

Juridisk Institut

Julebog 2001



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2001

Juridisk Institut – Julebog 2001

1. udgave, 1. oplag

© 2001 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 2001

ISBN 87-574-0788-6

ISSN-1397-6494

Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Lyngbyvej 17

Box 2702

2300 København Ø

Tlf.: 33 13 55 00

Fax: 39 13 55 55

e-mail: fl@djoeef.dk

Homepage: www.djoeef.dk/forlag

Forord

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

Julebog 2001 indeholder ligesom de tidligere Julebøger fra Juridisk Institut artikler skrevet af instituttets videnskabelige medarbejdere med udgangspunkt i deres forskellige fagområder. Instituttet har i igen i år haft en god tilgang af unge forskere, der bidrager til at øge mangesidigheden i instituttets forskningsprofil.

København, oktober 2001

Ruth Nielsen

Indholdsfortegnelse

Når man skal harmonisere aftaleretlig regulering i EU af adjunkt, ph.d. Christina D. Tvarnø	9
Adgang til væsentlige sportsbegivenheder i EU på grænseoverskridende TV, belyst ved en engelsk-dansk konflikt af docent Elisabeth Thuesen	45
Should business benefit from consumer protection? af professor, dr.jur. Ole Lando	67
Internationale kreditaftaler af forskningsassistent cand.merc.jur.Andreas Tamasauskas	91
Privilegerede virksomheder af lektor, ph.d. Ulla Bøegh Neergaard	133
Tag dit glas, min ven af professor Kjeld Hemmingsen	169
“Vertikal eller horisontal retsdannelse” af kandidatstipendiat Kim Østergaard	183
Bankerne og privatkundebeskyttelsen. Udviklingen i 2001 af professor, lic.jur. Lennart Lynge Andersen og af professor Peter Møgelvang-Hansen	233
Like Carrying Water With a Sieve: An Analysis of the New EC Race Discrimination Directive From a Comparative Legal Historical Perspective af lektor, ph.d. Lynn Roseberry	247
Miljø- og sociale hensyn i offentlige kontrakter af professor, dr.jur. Ruth Nielsen.	271
International pensionsbeskatning af professor, dr.jur. Niels Winther-Sørensen	291

Den gensidige aftaleprocedure af forskningsassistent, cand.jur Karin Skov Nilausen	315
Straf i konkurrenceretten af professor, dr.jur. Jens Fejø	337

Når man skal harmonisere aftaleretlig regulering i EU

I et komparativt juridisk og retsøkonomisk perspektiv

Af

Christina D. Tvarnø

1. Indledning

Harmoniseringen af aftaleretten i EU er rykket nærmere efter EU-Kommissionens fremlæggelse af meddelelsen: Europæisk aftaleret KOM (2001) 398. EU-Kommissionens meddelelse sætter fokus på spørgsmålet om, hvorvidt der er behov for at harmonisere reglerne om aftaleindgåelse og i givet fald, hvordan en fællesskabsforanstaltning på det aftaleretlige område skal udformes.¹

¹⁾ At aftaleretten har betydning for grænseoverskridende transaktioner ses ved, at der allerede på nuværende tidspunkt er vedtaget en lang række fællesskabsregler med der formål at regulere aftaleindgåelse i EU. Ifølge KOM (2001) 398, bilag I, er der vedtaget følgende direktiver mv. inden for privatretten og aftaleretten i EU (opregnelsen er ikke udtømmende): Direktiv 1999/44/EF af 25. maj 1999 om visse aspekter af forbrugerkøb og garantier i forbindelse hermed. Direktiv 93/13/EOF af 5. april 1993 om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler. direktiv 90/314/EOF af 13. juni 1990 om pakkerejser, herunder pakkeferier og pakkture. Direktiv 85/577/EOF af 20. december 1985 om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler indgået uden for fast forretningssted. Direktiv 87/102/EOF af 22. december 1986 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser om forbrugerkredit. ændret ved direktiverne 90/88/EOF og 98/7/EF. Direktiv 97/7/EF af 20. maj 1997 om forbrugerbeskyttelse i forbindelse med aftaler vedrørende fjernsalg. Direktiv 94/47/EF af 26. oktober 1994 om beskyttelse af køber i forbindelse med visse aspekter ved kontrakter om brugsret til fast ejendom på timeshare-basis. Direktiv 2000/35/EF af 29. juni 2000 om bekæmpelse af forsinket betaling i handelstransaktioner. Direktiv 97/5/EF af 27. januar 1997 om grænseoverskridende pengeoverførsler. Direktiv 98/26/EF af 19. maj 1998 om endelig afregning i betalingssystemer og værdipapirafviklingssystemer. Direktiv 86/653/EOF af 18. december 1986 om samordning af medlemsstaternes lovgivning om selvstændige handelsagenter. Direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser. Direktiv 85/374/EOF af 25. juli 1985 om tilnærmelse af medlemsstaternes administrativ

I denne artikel tages der, på baggrund af KOM (2001)398, udgangspunkt i, hvorvidt der er behov for at harmonisere de aftaleretlige regler i EU, og formålet med artiklen er *dels* at undersøge, hvorvidt der forekommer nationale aftaleretlige regler, som hindrer grænseoverskridende handel, og *dels* at introducere en metode til at analysere medlemsstaternes nationale aftaleretlige regler, ud fra et komparativt

eller ved lov fastsatte bestemmelser om produktansvar (ændret ved direktiv 1999/34/EF af 10. maj 1999). Direktiv 85/374/EOF af 25. juli 1985 om tilnærmelse af medlemsstaternes administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser om produktansvar (ændret ved direktiv 1999/34/EF af 10. maj 1999). Direktiv 85/374/EOF af 25. juli 1985 om tilnærmelse af medlemsstaternes administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser om produktansvar (ændret ved direktiv 1999/34/EF af 10. maj 1999). Direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked ("Direktivet om elektronisk handel"). Direktiv 1999/93/EF af 13. december 1999 om en fællesskabsramme for elektroniske signaturer. Direktiv 79/267/EOF af 5. marts 1979 om samordning af de administrative og ved lov fastsatte bestemmelser om adgang til og udøvelse af direkte livsforsikringsvirksomhed (første livsforsikringsdirektiv). Direktiv 90/619/EOF af 8. november 1990 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende direkte livsforsikringsvirksomhed, om fastsættelse af bestemmelser, der kan lette den faktiske gennemførelse af den frie udveksling af tjenesteydelser, og om ændring af direktiv 79/267/EOF (andet livsforsikringsdirektiv). Direktiv 92/96/EOF af 10. november 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende direkte livsforsikringsvirksomhed og om ændring af direktiv 79/267/EOF og 90/619/EOF (tredje livsforsikringsdirektiv). Direktiv 92/49/EOF af 18. juni 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende direkte forsikringsvirksomhed bortset fra livsforsikring og om ændring af direktiv 73/239/EOF og 88/357/EOF (tredje skadesforsikringsdirektiv). Direktiv 80/390/EOF af 17. marts 1980 om samordning af kravene ved udarbejdelse af, kontrol med og udsendelse af det prospekt, der skal offentliggøres med henblik på optagelse af værdipapirer til officiel notering på en fondsbørs. Direktiv 89/298/EOF af 17. april 1989 om samordning af kravene ved udarbejdelse af, kontrol med og udstedelse af det prospekt, der skal offentliggøres, når værdipapirer udbydes til offentligheden. Direktiv 93/22/EOF af 10. maj 1993 om investeringsservice i forbindelse med værdipapirer. Direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger. Direktiv 92/100/EOF af 19. november 1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret. Direktiv 93/98/EOF af 29. oktober 1993 om harmonisering af beskyttelsestiden for ophavsret og visse beslægtede rettigheder. Direktiv 91/250/EOF af 14. maj 1991 om retlig beskyttelse af edb-programmer. Direktiv 96/9/EF af 11. marts 1996 om retlig beskyttelse af databaser. Direktiv 93/83/EOF af 27. september 1993 om samordning af visse bestemmelser vedrørende ophavsrettigheder og ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med radio- og tv-udsendelse via satellit og viderebredning pr. kabel. Direktiv 87/54/EOF af 16. december 1986 om retlig beskyttelse af halvlederproduktets topografi. Direktiv 92/50/EOF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler. Direktiv 93/37/EOF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter. Direktiv 89/665/EOF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter som ændret ved direktiv 92/50/EOF.

juridisk og retsøkonomisk² perspektiv. Formålet med at introducere den komparative juridiske og retsøkonomiske metode er, at den med fordel kan anvendes ved en harmonisering af aftalereglerne i EU.

EU-Kommissionen foreslår selv, at komparative studier kan medvirke til at skabe større kendskab om de forskellige reguleringsrammer, der gælder i de nationale medlemsstater³, og endvidere at komparative analyser kan medvirke til at fastlægge en række fælles løsninger for grænseoverskridende kontrakter i form af principper eller regler. Ved i denne sammenhæng ligeledes at inddrage økonomiske perspektiver og sammenholde de økonomiske ræsonnementer med resultatet af den komparative analyse, vil det være muligt at skabe en reguleringsramme, som tager højde for forskelligheden i medlemsstaternes nationale aftaleregler og for de økonomiske incitamenter og de teoretiske økonomiske overvejelser, der er medvirkende til, at der foretages grænseoverskridende samhandel. Ved anvendelsen af en sådan kombineret analyse af såvel jura som økonomi, sikres, at de harmoniserede regler giver den største grad af gennemførelse af det indre markeds økonomiske fundament.⁴

1.1. EU-retten og de aftaleretlige regler mellem to handelsparter⁵

I henhold til EF-Traktaten skal det sikres, at det indre marked kan fungere efter hensigten, og således skal hindringer for den frie bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital fjernes. Dette arbejde er nået så vidt, at de problemer, der nu er tilbage, fremstår tydeligere. Hindringer for den frie bevægelighed medfører at det indre marked ikke er så effektivt som det burde være, og derfor bør disse hindringer fjernes.

²⁾ I artiklen tages udgangspunkt i en kontraktøkonomisk indgangsvinkel i forhold til de aftaleretlige regler i dansk og engelsk ret. Begrebet *retsøkonomisk* er således en metodisk betegnelse for, at der anvendes økonomi til at analysere de juridiske regler, men angiver ikke nærmere, hvilken økonomisk teori, der anvendes i analysen. Se nærmere for denne diskussion nedenfor i afsnit 1.2.1.

³⁾ Se KOM (2001) 398, af 11.7.2001, afsnit 4.2, punkt 52.

⁴⁾ Denne metode er ligeledes anvendelig, hvis man i stedet for egentlig EU-retlig harmonisering af aftaleretten ønsker at introducere en standardkontrakt til grænseoverskridende aftaleindgåelse og handel i EU. Her er det ligeledes vigtigt at indføre de regler, som sikrer grænseoverskridende handel uden hindringer. Af KOM (2001) 398, af 11.7.2001, afsnit 4.2, punkt 56 ses, at EU-Kommissionen ligeledes arbejder med et løsningsforslag i form af ikke bindende standardkontrakter, som vejledning til hvordan grænseoverskridende handel kan løses.

⁵⁾ I denne artikel behandles alene aftaleindgåelse mellem to handlende, og dermed er undtaget de situationer, hvor der indgår en forbruger og en handlede part.

Det er derfor afgørende for effektiviteten af det indre marked, at der i denne fase sættes ind overfor hindringer af samhandlen indenfor bl.a. aftaleretten, hvilket EU-Kommissionen ligeledes gør opmærksom på.⁶ Grænseoverskridende samhandel skal ikke hindres af nationale aftaleretlige regler, og hvis national aftaleregulering opstiller sådanne barrierer, bør disse fjernes. Alene det forhold, at der er forskel på medlemsstaternes aftaleretlige regler, kan bevirke, at der slet ikke finder samhandel sted. Dette skyldes, at det kan være økonomisk uoverskueligt at indgå grænseoverskridende aftaler, bl.a. for små og mellemstore virksomheder.⁷

Det aftaleretlige udgangspunkt i medlemsstaterne er partsautonomi, og virksomheder hjemmehørende i forskellige medlemsstater kan således selv aftale værneting og lovvalg i kontrakten i overensstemmelse med de internationale proces- og privatretlige regler. At der i alle medlemsstaterne gælder, at parterne frit kan vælge de betingelser, der skal gælde for aftalen, eller hvilket lands lov, som skal gælde i tilfælde af en tvist, er dog ikke nødvendigvis en billig affære for små og mellemstore virksomheder, og de forskelligartede regler kan derfor forøge omkostningerne ved grænseoverskridende aftaleindgåelse, hvilket taler for en harmonisering af aftalereglerne.

Hvis en dansk virksomhed i konkurrence med en engelsk virksomhed ønsker at afgive tilbud til en engelsk tilbudsmodtager, vil der ligeledes opstå den situation, at den engelske tilbudsgiver ikke har samme mængde transaktionsomkostninger ved at skulle indgå en aftale med den engelske tilbudsmodtager, som den danske tilbudsgiver har. Dette skyldes, bl.a., at den danske virksomhed skal sætte sig ind i de engelske regler, og måske endda underkaste sig de engelske regler. Dette kan betyde, at den danske virksomhed er nødt til at sætte en højere pris på sine varer, for at få dækket sine transaktionsomkostninger, og dermed er den danske virksomhed ikke i stand til at konkurrere med den engelske tilbudsgiver. Således kan forskellen på de nationale regler bevirke, at grænseoverskridende tilbudsgivning ikke kan konkurrere med national tilbudsgivning, og der opstår hermed en konkurrenceforvridende situation for virksomhederne, hvilket ligeledes taler for en harmonisering af reglerne.⁸

⁶) Ifølge KOM (2001) 398, af 11.7.2001, afsnit 3.2, punkt 26.

⁷) EU-Kommissionen gør opmærksom på, at det kan være tilfældet, at manglende kendskab til aftaleretlige forhold kan være en demotiverende faktor, som afholder virksomheder fra at foretage grænseoverskridende transaktioner, jf. KOM (2001) 398, af 11.7.2001, afsnit 3.2, punkt 30.

⁸) For så vidt angår de internationale handelsforhold har 59 lande i verden på nuværende tidspunkt ratificeret CISG. Ses særligt på CISG del II, skal det bemærkes, at de nordiske lande ikke har ratificeret CISG del II, og at USA, Kina og Singapore har taget specifikt forbehold herfor. Storbritannien, Irland og Portugal har ikke ratificeret CISG. Således vil dette eksempel ikke falde ind under bestemmelserne i CISG.

