfattere slår til lyd for, at der etableres et permanent organ, som kan rådgive Kommissionen i selskabsretlige spørgs-

⁸³⁾ Se hertil tillige Ebke, *RabelsZ* 1998, s. 238f.

⁸⁴⁾ Hertil Luttermann, *ZIP* 2000, s. 1320f samt nærmere Kirchhof, *ZGR* 2000, s. 681-692.

⁸⁵⁾ Se tilsvarende Ulrich Ehrlicke, *RabelsZ* 2000, s. 515f og Deckert, *RabelsZ* 2000, s. 483.

⁸⁶⁾ Se diskussionen hos Helms, *Die Europäische Privatgesellschaft* (1998), s. 97-102. Se tillige Deckert, *RabelsZ* 2000, s. 494, der ser Centros-dommen som en faktor, der kan medvirke til, at behovet for supranationale selskaber mindskes.

⁸⁷⁾ Se Beretning fra Kommissionen af 30. maj 2000 vedrørende Status for finansielle tjenesteydelser (anden rapport), KOM(2000)336, s. 18, for en status over fremskridtene inden for det selskabsretlige område.

mål,⁸⁸⁾ og som kan være med til at påpege eventuelle behov for tilpasning af retsakterne.

De problemer, som har hjemsøgt EU-selskabsretten i de seneste år, er sammenfaldende med de generelle problemer, der gør sig gældende inden for EU. Disse problemer er for en væsentlig dels vedkommende af politisk karakter.⁸⁹⁾ Hvis selskaber skal sikres fuld mulighed for at udnytte det indre marked, må en række af de uløste selskabsretlige knaster ryddes af vejen. På trods af diskussionen om subsidiaritet står det klart, at der består et behov for at finde fælleseuropæiske løsninger på en række presserende problemer, herunder i særlig grad behovet for en modernisering af reglerne for regnskabsaflæggelse. Videre fremskridt inden for europæisk selskabsret forudsætter, at der opnås politisk enighed om fællesskabets mål og midler på det selskabsretlige område. Det er min faste overbevisning, at Centrosdommen fra EF-domstolen har åbnet op for et marked for selskabsret og for en fri konkurrence inden for de områder af selskabsretten, som endnu ikke er harmoniseret, jvf. ovenfor afsnit 1.4. På baggrund af den megen diskussion af dommens konsekvenser kan det imidlertid ikke forventes, at dommen får politiske konsekvenser før end EF-domstolen har taget endeligt stilling til det forelagte spørgsmål fra den tyske Bundesgerichtshof.⁹⁰⁾ Dette er beklageligt, for det betyder, at udviklingen af EF-selskabsretten næppe kommer i gang for alvor før gang for i begyndelsen af 2002. Der bortses her fra den ambitiøse tidsplan for Kommissionens initiativer vedrørende regnskabsaflæggelse, der som anført er varslet allerede inden udgangen af år 2000.

På den ene side er der et ubestrideligt behov for yderligere harmonisering af dele af selskabsretten, men på den anden side er der et massivt ønske fra medlemsstaterne om deregulering og om at begrænse EUs reguleringskompetence. Der findes næppe en enkelt løsning på EU-selskabsrettens dilemma. Et første skridt på vejen til en løsning er, at problemet bliver anerkendt i alle medlemsstater. Retsvidenskaben kan ikke skabe den

⁸⁸⁾ Eksempelvis Ebke, RabelsZ 1998, s. 238f og samme FS Großfeld (1999), s. 189 ff, der ligefrem anbefaler et oprettelsen af et "European Law Institute". Se endvidere Deckert, RabelsZ 2000, s. 495.

⁸⁹⁾ Sammenlign Dougan, Common Market Law Review 2000, s. 854, som anfører, at de oprindelige mål med harmonisering inden for EU var at skabe lige vilkår for virksomhederne i det indre marked. Disse mål har imidlertid ifølge Dougan måtte vige for "*a complex system of multi-level governance, characterized by a diversity of policies across the Member States and aimed at accommodating valuable and vulnerable but often variable social interests*".