Harmoniserede regler, som på den ene side skal gælde i grænseoverskridende tilfælde, men på den anden side ikke skal gælde i forbindelse med nationale forhold vil i ovenstående eksempel stadig bevirke, at der gælder ét sæt regler mellem den danske tilbudsgiver og den engelske tilbudsmottager, hvorimod der gælder et andet sæt regler mellem den engelske tilbudsgiver og den samme engelske tilbudsmottager. Nu er det så den engelske tilbudsmottager, der påføres øgede omkostninger, fordi denne nu skal forholde sig til to sæt regler, når han skal vurdere hvilket tilbud, der er det bedste. Således taler tilbudsmottagerens forhold, ved grænseoverskridende handel, ligeledes for en harmonisering af reglerne.

De nationale aftaleretlige regler, der gælder i medlemsstaterne, er for de flestes vedkommende baseret på en mere end hundrede år gammel retstradition, der, selv om samhandlen er betydeligt ændret og mere globaliseret, stadig anvendes i dag. Civil law, herunder dansk ret, bygger på skrevne lovregler, med fundament i denne retstradition, modsat Common Law, der stadig holder fast i præjudikater, for så vidt angår det aftaleretlige retsområde. Hvis man sammenligner samfundet og den almindelige handel i dag med forholdene igennem de sidste århundreder, kan dette godt i sig selv tale for, at man ser nærmere på, hvorvidt der er forhold i den nationale aftaleret, som eventuelt bør ændres. Hvis det, af en sådan analyse af reglerne, vil fremgå, at der er forhold, som eventuelt bør ændres, så kan en harmonisering af både nationale og grænseoverskridende forhold retfærdiggøres ud fra et EU-retligt og handelsmæssigt synspunkt, illustreret ved ovenstående eksempel mellem en dansk tilbudsgiver, engelsk tilbudsgiver og engelsk tilbudsmottager.

Ved at foretage en komparativ juridisk analyse af medlemsstaternes aftaleretlige regler, sammenholdt med en retsøkonomisk analyse, vil anvendelsen af denne metode kunne sikre, at man kender reglernes påvirkning af parternes økonomiske incitament, samt de økonomiske handels- og markedsmæssige forhold, og dermed reelt har mulighed for at vælge de regler, som fjerner flest barrierer for den frie bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapitel.

Denne artikel skal ved hjælp af et aftaleretligt eksempel illustrere, hvorledes en komparativ juridisk og kontraktøkonomisk analyse kan bidrage til en harmonisering af reglerne for aftaleindgåelse i EU.⁹ Først foretages en diskussion af samspillet mellem aftaleretten og kontraktøkonomien, dernæst en definition af komparativ retsøkonomi. Efterfølgende redegøres for løfteteorien i dansk ret og overenskomstteorien i common law, som dernæst underkastes en kontraktøkonomisk analyse, for at klarlægge, hvilke økonomiske incitament reglerne i dansk og engelsk ret medfører for parterne.

⁹⁾ For så vidt angår analysen i artiklen, er denne koncentreret omkring aftaleindgåelse mellem handlende. Forbruger aftaler indgår dermed ikke i analysen, men nævnes, hvor de har betydning.

1.2. Samspillet mellem aftaleretten og kontraktøkonomi

En aftale er en specifikation af den aktivitet og de forpligtelser, som parterne i et aftaleforhold formodes at foretage og opfylde i en given periode, og indholdet af aftalen angiver de betingelser, som disse forhold er underkastet. For at der kan indgås en aftale, er det nødvendigt, at parterne foretager en række handlinger, der binder dem juridisk, hvilket indbefatter afgivelse af tilbud og accept. Parterne har interesse i, at modparten holder sin del af aftalen, og hvis den anden part ikke opfylder, at kunne rejse et krav om erstatning for et eventuelt tab.

Aftaleindgåelse har foregået længe inden der blev lavet egentlige regler til at regulere aftaleforholdet. Aftaler blev indgået grundet parternes økonomiske incitamenter. Aftalereglerne, og den retspraksis, der ligger før for den skrevne regulering, er derfor opstået på grund af økonomiske transaktioner, og de regler vi har i dag er derfor funderet i økonomiske handlinger, der kan forklares ud fra økonomisk teori, hvilket igen retfærdiggør, at økonomiske betragtninger derfor har betydning i en analyse af en aftaleretlig problemstilling, grundet den kommercielle aftales sammenhæng med parternes økonomiske forhold.

Således indgås aftaler overvejende med økonomisk gevinst for øje, og parternes individuelle økonomiske overvejelser får dermed også betydning for aftalens indhold. Disse overvejelser kan forklares ud fra økonomisk teori, og forholdet mellem aftaleparterne kan endvidere forklares ved hjælp af kontraktøkonomiske teorier. Hermed hænger økonomisk teori og aftaleretten unægtelig sammen, hvilket understøtter, at der anvendes kontraktøkonomiske redskaber i forbindelse med fastsættelse af aftaleretlige regler.¹⁰

Bygger gældende ret på retssædvane, da bygger gældende ret ligeledes på forholdet mellem parterne, som i en vis udstrækning kan forklares ved økonomisk adfærdsteori, som igen forklares i bl.a. rets- og kontraktøkonomien. Herved kan den økonomiske faktor anvendes ved en pluralistisk tilgang til en analyse af reguleringen af aftaleindgåelse.¹¹

Flerheden i retskildelæren har betydning for anvendelsen af økonomisk teori, og netop grundet aftalereguleringens opståen på baggrund af sædvane er det muligt at anvende en pluralistisk indgangsvinkel, hvor en større flerhed af retskildefaktorer

¹⁰⁾ Se Mads Bryde Andersen, *Praktisk aftaleret*, 1995, Christian Ejlers' Forlag, s. 52-54, til støtte for dette synspunkt.

¹¹⁾ Hvis man antager, at parterne, grundet asymmetrisk information, er begrænsede rationelle og foretager opportunistiske handlinger, kan dette ligeledes have et forklaringsmæssigt islæt i forhold til, hvordan en regel påvirker aftaleparterne.

kan tages med i analysen.¹² Ved inddragelsen af økonomisk teori foretages således en mere metodisk behandling af forholdet mellem positivistiske, hermeneutiske og naturretlige sonderinger og disses indflydelsen på retten¹³, og da aftaleretten, som nævnt ovenfor, er funderet i økonomiske forhold, begrundes dette anvendelsen af en analyse af parternes økonomiske adfærd og de økonomiske incitamenter forskellige regler medfører, hvis der skal foretages en harmonisering af aftaleretten i EU.

Forskellige aftaleretlige regler mellem handlende, som indgår aftaler med gevinst for øje, kan medvirke til en forøgelse af de transaktionsomkostninger,¹⁴ som parterne står overfor, når aftalen skal indgås. Inden parterne indgår aftalen, vil parterne foretage en række tiltag, i form af undersøgelse af markedet, finde modparten og andre transaktioner, som slutteligt er medvirkende til, at de to parter kan indlede aftaleindgåelsen. Ud over udgifter til information, er der forbundet transaktionsomkostninger med at indgå aftalen, dette kan være møder, men også udarbejdelse af tilbud og accept, vilkår til aftalen, forhandling, mv.

I grænseoverskridende tilfælde vil der endvidere være forbundet transaktionsomkostninger ved at vurdere og acceptere, at aftalen er underlagt reglerne i en anden medlemsstat, og i en tvistsituation, vil der være forskel på transaktionsomkostningerne for henholdsvis den part, hvis lands regler gælder for aftalen og den part som skal føre en eventuel retssag ud fra reglerne i en anden medlemsstat.¹⁵

Mængden af parternes transaktionsomkostninger ved aftaleindgåelsen kan anvendes til at forklare reglerne økonomiske implikationer for aftaleparterne i grænseoverskridende handelsforhold. Det afgørende er, at parterne stilles optimalt med hensyn til mængden af transaktionsomkostninger ved aftaleindgåelsen, og her får den komparative juridiske og retsøkonomiske metode sin berettigelse, da der er tale om forskellige nationale reglers påvirkning af økonomiske aktører i det indre marked.¹⁶ Derfor anvendes denne metode, til at forklare, ud fra et simpelt eksempel

¹²⁾ Se Ruth Nielsen & Paul Krüger Andersen, Retsøkonomi og retskildelære, UfR 1998.477

¹³⁾ Se Jan Fridthjof Bernt & David Doublet, Vitenskapsfilosofi for jurister, en innføring, Bergen 1998.

¹⁴⁾ For en nærmere definition af begrebet transaktionsomkostninger, henvises til Oliver E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, New York, 1985, The Free Press. Transaktionsomkostningsteorien er ikke direkte anvendt i artiklens økonomiske analyse, og bliver derfor ikke defineret nærmere her.

¹⁵⁾ Det fremgår, af KOM (2001) 398, af 11.7.2001, afsnit 3.2, punkt 31, at EU-Kommissionen ligeledes ser en række forhold, som i grænseoverskridende tilfælde vil resultere i en forøgelse af transaktionsomkostningerne for parterne, hvis de aftaleretlige regler er forskellige. EU-Kommissionen nævner ligeledes nævnte problemstilling i forbindelse med standardkontrakter.

¹⁶⁾ Der er forskel på, hvordan man vil løse en problemstilling afhængigt af, om man betragter problemstillingen ud fra en juridisk synsvinkel eller ud fra økonomisk teori. Ronald Coase har i *The Problem of the Social Cost*, 1960, *Journal of law and economics*, vol. 3, s. 1-44,

om afgivelse af tilbud og accept, hvilke regler, der bør harmoniseres i EU, når valget står mellem de danske og de engelske regler om afgivelse af tilbud og accept.

diskuteret denne forskel, hvilket efterfølgende er blevet defineret som Coase teoremet, fortolket af en lang række forfattere. En simpel forklaring på Coase teoremet kan gives ved et eksempel på, hvordan et problem bliver løst forskelligt, afhængigt af hvorvidt indgangsvinklen er juridisk eller økonomisk.

Eksemplet omfatter to bønder, en bonde, som alene holder kvæg, der græsser på denne bondes jord, og en bonde, som dels dyrker korn på sin jord samt har noget af sin jord uopdyrket. De to bonders jord støder op til hinanden. Der er intet hegn mellem de to jorde, men ingen af de to bønder er i tvivl om, hvor skellet går. Fra tid til anden krydser kvæget dette skel, og ødelægger kornbondens korn, hvilket medfører et tab for kornbonden.

Parterne kan selv løse dette problem ved at forhandle med hinanden, eller også kan retsreglerne løse tvisten mellem parterne.

Retssystemet kan opstille to alternative lovregler: *Enten* at det er kvægbonden, som er ansvarlig for at holde sit kvæg *inden* for hans egen jord, og at han derfor skal betale erstatning for den anden bondes tab, *eller* at det er kornbonden, som er ansvarlig for at holde kvæget *ude* fra sin jord, og at der derfor er denne bonde selv, der skal afholde de omkostninger, der er forbundet med at kvæget spiser af kornet.

Den første regel medfører, at kvægbonden for at reducere sine omkostninger må bygge et hegn omkring sin jord, så kvæget ikke kommer ind til kornbonden – eller reducere antallet af kvæg, hvilket ligeledes reducerer mængden af korn, som bliver spist.

Den anden regel medfører, at kornbonden selv afholde det tab, som er forbundet med at kvæget spiser kornet, og at han derfor for at reducere tabet, er nødt til at opstille et hegn omkring sit korn.

Hvis tvisten skal løses ud fra en juridisk synsvinkel, vil der være nærliggende at anlægge en retfærdigheds- eller rimelighedsbetragtning, hvorefter den part, som medfører tabet skal yde erstatning til den anden part, således at kvægbonden erstatter kornbondens tab.

Hvis tvisten i stedet løses ud fra et efficienskriterie, så anvendes, i modsætning til retfærdigheds- eller rimelighedskriteriet, antagelsen om, at parterne vil optimere det samlede afkast ved situationen. Hvis de to bønder slog deres gårde og jord sammen, hvad ville de så gøre. Det mest optimale ville i denne situation være, at bygge et hegn omkring kornet og ikke omkring græsområderne, da det vil være billigere at sætte et hegn omkring det mindste område, hvilket er kornet.

Uanset at den juridiske løsning angiver, at heget skal sættes omkring kvægbondens jord, så ville parterne selv være optimalt stillet ved at sætte heget omkring kornet. Den juridiske løsning er derfor inefficent, da den leder til en *ikke* optimal løsning. Se nærmere Cooter & Ulen, *Law and Economics*, 2. udg., Addison-Wesley, s. 79-80.

Eksemplet illustrerer forskellen på den juridiske løsning og den efficiente løsning, og derfor understreget dette eksempel værdien af anvendelsen af økonomisk teori, ved vurderingen af eksisterende lovregler og eventuelt ved indførelsen af nye lovregler, og det er formålet med denne artikel, at foretage denne vurdering af en aftaleretlig regel ud fra økonomisk teori

1.2.1. Den komparative juridiske og retsøkonomiske metode

Ved at anvende den komparative juridiske og retsøkonomiske metode¹⁷ opnås således, at der ved analysen af en given retsregel tages højde for såvel det retsdogmatiske, som det økonomiske resultat, en regel medfører.

Den komparative juridiske og retsøkonomiske analyse er således 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.¹⁸ Interaktionen mellem disse to discipliner blev introduceret i den sidste del af 1990'erne.¹⁹

Anvendes den komparative juridiske og retsøkonomiske metode er det muligt at supplere den komparative juridiske analyse med økonomisk teori, hvilket er en fordel dels i situationer, hvor reglerne har til formål at regulere økonomisk aktivitet, og dels til forståelse af de økonomiske implikationer for parterne, som forekommer ved forskellige aftaleretlige regelsæt mellem handlende.²⁰

Ved at foretage en komparativ analyse af en aftaleretlig regel i to medlemsstater i EU, og sammenholde den komparative juridiske analyse med en retsøkonomisk analyse af aftalereglerne, vil interaktionen mellem de to discipliner give et væsentligt bidrag til en EU-retlig løsning i form af harmonisering af aftalereglerne.

Det afgørende i denne sammenhæng er, at den komparative juridiske analyse bidrager med de lege lata. Den retsøkonomiske analyse kan i forbindelse med de lege ferenda illustrere, hvordan reglerne indvirker på aftaleparternes handlemåde, og dermed på samhandlen i det indre marked. I forbindelse med harmonisering af regler i EU er kombinationen mellem den retsdogmatiske metode, den

¹⁷⁾ En retsøkonomisk analyse skal her forstås som en direkte oversættelse af det engelske begreb "*law and economics*". "*Law and economics*" er en rent økonomisk disciplin. Anvendes således en *law and economics*-analyse bruges alene økonomiske metoder og teorier til at behandle en juridisk regel. Se for samme definition Agnete Raaschou-Nielsen og Nicolai Juul Foss, *Indledning til rets- og kontraktsøkonomi*, 1997, Gad Jura, s. 10.

Law and Economics er således et økonomisk metodebegreb, som anvendes til at samle en række økonomiske teorier, som vurderer en given retsregel. Dette er f.eks. kontraktsøkonomi, pristeori, finansieringsteori og velfærdsøkonomi. Se også Thomas Riis, *Ophavsret og retsøkonomi*, *Immaterielle goder i kulturokonomisk belysning*, 1996, Gad Jura, s. 23.

¹⁸⁾ Når betegnelsen *retsøkonomi* anvendes i det følgende henvises til ovenstående definition.

¹⁹⁾ Den engelske betegnelse for komparativ juridisk og retsøkonomisk analyse er "*comparative law and economics*" i henhold til Ugo Mattei, *Comparative Law and Economic*, 1. Ed, The University of Michigan Press, Preface.

²⁰⁾ Se for anvendelsen af den komparative retsøkonomiske metode; Ph.D.-afhandling af Christina D. Tvarnø, *Skattemæssigt underskud i selskaber i EU*, DJOF, 2001 samt Christina D. Tvarnø, *Anvendelsen af den komparative retsøkonomiske metode – et skatteretligt eksempel*, Julebog 2000, Red. Ruth Nielsen, DJOF, s. 81.

retsøkonomiske teori og den komparative juridiske metode af væsentlig betydning. Ved anvendelsen af den komparative juridiske og retsøkonomiske metode er det muligt at tilpasse de aftaleretlige regler til grænseoverskridende parter økonomiske behov, hvilket er grundlæggende for et effektivt indre marked, med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelse og kapital.

Ved anvendelsen af *den komparative juridiske og retsøkonomiske metode* foretages således først en juridisk analyse af de aftaleretlige regler, hvorefter retsøkonomien anvendes til at forudsige, hvilke implikationer en given aftaleretlig regel vil have for parterne, og dermed anvendes den økonomiske teori som et supplement til den juridiske analyse.²¹

Hvis de aftaleretlige regler i medlemsstaterne er til hinder for, at det indre marked kan fungere tilfredsstillende i grænseoverskridende forhold, kan det være nødvendigt at udarbejde et egentlig harmoniseringstiltag. I denne fase er anvendelsen af den komparative juridiske og retsøkonomiske metode særlig fordelagtig. Dette skyldes *dels*, at det indre marked skal opfylde en række markedsøkonomiske forudsætninger, *dels* at de aftaleretlige regler skal regulere aftaler mellem parter, som agerer ud fra økonomiske incitamenter og profitmaksimerende adfærd. Da resultatet af harmoniseringen af aftaleretten således skal regulere parternes økonomiske forhold og incitamenter, bør anvendelsen af økonomisk teori ligeledes indgå i det lovforberedende arbejde.²²

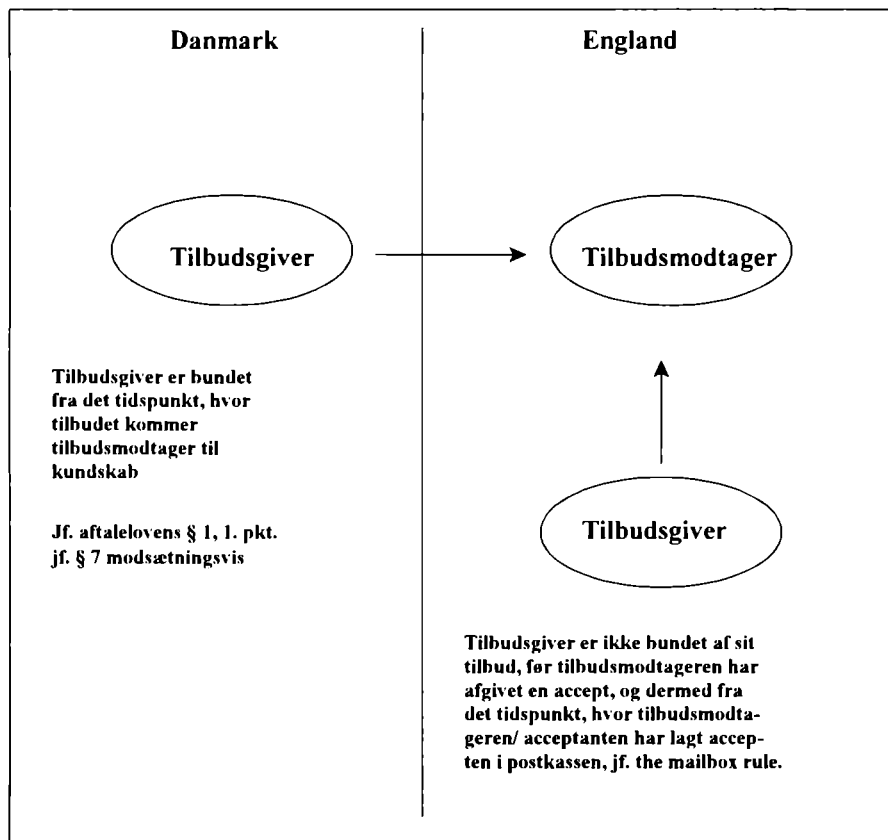
EU-Kommissionen har bl.a. til formål med KOM (2001) 398, af 11.7.2001, at indsamle forslag til hvordan en harmonisering af de aftaleretlige regler kan udformes, hvis det er tilfældet, at reglerne opstiller hindringer for den frie bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital. Den komparative juridiske og retsøkonomiske metode kan være et bidrag i denne fase, da metoden angiver, hvordan man, ved valg mellem forskellige alternative regler, sikrer sig, at man vælger den aftaleretlige regel, som i størst mulig udstrækning giver de bedste betingelser for grænseoverskridende samhandel og dermed er bedst til at sikre gennemførelsen af det indre marked.

²¹⁾ Det skal hertil bemærkes, at *den komparative juridiske og retsøkonomiske metode* opfylder såvel kravene i den juridiske metode som de metodiske krav i den kontraktøkonomiske analyse. Således anvendes såvel jura og økonomi uden at skulle tilpasses i forhold til den polycentriske indgangsvinkel.

²²⁾ Som det har været tilfældet ved udarbejdelsen af f.eks. de konkurrenceretlige regler i EU.

2. Grænseoverskridende problemstilling og den komparative juridiske analyse af dansk ret og Common law

Nedenstående eksempel angiver, hvorledes reglerne for tilbud og accept i forbindelse med indgåelse af grænseoverskridende aftaler i handelsforhold, kan indvirke på samhandlen mellem en dansk og en engelsk aftalepart, og dermed på gennemførelsen af det indre marked.



Forskelligheden i de nationale regler om aftaleindgåelse skal ses i sammenhæng med gennemførelsen af det indre marked, og hvorvidt aftalereglerne er til hinder for den frie bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital. Forskellige aftaleregler kan som tidligere nævnt virke svækkende på interessen for at foretage grænseoverskridende transaktioner, og de kan fordyre sådanne transaktioner.²³

²³⁾ Se også KOM (2001) 398, afsnit 3.2, punkt 30.

I ovenstående situation er den danske tilbudsgiver, under forudsætning af at intet andet er aftalt, bundet af sit tilbud inden for en nærmere specificeret tidsfrist, jf. aftalelovens § 1, 1. pkt. og § 2, eller indenfor rimelig tid, hvis der ikke er angivet en frist for antagende svar i det afgivne tilbud, jf. § 3, stk. 1. Den danske tilbudsgiver kan ikke efter at have afgivet dette tilbud, disponere til anden side, og tilbagekalde tilbudet. En tilbagekaldelse af tilbudet skal senest ske inden eller samtidig med, at tilbudet er kommet tilbudsmodtageren til kundskab, jf. § 7.²⁴

I eksemplet ønsker den danske tilbudsgiver at indgå en grænseoverskridende aftale med en engelsk tilbudsmodtager, der som udgangspunkt er underlagt de engelske regler om aftaleindgåelse. Der vil være en formodning for, at det, efter de internationale privatretlige regler, vil være dansk ret, som skal fortolke og udfylde en eventuel aftale mellem de to parter, hvilket yderligere må anses for sandsynligt, hvis den danske tilbudsgiver endvidere er sælger.²⁵

Den engelske tilbudsgiver er derimod underlagt de samme regler som den engelske tilbudsmodtager, og her er ikke tale om et grænseoverskridende forhold. Parterne er bekendt med reglerne, og internationale privatretlige regler er uden betydning. Den engelske tilbudsgiver er som udgangspunkt ikke bundet af sit tilbud, selv om der er angivet en frist, hvorved tilbudet reelt kan tilbagekaldes inden fristens udløb. Herved kan den engelske tilbudsmodtager foretage dispositioner til anden side, og er ikke bundet af tilbudsmodtageren.²⁶

Den engelske tilbudsmodtager modtager nu to tilbud, henholdsvis fra en dansk tilbudsgiver og fra en engelsk tilbudsgiver. Tilbudet fra den danske tilbudsgiver er bindende i en periode, hvorimod tilbudet fra den engelske tilbudsgiver kan tilbagekaldes. Tilbudsmodtageren kan derfor undersøge det engelske tilbud og vente med besvarelsen af det danske tilbud.

Den engelske tilbudsgiver er dermed stillet i en situation, at han får svar først, samtidig med at han selv kan disponere til anden side. Den danske tilbudsgiver kan blot vente. Således er den danske tilbudsgiver ikke alene involveret i en grænseoverskridende aftaleindgåelse på et fremmed marked, men er også stillet dårligere i konkurrence med en engelsk tilbudsgiver. Endvidere er det sandsynligt, at det forhold at det er dansk ret, der vil gælde for aftalen, vil være et problem, set i sammenhæng med, at tilbudsmodtageren, hvis han indgår aftale med den engelske tilbudsgiver, i stedet for dansk ret skal anvende engelsk ret.

²⁴⁾ Se nærmere de danske regler i afsnit 2.1. nedenfor.

²⁵⁾ Det vil være hovedreglen efter såvel Haagerkonventionen (implementeret i dansk ret) og Romkonventionen (som anvendes i engelsk ret), og således vil dansk ret anvendes i dette tilfælde, uanset om sagen anlægges i Danmark eller i England.

²⁶⁾ Se nærmere de engelske regler i afsnit 2.2. nedenfor.

Denne situation mellem de tre handlende er ikke i overensstemmelse med formålet med det indre marked og retten til fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital. Afgivelsen af tilbudet medfører, at parterne ikke er stillet ens ud fra en konkurrencemæssig synsvinkel, men derudover bevirker forskellen mellem de danske regler og de engelske regler, at den danske tilbudsgivers risiko er større i forhold til den engelske tilbudsgivers risiko.

Forskellen mellem de danske og engelske regler for afgivelse af tilbud skal derfor nærmere analyseres ud fra en komparativ juridisk analyse nedenfor i afsnit 2.1 og 2.2, og de økonomiske implikationer af reglerne analyseres i afsnit 4, med henblik på at vurdere, hvilket regelsæt, der sikrer den højeste grad af efficient regulering af aftaleforholdet, med henblik på en harmonisering af reglerne for aftaleindgåelse i EU, når valget står mellem dansk og engelsk ret.

2.1. Dansk aftaleret og løfteteorien

Hovedreglen i dansk ret er, at løfter har en forpligtende evne, hvilket fremgår af Danske Lov 5-1-1, hvorefter aftaler og løfter skal holdes. Således skaber løftet en fordring om en fremtidig ydelse, som medfører, at der er behov for en sikkerhed for, at løftet og dermed aftalen er retlig forpligtende.²⁷

Aftaler og retshandler kan defineres ud fra betegnelsen private retsstiftende viljeserklæringer. Ved begrebet retsstiftende forstås nærmere, at parterne forandre, skifter eller ophæver en rettighed eller et privat retsforhold. Ved viljeserklæringer forstås, at erklæringen, efter sit indhold har til formål at fremkalde den pågældende viljeserklæring. En viljeserklæring er *dels* rene løfter, *dels* erklæringer, der både er løfte og påbud, *dels* rene påbud. Et løfte er bindende for afgiveren, dette er f.eks. et tilbud, og et påbud er bindende for modtageren, dette er f.eks. en accept af et tilbud. Løfter forekommer primært som led i aftaler, hvor en aftale kan defineres som en viljeserklæring mellem parter, tilbud og accept²⁸, i gensidigt bebyrdende forhold mellem parterne.²⁹

²⁷⁾ Se også Ussing, Aftaler, GAD, 1950, s. 17. I henhold til aftalelovens § 1, 2. pkt. er §§ 2-9 deklatoriske, og finder således kun anvendelse, såfremt ikke andet følger af tilbudet eller svaret eller af handelsbrug eller anden sædvane. Efter aftalelovens § 1, 2. pkt. gælder dog ikke, at reglerne i aftalelovens §§ 2-9 altid fortrænges af handelsbrug og sædvane, se nærmere Ussing, Aftaler, GAD, 1950, s. 437. Det skal dog kort nævnes her, at det afgøres efter almindelige retsgrundsætninger, under hvilke betingelser sædvane og handelsbrug lægges til grund.

²⁸⁾ Som udgangspunkt analyseres ikke det forhold, at den ene part afgiver en opfordring til tilbud i henhold til aftalelovens § 9, men reglen anvendes dog i forbindelse med angivelsen af, hvorledes tilbudsgiver kan undgå at være bundet.

²⁹⁾ Se også Ussing, Aftaler, GAD, 1950, s. 7.

2.1.1. Afgivelse af tilbud og løfteteorien³⁰

Løfteteorien er udgangspunktet i dansk ret, og i dette afsnit redegøres for et tilbuds bindende virkning i henhold til reglerne i aftaleloven.

Aftaleloven³¹ foretager ikke en nærmere definition af *tilbud*, men fastlægger ifølge § 1, 1. pkt., at tilbud og accept er bindende for afgiveren. Ussings definition af et tilbud er, ”at forstaa et Lofte, som tabet sin Retsvirkning, hvis Løftet ikke bliver antaget (godtaget) i rette tid.”³² En viljeserklæring i form af enten tilbud eller accept kan være både skriftlige dokumenter, som almindelige papirudgaver, e-mails, internet transaktioner, men også mundtlige erklæringer og handlinger, f.eks. ved anvendelse af kreditkort, billetkøb i automater og andre former for møntindkast, og der er således intet formkrav til viljeserklæringen.³³ I henhold til aftaleloven forudsættes, at en aftale består af *et tilbud* og *en accept*. Ved fremsættelsen af et tilbud, bliver tilbudsgiveren således bundet af viljeserklæringen, hvorimod tilbudsmotageren, og hermed eventuelt acceptanten, først bliver bundet fra det tidspunkt, hvor accepten er kommet til kundskab.