⁹⁰⁾ Jvf. hertil Karsten Engsig Sørensen, The Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Volume 2 1999 (2000), s. 229, der s. 230 tillige anfører, at "*Centros Ltd carries the potential to revolutionise European Company Law and practice*".

nødvendige politiske vilje til kompromiser. Retsvidenskaben kan derimod gennem komparative analyser af selskabsretten i de enkelte lande og ved at beskrive de eksisterende retlige rammer for selskabers etableringsmuligheder inden for det indre marked skabe grundlaget for de videre politiske drøftelser.⁹¹⁾ En faktor, der uden tvivl vil medføre en stigende bevidsthed omkring EU-selskabsrettens betydning er den generelle tendens til, at nationale domstole i stigende omfang stiller præjudicielle spørgsmål til EF-domstolen, jvf. artikel 234 EF inden for selskabsrettens område.⁹²⁾

3.4 Det nordiske perspektiv

Såfremt spørgsmålet om harmonisering af selskabsretten inden for EU contra konkurrence mellem de enkelte medlemsstaters retssystemer anskues fra et dansk perspektiv, er der ved udgangen af år 2000 ikke megen grund til optimisme. Danmark er således gået i spidsen med et initiativ, hvis reelle formål er at fastholde snævre nationale særinteresser og at opsætte barrierer for udenlandske virksomheders etablering i Danmark. Navnlig må skatteminister Ole Stavads reaktion på Centros-dommen, der er kommet til udtryk ved lov nr. 461 af 31. maj 2000, fremhæves som et ikke særligt vellykket forsøg på at omgå EF-domstolens afgørelse. Denne omgåelse er sket ved, at kravet om mindstekapital flyttes fra selskabsretten til skatteretten. Den danske lov er et pinligt klart eksempel på en generel tendens blandt medlemsstaterne til modvilje og obstruktion mod EU-retten. Såfremt andre medlemsstater måtte falde for fristelsen til at gennemføre lignende protektionistiske tiltag, vil dette alene blive til ulempe for de danske virksomheder, som ønsker at udnytte fordelene ved det indre marked ved at etablere sig i andre medlemsstater.

Såfremt det fra dansk side skønnes uacceptabelt, at selskaber gives mulighed for at operere på dansk område, uden at der i forbindelse med stiftelsen er indbetalt en vis mindste kapital til selskaet i stiftelseslandet, burde

⁹¹⁾ Se hertil Ebke, RabelsZ 1998, s. 242, der konkluderer: *"Die Europäisierung des Gesellschafts- und Unternehmensrechts der Mitgliedstaaten bewegt sich im Spannungsfeld der europäischen Rechtskulturen, zwischen Einheit und Vielfalt, Freiheit und Gleichheit. Erfolg wird ihr nur beschieden sein, wenn es gelingt, auf der Grundlage einer tiefeschürfenden Rechtsvergleichung in der Gemeinschaft eine echte europäische Gesellschafts- und Unternehmensrechtskultur zu entwickeln."*

⁹²⁾ Hertil også Wouters, Common Market Law Review 2000, s. 302.

man i stedet arbejde for, at reglerne vedrørende anpartsselskabers kapital blev inddraget under det andet direktivs regler.⁹³⁾

Et sådant initiativ kunne passende fremsættes i fællesskab med de øvrige nordiske lande. Det er kun realistisk, at de nordiske lande får reel indflydelse på de kommende initiativer, såfremt de gør fælles front under forhandlingerne i EU.⁹⁴⁾ På baggrund af det nære fællesskab mellem de nordiske lande på selskabsrettens område burde det være let at opnå et fælles fodslag, men det nordiske samarbejde på selskabsrettens område har ligget i dvale siden 1973, og der har hidtil ikke været den fornødne politiske vilje til at genoptage dette.

⁹³⁾ Se Schön, ZGR 2000, s. 726, der som alternativ anfører en opgivelse af kapitalreglerne i det andet direktiv. Se tillige Wouters, Common Market Law Review 2000, s. 301, der anfører, at spørgsmålet om regulering af selskabers kapital hører til et fundamentalt spørgsmål, der må underkastes overvejelser på fælleseuropæisk plan.

⁹⁴⁾ Jvf. hertil Søren Friis Hansen i Boel Flodgren og Ruth Nielsen (red.) Rätten (om)kring Øresund (2000), s. 82-85.