2.1.1.1 Løfteteorien

Som det fremgår af reglen i aftalelovens § 1, 1. pkt. bliver tilbudsgiver bundet af sit tilbud fra det øjeblik tilbudet kommer tilbudsmotageren til kundskab, jf. aftalelovens § 7 modsætningsvis. Således bliver tilbudsgiveren bundet før tilbudsmotageren. Tilbudsgiveren forpligtes af sit tilbud i perioden indtil fristen for tilbudet udløber, eller i henhold til aftalelovens § 3, hvis der ingen frist er angivet i tilbudet, inden rimelig tid, nærmere indenfor udløbet af det tidsrum, som ved tilbudets afgivelse af tilbudsmotageren kunne påregnes at ville medgå. Tilbudsmotageren bliver derimod først forpligtet og dermed bundet af aftalen fra det tidspunkt, hvor accepten kommer tilbudsgiveren til kundskab, jf. § 1, 1. pkt., jf. § 7 modsætningsvis. Dette forhold karakteriserer løfteteorien.³⁴

³⁰⁾ I artiklen analyseres alene tilbudets bindende virkning, og ikke samme forhold ved afgivelse af accept.

³¹⁾ Aftaleloven, lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område, lov nr. 242, af 8. maj 1917, herefter i henhold til lovbekendtgørelse 1996-08-26 nr. 781.

³²⁾ Se Ussing, Aftaler, 1950, GAD, s. 29.

³³⁾ Mads Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret, 1997, Christian Ejlers' Forlag, s. 165 ff.

³⁴⁾ Tilbagekaldelsen af et tilbud kan efter re integra-reglen i aftalelovens § 39, 2. pkt. tilbagekaldes, hvis det vil forekomme urimeligt at gennemtvinge løftet, og der foreligger særlige grunde til tilbagekaldelsen, samt at løftet ikke endnu har virket bestemmende på løftemotageren. Se nærmere for dette forhold, Mads Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret. Dog er det kun ganske få afgørelser med anvendelsen af § 39, 2. pkt., der føres frem til afgørelse ved domstolene, og sagernes udfald får karakter af et konkret rimelighedsskøn,

I henhold til bemærkningerne til udkast til lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område ses, at løfteprincippet blev indført i aftaleloven i overensstemmelse med, hvad der for længst var anerkendt i teori og praksis i Danmark. Løftet var (hvilket også på daværende tidspunkt gjaldt i de to andre nordiske lande, Sverige og Norge samt i Tyskland, Schweiz og Østrig) forpligtende efter de i de efterfølgende paragrafer nærmere angivne regler.

Af bemærkningerne fremgår endvidere, at på tidspunktet for lovudkastets fremsættelse anvendte man i Frankrig, Italien, England og USA overenskomstprincippet, ”hvorefter ret stiftes ved to overensstemmende Viljeserklæringer, Tilbud og Akcept, i forening, saa at Tilbud kan tilbagekaldes, saalænge det ikke er antaget.”

Det blev i bemærkningerne til lovudkastet påpeget, at løfte teorien utvivlsomt stemte overens med begge parter interesser. Dette skyldtes, at løftemodtageren kunne foretage de fornødne undersøgelser og overvejelser, uden at frygte, at tilbudsgiveren i mellemtiden ville tilbagekalde tilbudet. Ligeledes ville det være en fordel for tilbudsgiver at være bundet af sit tilbud, idet dette ville forøge tilbudsgivers udsigt til, at hans tilbud ville blive taget under alvorlig overvejelse og accepteret af tilbudsmodtageren.³⁵

Hovedreglen i aftaleloven er således, at tilbudsgiveren er bundet af sit løfte – tilbud – i en periode, hvor tilbudsmodtageren ikke er bundet, og der er herved etableret et *haltende retsforhold (negotium claudicans)*.³⁶

Anvendelsen af løfte teorien medfører således, at tilbudet – og hermed løftet – kan stifte ret uden det er accepteret. Den skandinaviske løfte teori er forskellig fra romersk ret, som har det udgangspunkt, at der skal være mulighed for at tilbudsgiver skal kunne tilbagekalde sit løfte³⁷, hvilket er tilfældet ved anvendelsen af

jf. nærmere om dette Bernhard Gomard, Almindelig kontraktsret, 1996, DJOF, s. 127

³⁵ Ifølge bemærkningerne til lovudkastets § 1, i Udkast til Lov om Aftaler og andre Retshandler paa Formuerettens Område, med tilhørende Bemærkninger, udarbejdet af den ved kgl. Resolutioner af 28de Juni 1901 og 4de Juli 1910 nedsatte Kommission.

³⁶ Se også Lennart Lyngé Andersen og Palle Bo Madsen, Aftaler og mellemmand, 4. udgave, 2001, GAD JURA, s. 39.

³⁷ Se også Jens Skovsbo, Immaterialrets aftaler, fra kontrakt til status i kontraktsretten, DJOF, 2001, s. 45. Vibe Ullbeck, Kontrakters relativitet. Det direkte ansvar i formueretten, Gad Jura, 2000, s. 37, og, Jul Lassen, Obligationsretten, almindelig del, 3. udgave, 1917-1920, s. 28 ff. og Læren om aftaler, 1917, s. 32.

overenskomstprincippet, hvor et tilbud først binder afgiveren, hvis det accepteres³⁸, og indtil da kan tilbuddet således tilbagekaldes.

Før vedtagelsen af aftaleloven var det praksis, at dansk ret ikke fulgte overenskomstprincippet, og aftaleloven fastslog blot denne tidligere praksis, hvorefter det gjaldt, at et tilbud var bindende for afgiveren, og dermed uigenkaldeligt, dog med undtagelse i reglen i § 7.³⁹

Løfteteorien er i henhold til Ussing den regel, som gennemsnitlig er mest i overensstemmelse med parternes interesse og omsætningen i almindelighed. Endvidere argumenterer Ussing for, at netop ved skriftlige indgåede aftaler, hvor parterne ikke mødes med hinanden, har løfteteorien stor betydning for aftaleforholdet.⁴⁰

Formålet med aftalelovens § 1, 1. pkt. er hermed at medvirke til at skabe tryghed for tilbudsmodtageren, hvilket samtidig siges at være i tilbudsgiverens interesse. Dette skyldes i henhold til bemærkningerne til lovforslaget⁴¹, at tilbuddet virker mere seriøst ved anvendelsen af løfteteorien end ved anvendelsen af overenskomstteorien.⁴² Hvis tilbudsmodtagere føler større vished overfor det afgivne tilbud, vil denne investere mere i forundersøgelser, og vil hermed også være villig til at give en højere pris for varen på grund af denne investering. Dette vil ikke være tilfældet, hvis

³⁸⁾ I romanisk retslitteratur udvikledes den lære, at loftet ikke alene skaber ret, og navnlig ikke skaber en fordringsret for adressaten. Efter romanisk ret - og dermed i henhold til overenskomstprincippet - kræves udover tilbuddet også en accept, før der er indgået en bindende aftale mellem parterne. Se Ussing, *Aftaler*, GAD, 1950, s. 53. Se også nærmere nedenfor i afsnit 2.3. For en historisk gennemgang af kontraktsretten, se Vibe Ullbeck, *Kontrakters relativitet. Det direkte ansvar i fornueretten*, Gad Jura, 2000, kapitel 2.

³⁹⁾ Ussing, *Aftaler*, 1950, GAD, s. 53.

⁴⁰⁾ Zweigert og Kötz gør opmærksom på løfte teoriens bemærkelsesværdige udformning, hvor lofte giver bliver bundet tilbage fra tidspunktet for tilbuddet afgivelse, i modsætning til de fleste juridiske systemer, hvorefter parterne først er bundet af det reelle indhold af et løfte, efter at kontrakten er indgået. Zweigert og Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 2. ed, Clarendon Press, Oxford, 1992, s. 382-383. Der henvises til 2. udgave, da 3. udgave ikke indeholder denne bemærkning.

⁴¹⁾ I henhold til bemærkningerne til aftaleloven fremgår det, at man i Skandinavien besluttede sig for lofteprincippet med den begrundelse, at tilbudsgiveren vil have en fordel af at tilbudsmodtageren antager tilbuddet for seriøst, fordi tilbudsmodtageren er bundet for en bestemt periode.

⁴²⁾ Herunder Ussing, *Aftaler*, 1950, GAD, s. 53-54, "*Afl har paa et Hovedpunkt sluttet sig til Løfte teorien ved at fastslaa, at Tilbuddet er bindende. Dette stemmer overens med tidligere dansk Ret og maa ubetinget anses for den bedste Løsning. Den strenge Overenskomstteoris Regel, ..., kan aabentbart ikke forsvares med nogen fornuftig praktisk Grund.*"

tilbudsmotageren skal sikre sig mod en tilbagekaldelse eller ved, at tilbudsgiveren end ikke er bundet af tilbudet.⁴³

Ønsker tilbudsgiveren derimod ikke at være bundet i en lang periode, hvor tilbudsmotageren ikke er bundet, kan førstnævnte i stedet angive en kort frist i tilbudet.⁴⁴

Hertil må det vurderes, om dette i sig selv er en mulig løsning for tilbudsgiver. Som nævnt er begrundelsen for løfteprincippet, at tilbudet antages for at være seriøst, hvilket jo ikke kan være tilfældet ved en meget kort frist. Således giver løfteprincippet ikke tilbudsgiveren noget andet valg, end en passende frist, hvis argumentet om det seriøse tilbud skal anvendes.

En anden mulighed for tilbudsgiver til at undgå *et haltende retsforhold*, der fremkommer ved løfte teorien, er, hvis tilbudsgiver i sit tilbud angiver, at han forbeholder sig ret til at tilbagekalde sit tilbud indenfor fristen.⁴⁵ På denne måde kan tilbudsgiver aftale sig frem til en løsning, der i højere grad falder sammen med overenskomstprincippet.

Det er endvidere muligt for en tilbudsgiver at ændre forholdet mellem parterne således, at en oprindelige tilbudsmotager i stedet bliver tilbudsgiver, og dermed er den af parterne, som er bundet for en given periode. Dette kan han opnå ved at foretage en opfordring til tilbud i henhold til aftalelovens § 9 eller ved at tilkendegive i skrivelsen, at der først kan sluttes en aftale på de nærmere angivne vilkår, hvis adressaten fremsender en overensstemmende ordrebekræftelse.

Da der er aftalefrihed i henhold til aftalelovens § 1, 2. pkt., er det således muligt for den oprindelige tilbudsgiver at undgå, som den eneste af parterne, at være bundet. Den part, der modtager en opfordring til tilbud, kan herefter afgive et tilbud, og nu er det således denne part, der er bundet i en given periode. Den "nye" tilbudsgiver kan naturligvis også undgå at være bundet af sit løfte, hvis han foretager samme manøvre som den oprindelige tilbudsgiver foretog – sende en opfordring til tilbud, jf. aftalelovens § 9. Hvis det er nødvendigt at foretage opfordring til tilbud for at imødekomme en risiko, så besværliggør aftalelovens regler aftaleforhandlingen,

⁴³⁾ Se Ussing, Aftaler, GAD. 1950, s. 55, og for den modsatte opfattelse, at man overvurdere betydningen af, at tilbudet ikke kan tilbagekaldes hos Karlgren, Studier i allmän avtalsrätt, Lund, 1935, s. 151.

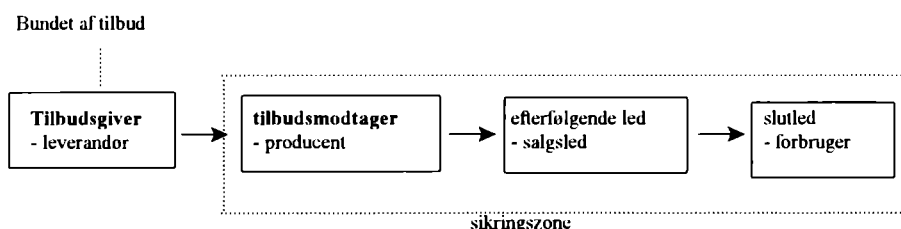
⁴⁴⁾ Se også Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen, Aftaler og Mellemænd, 4. udgave, 2001, Gad Jura, s. 39-40.

⁴⁵⁾ Se for dette ligeledes Jan Hellner, Kommersiell avtalsrätt, Norstedt Juridik AB, 4. udgave, 1993, s. 29. Jan Hellner anfører, at "*Det kan inte gärna vara något hinder mot att även enligt svensk rätt en anbudsgivare förklarar, att hans anbud kan återkallas ända till dess det har accepteras.*"

forøger omkostningerne for parterne, og udskyder tidspunktet for aftalens indgåelse.⁴⁶

Et andet argument, der anvendes til fordel for løfteteorien, er sikringen af levering til efterfølgende led i omsætningskæden.⁴⁷ Hvis tilbudsgiver er bundet af sit løfte, sikrer dette, at efterfølgende led i kæden beskyttes ved, at foranstående led i omsætningskæden kan være sikre på, at der vil ske levering, fordi tilbudsgiver er bundet af sit tilbud. Dette argument kan således bedst anvendes, hvis tilbudsgiver samtidig er sælger. Er tilbudsgiver derimod køber, ser situationen anderledes ud.

Hvis omsætningskæden betragtes som følgende (hvor pilene angiver vareflow'et), sker "sikringen"⁴⁸ af de efterfølgende led sådan, i situationen, hvor tilbudsgiver ligeledes er sælger:



Reglerne skal sikre tilbudsmodtagerens efterfølgende handel med det resterende omsætningsled. Hvis en producent således modtager et tilbud, så skal han kunne regne med, at dette tilbud holder, så de efterfølgende led i kæden sikres, at varen kommer videre i omsætningskæden. Tilbudsgiveren er bundet af sit tilbud, og

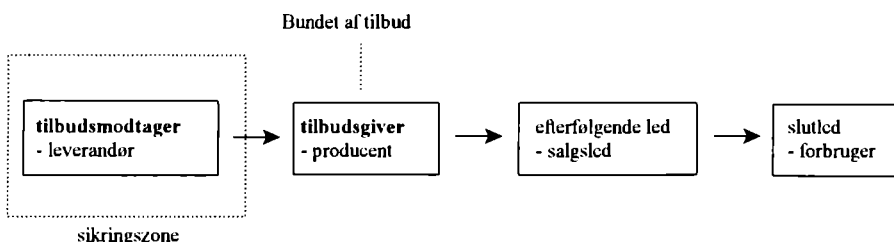
⁴⁶⁾ Som det er tilfældet med partsautonomien, kan parterne jo altid aftale sig frem til at tilbudsgiveren er bundet for en given periode – hvis dette skulle medføre at hans tilbud bliver betragtet mere seriøst. Det vil i givet fald være interessant at undersøge, hvor mange tilbud, der ved indførelsen af reglen om, at begge parter først er bundet ved *tidspunktet for aftalens indgåelse*, vil indeholde et specifikt ønske fra tilbudsgiver om at være bundet for tilbudsmodtageren. En sådan undersøgelse kunne foretages i England, hvor ingen af parterne er bundet for tidspunktet for aftalens indgåelse. Her vil det være interessant at se, hvor mange tilbudsgivere, der frivilligt lader sig binde af tilbudet i en fristperiode, for herved at gøre tilbudet mere seriøst.

⁴⁷⁾ Se Vibe Ullbeck, *Kontraktens relativitet, det direkte ansvar i formueretten*, Gad Jura, 2000, s. 38 for dette synspunkt.

⁴⁸⁾ Det bemærkes, at der kun er tale om et aftaleforhold mellem tilbudsgiver og tilbudsmodtager, og at tilbudsgiver ikke er bundet af sit løfte i forhold til den øvrige omsætningskæde, med mindre der er tale om produktansvar, hvilket er undtaget fra behandling i denne analyse.

pålægges samtidig "ansvaret og risikoen for" at resten af omsætningsledet kan regne med at varen kommer videre.⁴⁹

Hvis man betragter samme omsætningskæde (hvor pilene angiver vareflow'et) men flytter rundt på tilbudsgiver og tilbudsmodtager, ser det således ud, hvis tilbudsgiver ligeledes er køber:



Hvis det hermed er andet led i omsætningskæden – her producenten – som afgiver et tilbud, bliver de efterfølgende omsætningsled ikke sikret ved, at tilbudsgiveren er bundet i en periode. Her må tilbudsgiveren således selv sikre, at han kan levere varen videre til efterfølgende led i omsætningskæden. Der er i denne situation tilbudsgiveren – men også køberen – der bærer risikoen.

Det sidste eksempel illustrerer, at sikringen af efterfølgende led i omsætningskæden ikke altid vil ske ved anvendelsen af løfteteorien. I sidstnævnte eksempel vil det være en fordel for tilbudsgiveren, at det i stedet er tilbudsmodtageren, der er bundet, hvilket ikke opfyldes ved løfteteorien, og ikke mindst vil det være en fordel for tilbudsgiveren ikke selv at være bundet, for i stedet at kunne disponere til anden og eventuelt mere fordelagtig side, hvis et lignende og billigere produkt er tilstede på markedet. I det sidste eksempel, er det således ikke en fordel for omsætningskæden, at tilbudsgiveren – køberen – bærer risikoen ved aftalen.

Løfteteorien bygger på tillidsprincippet, hvilket ses af Jul Lassen, "*Den danske Rets Løfteprincip (Kontraktsprincippet) er således ikke Viljesdogmet men Forventnings-*

⁴⁹⁾ Det kan sættes spørgsmålstegn ved, hvorfor sikringen af omsætningsledet først starter ved producenten, og hvorfor det således kun er en del af det samlede omsætningsled, og ikke hele omsætningsledet, der skal sikres ved løfteprincippet.

Nu er det jo stort set kun primærproducenter og dermed producenter af råvarer, som kan kaldes første led i omsætningskæden, for selv ovenstående omsætningskædes tilbudsgiver – her leverandør – må formodes at have en række foranstående led i omsætningskæden, men måske i fra en anden branche, men som er uvedkommende i denne juridiske sammenhæng. Således må det forventes, at ovenstående leverandør ligeledes er afhængig af at få leveret varer, for at kunne udfylde sin plads i omsætningskæden.

*princippet (Tillidsprincippet) eller, som det i Almindelighed udtrykkes, Princippet om Tro og Loves Ubrodelighed".*⁵⁰

Som nævnt fremgår løfteprincippet af aftaleloven fra 1917 og bygger på endnu tidligere retspraksis og Danske Lov 5-1-1. Jul Lassen er fortalende for, at løfteteorien i forhold til overenskomstteorien ifølge de reale hensyn bør foretrækkes, både for at sikre løftemodtageren mod unødige tab af undersøgelsesomkostninger, men også for at løftegiver, ved at være bundet, vil "vinde forøget Udsigt til, at Løftet bliver taget i Betragtning og akcepteret af løftemodtageren, medens de jo paa den anden Side, naar de ikke ønske at bindes ved deres Tilbud, kunne optage dertil sigtende Forbehold i det."⁵¹

Der kan dog i dansk ret spores en forandring af såvel viljesprincippet som løfteprincippets uangribelighed. Ifølge Jens Skovsbo ses, at "Det har imidlertid afgørende signalværdi, at tendensen i nyere dansk og svensk ret går i retning af en afvisning af tillidsprincippet til fordel for erklæringsteorien", samt "Også løfteprincippet er under pres i disse år".... "Tendensen i den internationale regulering peger for tiden klart i retning af et (modificeret(denationalt)) kontraktprincip, jf. herved både CISG, PECL og UPICC..⁵²

I forbindelse med EU-Kommissionens interesse i at undersøge, hvorvidt der er behov for at harmonisere de aftaleretlige regler i EU, synes det derfor aktuelt at tage løfteprincippet op til overvejelse, og endvidere undersøge, hvorvidt aftaleloven lever op til den nutidige og fremtidige aftaleindgåelse.⁵³ I samme henseende kan det ikke undgås at foretage en sammenligning med overenskomstteorien, og det synes i forbindelse med en normativ indgangsvinkel, interessant at undersøge, hvilke økonomiske implikationer, de to teorier medfører for aftaleparter, som skal indgå grænseoverskridende aftaler i EU.

Formålet med denne artikel er netop at tage højde for disse forhold, ved hjælp af den komparative juridisk og retsøkonomiske metode. Således redegøres nedenfor først for overenskomstteorien, og dernæst foretages en økonomiske analyse af løfteteorien og overenskomstteoriens regler.

⁵⁰⁾ Se Jul Lassen, Obligationsret, Almindelig del, 3. udgave, 1917-1920, s. 31.

⁵¹⁾ Se Jul Lassen, Obligationsret, Almindelig del, 3. udgave, 1917-1920, s. 33.

⁵²⁾ Jens Skovsbo, Immaterialrets aftaler, fra kontrakt til status i kontraktsretten, DJØF, 2001, s. 44-45.

⁵³⁾ Se for samme synspunkt Jens Skovsbo, Immaterialrets aftaler, fra kontrakt til status i kontraktsretten, DJØF, 2001, s. 46.

2.2. Overenskomstteorien i common law i England

Løfteteoriens modsætning findes i overenskomstteorien, der bl.a. finder anvendelse ved aftaleindgåelse i engelsk common law.⁵⁴ I common law defineres et tilbud som et udtryk for et ønske om at indgå en aftale på visse betingelser, med den intention, at tilbudet bliver bindende, så snart det er accepteret af den person, som det er stilet til – tilbudsmodtageren.⁵⁵

Udgangspunktet i overenskomstprincippet er, at et løfte – i form af et tilbud – kan tilbagekaldes, så længe det ikke er accepteret af tilbudsmodtageren.⁵⁶ Dette skyldes ideologien om, at et løfte ikke i sig selv skaber ret og dermed, at tilbudsgiver ikke giver en fordring til adressaten blot ved afgivelsen af løftet.⁵⁷ En aftale er således først bindende for parterne, når der foreligger henholdsvis et tilbud og en accept.

I modsætning til aftaleretten i civil law, hvor tilbudsgiveren som minimum er bundet inden for rimelig tid, og hvor tilbudsgiveren specifikt skal gøre opmærksom på, at han ikke ønsker at være bundet før en eventuel accept, gælder efter common law, at tilbudsmodtageren ikke kan spekulere i en ændring af de økonomiske forhold på bekostning af tilbudsgiveren.

Farnsworth og Young⁵⁸ udtrykker deres holdning overfor kontinental ret således: *One disadvantage of the German rule is that during the period of irrevocability, the offeree can take advantage of the changing economic conditions to speculate at the expense of the offeror. Although Germany and other countries that have this rule have experienced much greater economic upheavals than has the United States, they have been able to live by this rule, at least in part, because it can easily be avoided by expressly reserving the power to renege or providing that the communication is not an offer at all.*

Juridiske forfattere indenfor common law traditionen er således fortalere for overenskomstprincippet, i forhold til civil law, der giver tilbudsmodtager mulighed for at spekulere i ændring af de økonomiske betingelser på bekostning af tilbudsgiver.

⁵⁴⁾ Overenskomstteorien anvendes endvidere i USA, men reglerne er ikke fuldkommen sammenlignelige, og derfor behandles kun reglerne i common law, som de anvendes i England.

⁵⁵⁾ G.H. Treitel, *The Law of Contracts*, 7. ed, Stevens 1987, s. 7.

⁵⁶⁾ *Jf. Routledge v Grant (1828) 4 Bing 635; Offord v. Davies (1862) 12 C.B.N.S. 748; Dunmore v. Alexander (1830) 8 Shaw 190.* jf. G.H. Treitel, *The Law of Contracts*, 7. ed, Stevens 1987, 34.

⁵⁷⁾ Se også Ussing, *Aftaler*, 1950, GAD, s. 53.

⁵⁸⁾ E. Allan Farnsworth og William F. Young, *Contracts, Cases and Materials*, 4. ed, University Casebook Series 1988, s. 176.

I common law skal tilbagekaldelsen af et tilbud være kommet til kundskab hos tilbudsmodtageren (be brought to the mind of the offeree) for at have virkning. Reglen om, at tilbagekaldelsen skal være kommet til kundskab hos tilbudsmodtager, ses af afgørelsen; *Burne & Co. V Leon van Tienhoven, (1880) 5 C.P.D. 344*, hvorefter en afsendt tilbagekaldelse, som ikke nåede frem for afsendelsen af accepten, ikke kunne medføre, at tilbudet var tilbagekaldt.⁵⁹

Et tilbud kan tilbagekaldes i henhold til common law ud fra en mundtlig tilkendegivelse af, at tilbudet ikke længere er aktuelt, så længe tilbagekaldelsen kommer til tilbudsmodtagerens kundskab. Dette gælder også selv om tilbudet er afgivet skriftligt. Dette ses af afgørelsen *Hoover Motor Express Co. V. Clements Paper Co.*⁶⁰, hvor et tilbud fremsat den 19. november blev tilbagekaldt den 13. januar, da tilbudsmodtageren, *Clements Paper Co.*, pr. telefon ringede til tilbudsgiveren, *Hoover Motor Express Co.*, med ønske om at gå ind i handlen, men hvor *Hoover Motor Express Co.* ved denne lejlighed oplyste, at de ikke længere ønskede at opretholde tilbudet. Retten fandt, at tilbagekaldelsen var kommet til kundskab hos tilbudsmodtager, og at den efterfølgende accept af tilbudet derfor ikke medførte, at tilbudet var bindende for tilbudsgiver.

At tilbudsgiver ikke er bundet af sit tilbud før ved en eventuel accept, er et af de klareste aftaleretlige principper i common law samt, at tilbudsgiver er fri til at disponere, ligesom det er tilfældet for tilbudsmodtageren, indtil accepten er afsendt, i henhold til *the mailbox rule*.⁶¹ Dette gælder selv om tilbudsgiveren har fastsat en frist for tilbudets antagelse. For at der er indgået en aftale kræves, at de to parter er enige på det samme tidspunkt, hvilket er tidspunktet, hvor der foreligger et tilbud som accepteres.⁶²

Begrundelsen for anvendelsen af overenskomstprincippet i common law er, at den ene aftalepart ikke skal være bundet før den anden aftalepart. Således kan man ved anvendelsen af overenskomstprincippet undgå, at tilbudsgiveren er bundet af sit tilbud, hvorimod tilbudsmodtageren kan spekulere i aftalens fordelagtighed på bekostning af tilbudsgivers økonomiske forhold, f.eks. i forhold til ændring i

⁵⁹⁾ G.H. Treitel, *The Law of Contracts*, 7. ed, Stevens 1987, s. 34.

⁶¹⁾ Tidspunktet for acceptens bindende virkning er lig med tidspunktet for kontraktens indgåelse i common law. Derfor er denne definition af stor betydning i forbindelse med indgåelse af aftaler. Fra tidspunktet for acceptens bindende virkning kan tilbudet ikke længere tilbagekaldes, og risikoen for opfyldelse går over til tilbudsgiver. E.Allan Farnsworth og William F. Young, *Contracts, Cases and Materials*, 4. ed, University Casebook Series 1988, s. 192 og G.H. Treitel, *The Law of Contracts*, 7. ed, Stevens 1987, s. 18 ff.

⁶²⁾ E. Allan Farnsworth og William F. Young, *Contracts, Cases and Materials*, 4. ed, University Casebook Series 1988, s. 178.

markedspris mv., hvorimod tilbudsgiveren ikke kan spekulere i markedsprisen.⁶³ I stedet opnås den situation, at begge parter er frit stillet, fordi tilbudsgiveren kan tilbagekalde sit løfte. Ved at anvende denne metode fordeles risikoen ligeligt mellem parterne, og parterne stilles ens.

Ønsker en tilbudsmodtager således at binde tilbudsgiveren for en vis periode, giver førstnævnte i stedet tilbudsgiveren en *consideration*, som er udtryk for en modydelse til det afgivne tilbud. Her foreligger så et løfte, som er modsvaret af en modydelse, men ikke af en accept. Modydelsen skal alene sikre, at tilbudsgiver bliver bundet af sit tilbud, så tilbudsmodtager f.eks. kan nå at foretage en række undersøgelser, mv.

Hvis et løfte opfølges med en *consideration* skifter løftet karakter fra at være uforpligtende til at være bindende for tilbudsgiveren. Hele grundideen bag *consideration* er, at "*something of value and the eye of the law must be given for a promise in order to make it enforceable as a contract*".⁶⁴

Kun hvis et løfte følges op af en *consideration* (eller "is made under seal")⁶⁵ har det karakter af en kontraktlig forpligtelse, og tilbudet som følges op af en *consideration* kan ikke tilbagekaldes. Således kan tilbudsmodtageren foretage en aktiv handling, som herefter binder tilbudsgiveren i en periode, indenfor hvilken tilbudet er bindende.

Herefter er det muligt for tilbudsmodtageren at disponere på bekostning af tilbudsgiveren, men tilbudsmodtageren "betaler" for denne dispositionsret. Begrebet *consideration* stod, ved dets indførelse i det sekstende århundrede, for en samlebetegnelse af de betingelser, der skulle til at binde en løftegiver, og baggrunden var, at tilbudsgiver skulle have en fordel af at blive bundet af sit tilbud.⁶⁶

Umiddelbart kan tilbudsgiver, da der er partsautonomi i common law, aftale sig frem til at han er bundet af tilbudet i fristperioden, hvis dette skulle være nødvendigt for at tilbudet bliver anset for mere seriøst. På den anden side kan tilbudsmodtageren vælge at give tilbudsgiveren *consideration*, og det bliver så tilbudsmodtageren, som fastsætter, at fristen er bindende.

⁶³⁾ Se Ole Lando, Udenrigshandlens kontrakter, 4. udgave, DJØF, 1991, s. 30. Se også Farnsworth, On Contracts, bind 1-3, Boston, 1990, s. 106-107, Treitel, The law of contracts, 7. ed, London, 1987 s. 7 ff. og Cheshire & Fifoot, The law of contracts, London 1986, s. 26 ff.

⁶⁴⁾ G.H. Treitel, The Law of Contracts, 7. ed, Stevens 1987, s. 52.

⁶⁵⁾ Et tilbud afgivet "under seal" karakteriseres som et skriftligt løfte, forseglet og leveret, som er bindende for afgiveren og dermed ikke kan tilbagekaldes. Er et løfte afgivet under disse foranstaltninger kræves ikke *consideration* for at gøre tilbudet bindende.

⁶⁶⁾ E. Allan Farnsworth og William F. Young, Contracts, Cases and Materials, 4. ed, University Casebook Series 1988, s. 40.

Ifølge Zweigert og Kötz⁶⁷ afsluttes de fleste aftaler uden der er givet en modydelse til tilbudsgiver i form af *consideration*, og derfor er tilbudsgiver i de fleste tilfælde ikke bundet af sit tilbud, før det accepteres.

Zweigert og Kötz finder overenskomstprincippet bekymrende, fordi tilbudsmodtager ikke kan disponere til anden side, eventuelt videresalg, på baggrund af det modtagende tilbud, hvilket igen illustrerer skellet mellem civil law og common law. At accepten binder tilbudsgiver allerede fra det tidspunkt hvor tilbudsmodtageren afsender tilbudet, opbløder dog reglen om, at tilbudsgiver ikke er bundet af sit tilbud.⁶⁸

At accepten binder allerede fra tidspunktet, hvor det puttes i postkassen, og ikke først ved kundskabsøjeblikket, som det er tilfældet i dansk ret, er en fordel for tilbudsmodtageren, da dette forkorter tidsrummet indenfor hvilket, tilbudsgiveren kan tilbagekalde sit tilbud, og dermed forlænger det tidsrum, indenfor hvilket tilbudsmodtageren kan regne med aftalens bindende virkning.

Den store forskel på overenskomstprincippet og løfteteorien er parternes indbyrdes bindende forhold, hvor parterne efter overenskomstprincippet stilles ens for så vidt angår risikoen ved aftaleindgåelsen, da begge parter har mulighed for at disponere til anden side indtil tidspunktet for aftalens indgåelse.

3. Komparativ analyse af et tilbuds bindende virkning i dansk ret og common law

Som modsætninger i de to retssystemer står løfteteorien på den ene side, med en tilbudsgiver, der er bundet af sit tilbud, og overenskomstteorien, med en tilbudsgiver der frit kan disponere, uden at være bundet af sit tilbud. Der er forskellige begrundelser for begge principper, og der er forskellige løsninger ved en eventuel tvist afhængig af hvilket princip, der skal finde anvendelse for tvisten. Dog kan det kort konkluderes, at parternes er stillet indbyrdes asymmetrisk efter de danske regler og indbyrdes symmetrisk efter reglerne i common law i England.

Der gælder således i grænseoverskridende forhold i EU forskellige regler for en dansk og en engelsk tilbudsgiver, der afgiver et tilbud til en engelsk

⁶⁷⁾ K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to comparative law*, 3. ed, Clarendon Press, Oxford, 1998, s. 357.

⁶⁸⁾ Zweigert og Kötz, *An Introduction to comparative law*, 3. ed, Clarendon Press, Oxford, 1998, s. 358. Zweigert og Kötz bemærker endvidere det bemærkelsesværdige i, at en aftale kan blive bindende for tilbudsgiver uden dennes viden, da tidspunktet for aftalens indgåelse ikke er kendt for tilbudsgiver, men alene af tilbudsmodtager, som afsender accepten. Ligeledes kan aftalen anses for indgået, hvis accepten bortkommer inden den kommer frem til tilbudsgiver, hvis tilbudsmodtager kan bevise, at han havde afsendt accepten, jf. Zweigert og Kötz, *An Introduction to comparative law*, 3. ed, Clarendon Press, Oxford, 1998, s. 357 ff.

tilbudsmodtager. Den engelske tilbudsmodtager skal forholde sig til engelske regler, de internationale privatretlige regler, samt med stor sandsynlighed de danske regler. Herved stilles den engelske tilbudsgiver mest fordelagtigt, da reglerne i common law giver ham handle- og dispositions mulighed, samt at han anvender samme regler som tilbudsmodtageren.

Således kan man argumentere for, at den danske tilbudsgiver simpelthen anvender engelsk ret, og gør opmærksom på dette i sit tilbud. Hermed er han stillet som den engelske tilbudsgiver, både med hensyn til anvendelse af lovregler og handlefrihed.

Dette argument viser i sig selv, at forskellige aftaleretlige regler medfører problemstillinger ved grænseoverskridende handel i EU. At det er nødvendigt at handle på grundlag af fremmede retsregler kan medføre, at interessen for at foretage grænseoverskridende handel falder. At det er nødvendigt at anvende et andet lands regler ved grænseoverskridende aftaleindgåelse taler endvidere for, at handlende indenfor samme retssystem er stillet bedre end grænseoverskridende aftaleparter.

Ovenstående argumentation taler for, at medlemsstaternes aftaleretlige regler opstiller hindringer for grænseoverskridende handel, og taler endvidere for at fjerne disse hindringer for grænseoverskridende kontraktsindgåelse ved en harmonisering af aftalereglerne i EU.

Harmoniseres alene reglerne for grænseoverskridende handel stilles tilbudsmodtageren som tidligere nævnt i en situation, hvor der stadig gælder to regelsæt, og den danske tilbudsgiver er stadig i en situation, hvor de nationale regler er velkendte og måske en fordel for tilbudsmodtageren.

Ved en harmonisering kan dette problem undgås, hvis man vælger de regler for aftaleindgåelse, som er bedst til at sikre grænseoverskridende handel og dermed til at sikre formålet med det indre marked.

Selv om de harmoniserede regler lever op til disse økonomiske betingelser, vil der stadig kunne opstå den situation, at den engelske tilbudsgiver og tilbudsmodtager stadig har lettere ved at indgå aftale, end ved anvendelsen af EU-reglerne i grænseoverskridende forhold, og den danske tilbudsgiver kan stadig blive stillet konkurrencemæssigt ringere, grundet tilstedeværelsen af velkendte nationale regler for de engelske aftaleparter. Denne situation kan kun undgås ved en uniformering af aftaleretten, så der kun gælder et regelsæt for aftaleindgåelse i EU, både nationalt og grænseoverskridende.

Uanset at harmoniseringen kommer til at gælde alle eller kun grænseoverskridende aftaler, bør regelsættet bygge på økonomiske forudsætninger, så det sikrer den størst mulige realisering af ønsket om fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital.

Nedenfor i afsnit 4 redegøres for, hvorledes økonomisk teori kan bidrage i forbindelse med en harmoniseringsproces af de aftaleretlige regler i EU.

4. Anvendelsen af økonomisk teori ved udformning og harmonisering af regler i EU

4.1. Indledning

Økonomisk teori som behandler optimal aftaleindgåelse kan med fordel anvendes i forbindelse med udformningen af regler for aftaleindgåelse i EU. Dette skyldes som tidligere nævnt, at det indre marked bygger på økonomiske forudsætninger, der skal sikre fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital. Ved en harmonisering af de aftaleretlige regler bør der derfor tages højde for de implikationer, som aftalereglerne har for parterne ved indgåelse af aftaler. Formålet med denne artikel er at foretage en analyse af reglerne i dansk og engelsk ret, for at kunne påvise, hvilke økonomiske implikationer henholdsvis løfteprincippet og overenskomstprincippet har for parter, der indgår grænseoverskridende aftaler i EU.

En stor del af den litteratur, der falder ind under teorien om law and economics omhandlende aftaleindgåelse - *kontraktsøkonomi*- anbefaler, at en lovgiver ikke alene bør forlade sig på et retfærdigheds- og et rimelighedssynspunkt, ved udformningen af deklatoriske aftaleretlige regler, men også bør tage højde for et efficiensbetragtning.

Dette kan illustreres ved, at lovgiver ved udformningen af regler for kontraktsindgåelse bør vælge de regler, som parterne selv ville have valgt, i den givne situation. Ud fra økonomisk teori ses, at parterne typisk forventes at foretrække efficiente regler, fordi efficiente regler maksimerer den nytte parterne fælles kan opnå, ved at indgå i kontraktsforholdet.

Der er flere grunde til, at lovgiver bør indføre efficiente regler fremfor retfærdige regler.⁶⁹

For det første vil parterne ikke selv anvende deklatoriske regler, som alene bygger på retfærdighed. Hvis man forsøgsvis holder retfærdige og efficiente lovgiverskabte regler adskilt, vil parterne, da transaktionsomkostningerne er lave i markedssammenhæng, afvise at anvende de retfærdige og inefficente regler og i stedet anvende det regelsæt, som bygger på efficiente aftaleretlige regler. Derfor bør lovgiver sænke parternes transaktionsomkostninger ved at indføre efficiente regler, hvilket igen er til fordel for samfundet.

⁶⁹⁾ Alan Schwartz – Legal Contract Theories and Incomplete Contract, in Contracts Economics, ed. Lars Werin and Hans Wilkander, 1990, Blackwell Publishers.

For det andet vil inkomplette kontrakter medføre øgede omkostninger for samfundet, fordi inefficente kontrakter oftere vil resultere i tvister i forhold til effiente kontrakter. Dette skyldes, at parterne ikke bærer samtlige omkostninger ved anvendelsen af domssystemet.

For det tredje vil det være mere efficient, hvis lovgiver udformer effiente aftaleretlige regler i forhold til, at parterne selv, aftale for aftale, skal udforme et sæt af effiente regler. Således er det mere efficient, at retssystemet indfører effiente regler, da parterne ellers vil spille unødige omkostninger ved selv at aftale sig frem til effiente kontraktsvilkår. Disse omkostninger kan parterne spare, hvis de deklatoriske regler allerede er effiente.

Kontraktøkonomisk teori indeholder ofte anvisninger på, hvilke omkostninger der er forbundet for parterne ved at indgå en aftale, mv., og på hvordan det undgås, at parterne indgår inefficente aftaler. Dette kan være relateret til transaktionsomkostningsteorien⁷⁰ og til Coaseteoremet.⁷¹ Men det er vigtigt at lægge mærke til, at retssystemet ligeledes må betragtes som kontrakter, og måske i nogle tilfælde som inefficente kontrakter.⁷² Hvis parterne ikke har aftalt andet, eller hvis en aftale af den ene eller anden grund ikke endnu er indgået, så anvendes, i alle medlemsstaterne, de deklatoriske regler for aftaleindgåelse i national ret, afhængigt af hvilke lands regler, som vil finde anvendelse i grænseoverskridende handler efter de internationale privatretlige regler.

I sammenhæng med den komparative juridiske og retsøkonomiske metode har dette stor relevans. Hvis de danske regler og reglerne i engelsk common law betragtes som grundlag for regulering af en grænseoverskridende aftale mellem parter fra henholdsvis Danmark og England, vil det ved hjælp af denne metode være muligt at se, hvilke regler, som er mest effiente for parterne, og dermed give en indikation af, ved en eventuel harmoniseringsproces, hvilke regler, der bør indføres i et eventuelt direktivforslag.

Således skal der nedenfor, med udgangspunkt i kontraktøkonomisk teori foretages en analyse af både løftet teorien i dansk ret og overenskomstteorien i engelsk common law, med det formål at vurdere, hvilket af de to regelsæt, der ud fra en second best solution, vil være det mest effiente regelsæt for parter, der skal indgå grænseoverskridende aftaler i det indre marked.

⁷⁰⁾ Oliver E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*. New York. 1985. The Free Press.

⁷¹⁾ Ronald Coase. 1960. The problem of the social cost, *Journal of law and economics* 3, s. 1-44.

⁷²⁾ Se også Jean Tirole, *Comments on Alan Schwartz – Legal Contract Theories and Incomplete Contract*, in *Contracts Economics*, ed. Lars Werin and Hans Wilkander. 1990. Blackwell Publishers.

4.2. Den kontraktsøkonomiske analyse af aftalereglerne

Med udgangspunkt i Coase teoremet⁷³ gælder, at hvis forhandling mellem parter i forbindelse med aftaleindgåelse er omkostningsløs og problemfri, så vil juridiske regler og regulering ikke have nogle allokativ konsekvenser.⁷⁴ Således vil uregulerede parter forhandle sig frem til et efficient resultat.⁷⁵

Hvis den individuelle part i forbindelse med en aftaleindgåelse, ved at agere strategisk, kan forandre fordelingen af gevinster fra handlen,⁷⁶ eller hvis parterne agerer under asymmetrisk information,⁷⁷ vil parterne ikke nå til en efficient allokering og resultat.

De juridiske regler, som regulerer mekanismen for aftaleindgåelsen, har ligeledes indflydelse på parternes incitamenter og har indflydelse for de allokativ konsekvenser for aftalen. Selve proceduren ved at indgå aftaler mellem parter har dermed reelt indflydelse på det resultat, der kommer ud af forhandlingen, samt for hvorvidt resultatet er efficient.

Aftalereglerne har indflydelse på, hvordan parterne forhandler og afslutter, og dermed indgår, en bindende aftale, og således på fremsættelse af tilbud og afgivelse af accept. Det samme er gældende *dels* for den situation, hvor det er nødvendigt at fortolke aftalen, *dels* det tilfælde, hvor der ikke er indgået en aftale, og *dels* de omkostninger, der er forbundet med forhandlingen af specifikke kontraktsbetingelser.

Udgangspunktet for en analyse af reglerne for tilbud og accept er, at parterne er rationelle individer, der ønsker at maksimere deres bestræbelser, med udgangspunkt i den økonomiske teori, som anskueliggør, hvilke incitamenter reglerne medfører for parter, der er involveret i en forhandling.⁷⁸

⁷³) Ronald Coase, 1960, The problem of the social cost, Journal of law and economics 3, s. 1-44.

⁷⁴) Avery Katz, Contract formation and Interpretation, 1998, New Palgrave Dictionary and Economics and Law, s. 425-431.

⁷⁵) Modsat kan det fremhæves, at et sådant efficient resultat kun vil kunne forekomme, hvis den individuelle parts incitamenter er ligestillet med den samlede gruppes interesser som helhed.

⁷⁶) R. Cooter, The Cost of Coase, Journal of Law and Economics, 1982, vol. 3, s. 1-44 og V. Crawford, A Theory of Disagreement in Bargaining, Econometrica 1982, vol. 50, s. 481-553.

⁷⁷) W. Samuelson, A Comment on the Coase Theorem, in Game-theoretic models of Bargaining, ed. A. Roth, New York, Cambridge University Press, 1985.

⁷⁸) Ifølge Avery Katz, Contract formation and Interpretation, 1998, New Palgrave Dictionary of economics and law, s. 425-431.

Hvis man stiller parterne i en situation, hvor de skal indgå en aftale, på de vilkår som gælder efter reglerne i dansk ret, så vil det være muligt, ved hjælp af økonomisk kontraktsteori, at undersøge, hvilke implikationer de danske regler medfører for parterne. Sætter man ligeledes parterne i en situation, hvor de skal indgå en aftale, på de vilkår der gælder efter reglerne efter engelsk common law, vil det være muligt at undersøge og klarlægge, hvilke implikationer de engelske regler medfører for parterne.

Således vil det være muligt at påvise, hvilke implikationer der sikrer den bedste løsning for parterne, hvis valget står mellem de engelske og de danske regler for aftaleindgåelse, og dette kan være et værdifuldt redskab ved indførelse af aftaleretlige regler i EU. Ved anvendelsen af denne komparative juridiske og retsøkonomiske metode, kender lovgiver således incitamenterne fra to kendte regelsæt, og kan anvende denne information i lovgivningsprocessen.

I henhold til økonomisk teori gælder, at øges omkostningerne ved aftaleindgåelsen vil det medføre, at færre forhandlinger vil blive indledt og dermed at færre aftaler vil blive indgået.⁷⁹ Der kan identificeres en række omkostninger i forbindelse med de regler, som regulerer forhandling af aftaler, og dermed de omkostninger, der opstår ved at afgive tilbud og accept. Der er mange formaliteter, som skal overstås, før en aftale kan anses for indgået. Hvornår parterne er bundet er dog forskelligt fra dansk til engelsk ret, hvilket er genstanden for analysen.

En central økonomisk funktion ved regulering af aftaleindgåelsen er at opmuntre parterne til at investere i relationsspecifikke aktiver, fordi disse investeringer typisk vil øge handlens værdi. Men hvis aftalen af en eller anden grund ikke bliver indgået, og investeringerne er foretaget, så vil investeringen gå tabt, og den part, som har foretaget den relationsspecifikke investering vil derfor være sårbar overfor et ex-post "hold-up".⁸⁰

Samme overvejelser gør sig gældende i forhold til pre-aftaleindgåelsen, og dermed før aftalens indgåelse, mens forhandlingen er igangværende. De fleste aftaler er mere værdifulde for parterne, hvis parterne kan foretage de foranstaltninger, som er nødvendige til at fastsætte, hvilke bestemmelser, der er mest optimale for deres specifikke omstændigheder.

Netop fordi denne proces tager tid, viser tillidsmulighederne sig uundgåeligt først efter at forhandlingerne er gået i gang, men før aftalen er indgået. De ressourcer, der

⁷⁹⁾ Avery Katz, *Contract formation and Interpretation*, New Palgrave Dictionary of economics and law 1998, s. 425-431.

⁸⁰⁾ Oliver Williamson, *Transactions-cost economics: The Governance of Contractual Relations*, *Journal of Law and Economics* 1979, vol 22, s. 233-262

bruges i forhold til en specifik aftalepart er i sig selv en form for tillidsinvestering, som i visse tilfælde kan være en betydelig del af gevinsten ved handlen.

Derfor har reglerne, som regulerer aftaleindgåelsen, betydning for allokeringen af disse omkostninger, og på hvordan omkostningerne ved aftaleindgåelsen vil influere på forhandlingen mellem parterne, og på hvorvidt forhandlingen vil finde sted. Der er to alternative metoder til at finde det optimale forhold i forbindelse med aftaleindgåelse mellem to parter og reglernes påvirkning af parternes incitamenter.⁸¹

Den første mulighed er, at domstolene bruges til at evaluere efficiensen af parternes tillidsforhold ex post, og at domstolene dermed bestemmer betingelserne for parternes eksplicitte ansvar i forhold til sagens fakta. Hvis tilbudsmotageren kun kan få erstatning, når parternes tillidsbeslutning ikke lever op til en cost-benefit test, så vil parterne internalisere såvel omkostninger som gevinster ved tilliden og vil ledes til at vælge den efficiente investering. Tilbudsgiver vil her bære alle residual omkostningerne ved en tabt tillid, og vil derfor vælge den korrekte incitamentsstruktur ved aftaleindgåelsen.⁸²

At lade domstolene være ansvarlige for at finde frem til de rette parametre til at estimere omkostninger og gevinster ved parternes tillidsforhold i forhold til sagens fakta, kan dog være problematisk, både på grund af de rent praktiske begrænsninger i processen og fordi tillidsbeslutninger er svære at bevise og ofte ikke viser sig i kontraktgrundlaget.

Men domstolene kan i stedet vurdere, hvilken part, der har størst mulighed for i første instans at foretage og reagere på en sådan analyse. Denne part kaldes "the least-cost avoider". Strengt culpa ansvar eller ligefrem objektivt ansvar pålagt den person, som er bedst til at minimere omkostningerne ex ante er en second best strategi, og afhænger af domstolenes begrænsede kapacitet og viden, samt at domstolene ikke kan bibringe parterne den optimale fordeling af omkostninger, risiko og ansvar ved afgørelsen af en tvist.

Et alternativ, og dermed *den anden mulighed*, til ovenstående second best strategi, er, at undersøge parternes forhandlingsstyrke inden aftalens indgåelse, og dermed ex ante omkostningerne for parterne i forbindelse med afgivelse af tilbud og accept.

De omkostninger ved pre-aftaleindgåelse, som går tabt, fordi aftalen ikke bliver indgået, anbringes alt andet lige mest efficient hos den part, som har den største ex

⁸¹⁾ Avery Katz, Contract formation and Interpretation. 1998, New Palgrave Dictionary of Economics and Law, s. 425-431.

⁸²⁾ Dette kræver dog at begge parter indgår i forhandlingerne med rene hensigter. Samt at parternes tillid til hinanden er fornuftig.

post forhandlingsstyrke, hvilket i sig selv afhænger af markedsstrukturen, information, parternes grad af risikoaversion og tidspræference.⁸³

Dette argument bygger på teorien om, at en optimal investering kræver, at omkostningerne og gevinsterne ved at foretage en investering allokeres til den samme person.⁸⁴ Fordi den part med den største forhandlingsstyrke forventes at opnå størstedelen af aftalens samlede gevinst, skal denne part også bære det tab, som opstår, hvis der ikke forhandles en aftale på plads mellem parterne. I den indledende fase af aftaleindgåelsen betyder det, at en aftalepart kun skal være bundet af sit tilbud, hvis denne part har den største forhandlingsstyrke.⁸⁵

Tilbudsgivere med en meget stærk forhandlingstyrke skal hermed være bundet af et tilbud i en bestemt periode, og vil tage højde for dette ved afgivelsen af et tilbud, hvorimod en tilbudsgiver med almindelig eller lav forhandlingsstyrke ikke skal være bundet af sit tilbud.

Hvis en tilbudsgiver derimod altid er bundet af sit tilbud, vil dette give for stor magt til tilbudsmodtageren, og vil flytte hele byrden ved aftaleindgåelsen over på tilbudsgiveren, hvilket ikke er efficient.⁸⁶

Problemstillingen i forhold til afgivelse af tilbud og accept er, hvorvidt tilbudsgiver bør være bundet af sit tilbud i given en periode. Som det ses af artiklens juridiske resultat er tilbudsgiver efter de danske regler bundet af sit tilbud indenfor rimelig tid, med mindre andet er aftalt, jf. aftalelovens § 1, 1. pkt. og § 3, stk. 1, hvorimod tilbudsmodtageren efter de engelske regler ikke er bundet af sit tilbud, før tilbudsmodtageren har afsendt sin accept, eller hvis tilbudsmodtageren giver tilbudsgiveren en *consideration*.⁸⁷

⁸³⁾ Avery Katz, The Economics of Promissory Estoppel in Preliminary Negotiations, Yale Law Journal, 105, 1249-1309, 1996.

⁸⁴⁾ For denne teori, se Grossman & Hart, The cost and benefits of ownership, a theory of vertical and lateral integration, Journal of Political Economy, 1986, vol. 94, s. 691-719.

⁸⁵⁾ Avery Katz, The economics of Promissory Estoppel in Preliminary Negotiations, Yale Law Journal, 105, 1249-1309, 1996.

⁸⁶⁾ For at opnå denne first best og dermed optimale løsning kræver, at de faktiske omstændigheder, der bestemmer efficiensen, er offentligt kendt, og at andre forhold, som handelssædvaner og retfærdighed ikke får betydning. Avery Katz, Contract formation and Interpretation, 1998, New Palgrave Dictionary of Economics and Law, s. 425-431.

⁸⁷⁾ I engelsk ret er løftet som nævnt ikke forpligtende i sig selv. Ved anvendelse af *consideration* kan løftet dog gøres bindende for løftegiveren (her tilbudsgiveren). Det afgørende for at et løfte (her tilbud) forpligter afgiveren er, at den som modtager tilbudet, giver en modydelse eller lover at yde noget til gengæld, og at modydelsen erlægges samtidig med løftet eller loves som en senere ydelse af den, som modtager løftet. Vil en handlende således være sikker på, at et tilbud er bindende overfor tilbudsgiveren, kan han således gøre det retligt bindende ved at give tilbudsgiveren *consideration*. *Consideration* gives for at gøre tilbudet bindende, ikke for den

Efter de engelske regler bliver parterne således bundet på samme tid, i modsætning til de danske regler, hvor tilbudsgiveren er bundet før aftalens indgåelse uden af tilbudsmodtageren tilsvarende er bundet.

Det afgørende er efter økonomisk teori,⁸⁸ *hvordan tilbudsgivers incitament til at turde fremsætte tilbud, hvis han er bundet, påvirker hans beslutning om at fremsætte tilbud, i forhold til den situation, hvor han ikke er bundet af sit tilbud for aftalens indgåelse.*

Hvis tilbudsgiver ikke er bundet af sit tilbud, er han stillet mere fleksibelt, og denne fleksibilitet skal betragtes som et gode for tilbudsgiver og dermed er denne regel en fordel for tilbudsgiver, da den giver ham mulighed for at kunne disponere til andre sider.

Hvis tilbudsgiver derimod er bundet af sit tilbud, gælder modsat, at tilbudsmodtager vil bruge flere ressourcer på at undersøge tilbud i tillid til, at tilbudsgiver er forpligtet af sit tilbud i en given periode. At tilbudsgiver således er bundet af sit tilbud skal betragtes som et gode for tilbudsmodtager, og denne regel er således en fordel for tilbudsmodtager, da tilbudsmodtager således kan disponere til anden side i tiltro til at tilbudsgiver allerede er forpligtet af sit tilbud.

Tilliden mellem parterne i forbindelse med aftaleindgåelsen, kan betragtes som en relationsspecifik investering. *Any Choice, be it action or inaction, which will (1) make the offerors performance more valuable to the offeree if the offeror does in fact perform, but (2) make the offeree worse off than if he had not relied if the offeror fails to perform.*⁸⁹

Tillid er således et givent valg, som medfører, at tilbudsgiverens opfyldelse er mere værdifuld for tilbudsmodtageren, hvis tilbudsgiveren rent faktisk opfylder, men stiller tilbudsmodtageren værre, end hvis han ikke havde haft tillid, hvis tilbudsgiveren tilbagekalder sit tilbud.

Det efficiente niveau af tillid er, at tilbudsmodtageren skal stole på tilbuddet, når det potentielle udbytte af tilliden, vægtet med sandsynligheden for, at tilbudsgiveren rent faktisk vil opfylde, overstiger det potentielle tab ved tilliden, vægtet med sandsynligheden for, at tilbudsgiveren vil tilbagekalde tilbuddet.

tilbudte ydelse, og er dermed et rent formkrav, se Ole Lando, Kort indføring i komparativ ret, DJOF, 1986, s. 57-58.

⁸⁸⁾ Steven Shavell, Basic theory, 1998, New Palgrave Dictionary and Economics and Law, s. 436-445.

⁸⁹⁾ Se for dette lidt omskrevne argument, Richard Craswell, Offer, Acceptance, and Efficient Reliance, Stanford Law Review, Feb. 1996, vol. 48, no. 3.

Reglen om, enten at binde tilbudsgiveren eller lade tilbudsgiveren være i stand til at tilbagemedtage sit tilbud medfører fordele for henholdsvis den ene og den anden part i aftaleindgåelsesfasen, og afhænger af flere forskellige forhold, bl.a. forhandlingsstyrke og tillid til tilbudet, som udmønter sig i ønsker om at foretage relations-specifikke investeringer. Ligevægten mellem parterne og den efficiente aftaleindgåelsesform, kan også variere fra produkt til produkt og fra branche til branche.

Et forslag til en optimal regel kunne være at tillade tilbudsgiveren at tilbagekalde sit tilbud, når omstændighederne gør tilbudet inefficielt for tilbudsgiver, men modsat at forbyde tilbudsgiver at tilbagekalde sit tilbud, hvis det kun er for at presse tilbudsmotager til f.eks. at betale en bedre pris for varen.

På den anden side, i en verden med ufuldkommen information mellem parterne og hos domstolene, vil det ofte være uhensigtsmæssigt at pålægge en pligt til at binde tilbudsgiveren, da denne ikke vil kunne presse tilbudsmotageren i pris, fordi tilbudsgiveren ikke ved, hvilken økonomisk betydning tilbudet har for tilbudsmotageren.⁹⁰ Her vil en regel som binder tilbudsgiveren ikke være nødvendig, for at skabe incitamenter for en efficient tillid mellem parterne.

En regel, der binder tilbudsgiveren kan give et inefficielt niveau af tillid for tilbudsmotageren. Hvis tilbudsgiveren tilbagekalder sit tilbud, indenfor acceptfristen, vil tilbudsgiveren skulle betale erstatning for tilbudsmotagerens tab. Tabet kan så opgøres, som de omkostninger tilbudsmotageren har tabt i forbindelse med at stole på tilbudet og indsamle informationer, foretage investeringer, videresalg mv.

Hvis tilbudsmotageren kan samle en tilstrækkelig mængde omkostninger i denne forbindelse, vil han kunne stille sig selv lige så fordelagtigt ved en erstatning, som ved en aftale, og dermed behøver tilbudsmotager ikke at være nervøs for, at tilbudsgiver ikke opfylder – eller tilbagekalder sit tilbud.⁹¹

Erstatningsmuligheden – i dansk ret positiv opfyldelsesinteresse – stiller tilbudsmotageren i den situation, at han ingen risiko har ved aftaleindgåelsen, og i stedet kun kan vinde ved aftaleindgåelsen.⁹²

⁹⁰⁾ Se nærmere denne teori, Jason Scott Johnston, Cheap Talk, Sunk Cost, and Contractual Liability in Preliminary Negotiating, Virginia Law Review, 1999, vol. 85, no. 3, s. 385-501.

⁹¹⁾ Se for samme argument under de i denne artikel givne forudsætninger: Richard Craswell, Offer, Acceptance, and Efficient Reliance, Stanford Law Review, Feb. 1996, vol. 48, no. 3, der dog primært behandler de amerikanske regler, som ikke i denne sammenhæng er de samme som Common Law i England.

⁹²⁾ Richard Craswell, Offer, Acceptance, and Efficient Reliance, Stanford Law Review, Feb. 1996, vol. 48, no. 3.

På den anden side er det tilbudsgiver, fastsætter de materielle betingelser i tilbudet, og dermed de betingelser, som tilbudsmodtageren kan acceptere på, forudsat at der ikke er mulighed for forhandling, som det er tilfældet ved skriftligt fremsendte tilbud til ikke nærværende tilbudsmodtagere.

Hvis tilbudsgiveren ved, at hvis han lader sig binde af sit tilbud i en given periode, vil dette øge værdien af transaktionen, og tilbudsgiveren skal her ligeledes øge prisen. Så vil både tilbudsgiver og tilbudsmodtager være stillet mere efficient. Dette følger af det generelle økonomiske princip, at kan en given regel øge det samlede forventede afkast, så vil parterne være bedre stillede ved at anvende denne regel frem for den modsatte regel. Men dette peger igen imod at tilbudsgiveren bør kunne tilbagekalde sit tilbud.⁹³

Sammenholdes ovenstående økonomiske konklusioner vedrørende forhandlingsstyrke og relationsspecifikke investeringer – tillid – kan det konkluderes, at reglernes økonomiske implikationer for parterne viser, at det, ud fra en second best strategi, er mest efficient at stille parter i handelskøb, med ens forhandlingsstyrke, i samme risikosituation, hvilket peger på, at reglerne i common law er det regelsæt, der giver de mest efficiente implikationer for parterne.

Hvis man adskiller aftaleindgåelsen mellem handlende, og aftaleindgåelse, hvor den ene part er en forbruger og den anden part er handlende, så er det tydeligt, at der er forskel på parternes forhandlingsstyrke i de to situationer. En forbrugers forhandlingsstyrke er væsentligt lavere end den handlendes forhandlingsstyrke.

Det samme kan selvfølgelig gøre sig gældende i handelskøb, hvor det er muligt at forestille sig, at den ene handlende har en væsentlig lavere forhandlingsstyrke end den anden, men det er ikke nødvendigvis altid tilbudsgiveren, der har den høje forhandlingsstyrke, og det er derfor svært at tage højde for dette, ved fastsættelse af regler for handelskøb.

Den store forskel på handelskøb og forbrugerkøb kommer også til udtryk i regler om køb, både nationalt og i forbindelse med direktiver vedtaget i EU.

Sammenholdt med ovenstående økonomiske teoretisering vedrørende forhandlingsstyrkens påvirkning af tilbudsgivningen, er dette et argument for at opdele eventuelle aftaleretlige regler i EU, så der bliver udarbejdet to regelsæt, et for aftaler mellem handlende og et for forbrugeraftaler.⁹⁴

⁹³⁾ For en diskussion af dette, se A. Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics* 7, s. 27-38, 2. udgave 1989, og Richard Craswell, *Passing the Cost of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships*, 43, *Stanford Law Review*, 1991, s. 361.

⁹⁴⁾ Som det er tilfældet efter gennemførelsen af Rådets direktiv 93/13/EØF af 5. april 1993 om urimelige kontraktvilkår i forbrugeraftaler, EF-Tidende L 95 s. 29ff. indført i aftalelovens kapitel 3, §§ 38 a-38d.

5. Konklusion

Analysen i artiklen har behandlet dansk ret, som anvender løfteteorien samt engelsk common law, der anvender overenskomstprincippet. Det kan konkluderes, at parternes indbyrdes er stillet asymmetrisk efter de danske regler og indbyrdes symmetrisk efter reglerne i den engelske common law.

Denne artikels formål er at redegøre for reglerne i dansk og engelsk ret i handelsforhold, og derfor vil det alene være aftaleregler for handlende, som er omfattet af artiklens analyse, men en lignende analyse kunne med fordel foretages for forbruger køb.

Hovedkonklusionen for så vidt angår den komparative juridiske og retsøkonomiske analyse er, at for aftaler mellem handlende, har ingen af parterne råd til at være bundet, hvis den anden part ikke er det. Regler, som derfor binder en tilbudsgiver, men ikke en tilbudsmotager, medfører dermed, at tilbudsmotageren er fri til at vente og se, om forholdene vil ændre sig, og dermed spekulere tilbudsgiverens forventede afkast ved aftalen. En sådan regel kan ikke være til fordel for den bundne part.

Hvis tilbudsgiveren derimod er fri til at tilbagekalde sit tilbud, kan han, hvis det er mere efficient, lade sig binde af tilbudet, f.eks. i den situation, hvor tilbudsmotageren alene er nødt til at foretage relationsspecifikke investeringer, og tilbudsgiveren ved dette, og samtidig sætte en højere pris på varerne. Så vil tilbudsgiveren øge værdien af transaktionen, og dermed er både tilbudsgiver og tilbudsmotager stillet mere optimalt.

Det er ikke muligt at fastsætte en regel, der tager højde for dette forhold, og derfor bør de deklaratoriske regler fastsætte, at hvis intet andet er aftalt, så er tilbudsgiveren fri til at tilbagekalde sit tilbud.

Vil tilbudsmotageren binde tilbudsgiveren, kan førstnævnte eventuelt i stedet fremkomme med et nyt tilbud, og dermed kan parterne forhandle, eller man kan indføre en regel, som i engelsk ret, der giver mulighed for at binde tilbudsgiveren mod en passende modydelse, som opvejer tilbudsgiverens øgede risiko.

Konklusionen af den komparative juridiske og retsøkonomiske analyse af de danske og de engelske regler for henholdsvis løfteteorien og overenskomstteorien er dermed, at de engelske regler stiller parterne i den, ud fra de to alternative regelsæt, mest optimale situation i forbindelse med aftaleindgåelse i handelskøb.

Derudover kan det ligeledes ud fra den komparative juridiske og retsøkonomiske analyse anbefales, at der indføres to regelsæt for aftaleindgåelse i EU, dels et for aftaler mellem handlende, hvor forhandlingsstyrken må antages at være nogenlunde

ligeværdig, dels et for forbrugeraftaler, hvor der er større forskel i forhandlingsstyrken.

Det kan endvidere konkluderes, at der vil forekomme grænseoverskridende problemstillinger indenfor aftaleretlige situationer, fordi der er forskellige regler i medlemslandene, hvilket skal ses i sammenhæng med gennemførelsen af det indre marked, og restriktionsprincippet, og dermed at aftalereglerne vil være til hinder for den frie bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital.

Den grænseoverskridende problemstilling kan være, at en dansk tilbudsgiver er bundet af sit tilbud inden for en given tidsfrist. Den danske tilbudsgiver kan herefter ikke disponere til anden side, og tilbagekalde tilbudet. Dette kan en engelsk tilbudsgiver derimod, og det stiller den engelske tilbudsgiver i en mere fordelagtig position end den danske tilbudsgiver, da førstnævnte kan disponere til anden side, og dermed sælge eller købe varer andre steder fra.

Dette skaber uens konkurrencevilkår mellem den danske og den engelske tilbudsgiver, når de handler med en engelsk tilbudsmodtager. Den danske tilbudsgiver vil være nødt til, i henhold til økonomisk teori, at tage en højere pris for sine varer, eller tilbyde at betale en lavere pris – hvis han er køber – af den engelske tilbudsmodtager, end det er tilfældet for den engelske tilbudsgiver.

Derudover medvirker anvendelsen af de internationale privatretlige regler til at forøge omkostningerne for den engelske tilbudsmodtager, hvis han vælger at handle med den danske tilbudsgiver.

Denne grænseoverskridende situation mellem handlende i Danmark og England er ikke i overensstemmelse med formålet med det indre marked og retten til fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital. Afgivelsen af tilbudet medfører, at parterne ikke er stillet ens ud fra en konkurrencemæssig synsvinkel, men derudover bevirker forskellen i de danske regler og de engelske regler, at den danske tilbudsgivers risiko er større i forhold til den engelske tilbudsgivers risiko.

Adgang til væsentlige sportsbegivenheder i EU på grænseoverskridende TV, belyst ved en engelsk-dansk konflikt

Af

Elisabeth Thuesen

1. Indledning

Den audio-visuelle sektor har stigende betydning i forbindelse med udviklingen af det globale informationssamfund. Inden for EU har man foretaget tilnærmelse af den nationale regulering til lettelse af, at transmission og modtagelse af radio- og TV-udsendelser mellem medlemsstaterne kan foregå på lige vilkår og uden at den fri bevægelighed hindres. Denne tilnærmelse vedrører ikke blot økonomiske forhold. Også har nationale samfundsinteresser af kulturel karakter har skullet tilgodeses.

Dette forhold er særlig mærkbart, når der foregår væsentlige samfundsbegivenheder, som befolkningerne i EU medlemsstaterne kan få adgang til at følge gennem de audio-visuelle medier, i første række ved grænseoverskridende TV-udsendelser mellem medlemslandene. I det omfang, afsender-stationen ikke er landsdækkende og samtidig har eneret til at udsende begivenhederne til de modtagere, som betaler for adgangen til stationens programmer, vil kun en del af landets befolkning kunne følge disse begivenheder umiddelbart.

Dette har rejst et problem i EU om, hvorledes senderstationens økonomiske interesser og den kulturelle samfundsinteresse i begivenhederne vil kunne forenes. Dette spørgsmål er fremstillingens genstand. Det belyses ved en konflikt, der i år 2000 var opstået mellem TV-stationen TVDanmark 1 (TVD), der er etableret i England, og den engelske myndighed the Independent Television Commission (Det Uafhængige TV-Udvalg, forkortet ITC), fordi TVD ønskede at håndhæve sin ret til

at udsende væsentlige sportskampe på betalings-TV. Dette var indgribende for danske interesser, da en væsentlig del af den danske befolkning herved blev forhindret i at få adgang til at følge disse sportsbegivenheder. Konflikten blev løst ved en engelsk højesteretsdom, afsagt af House of Lords d. 25. juli 2001, forkortet: ITC-dommen.¹

2. Harmonisering og samarbejde i EU i relation til den audio-visuelle sektor

2.1. Generelt

De almindelige regler om harmonisering findes i Traktaten om Det europæiske Fællesskab (forkortet TEF), der er en integreret del af Traktaten om Den europæiske Union (Amsterdam Traktaten), som er trådt i kraft d. 1. maj 1999. Den har erstattet den tidligere unionstraktat, Maastrichttraktaten.² Da Amsterdam-traktaten har ændret en del af artikelnumrene, angives også de tilsvarende hidtidige artikelnumre i Maastrichttraktaten. De betegnes med "tidl. art."

Terminologien "harmonisering" benyttes ikke i traktatteksten. Begrebet omtales normalt som tilnærmelse eller samordning.

TEF art. 3 litra h bestemmer, at Fællesskabets virke indebærer tilnærmelse af de nationale lovgivninger i det omfang, det er nødvendigt for Fællesmarkedets funktion. Ifølge art. 94 (tidl. art. 100) har Ministerrådet adgang til med enstemmighed at udstede direktiver, men ikke andre retsakter, om tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser, der direkte indvirker på det fælles markeds oprettelse eller funktion. Ifølge art. 95 stk. 1 (tidl. art. 100 A) kan Ministerrådet med kvalificeret flertal og efter proceduren om fælles beslutningstagen i art. 251 vedtage foranstaltninger med henblik på tilnærmelse som anført i art. 94. Art. 95 benyttes, hvis ikke andet er bestemt i traktaten. Inden for området for art. 95 kan alle former for retsakter benyttes. Endvidere kan nationale regler harmoniseres i videre omfang end efter art. 94, da indvirkningen på Fællesmarkedets oprettelse og funktion ikke behøver at være direkte. Art. 95, stk. 2, indeholder dog blandt andet den begrænsning, at art. 95 stk. 1 ikke kan anvendes på bestemmelser vedrørende fri bevægelig-

¹) ITC-dommen er refereret i: Judgments - Regina v. Independent Television Commission, ex Parte TVDanmark 1 LTD, publiceret på webadresse:
<http://www.publications.parliament.uk/pa/d200102/ldjudgmt/jd010725/dan-1.htm>

²) 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.

hed for personer og vedrørende den ansattes rettigheder og interesser. Her må art. 94 og særlige hjemmelsregler lægges til grund.

2.2. Harmonisering af TV- og radiospredning

Rådets direktiv 89/552/EØF af 3. oktober 1989 om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse af tv- og radiospredningsvirksomhed (TV-direktivet) tilsigter at fjerne hindringerne for fri bevægelighed for tjenesteydelser inden for den audio-visuelle sektor. Direktivet er udstedt under henvisning til den daværende Traktat om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab (EØF-Traktaten) art. 57, stk. 2, og art. 66, nu TEF art. 47, stk. 2, og art. 55 vedrørende samordning af bestemmelserne henholdsvis om lettelse af adgangen til selvstændig erhvervsvirksomhed og om etableringsfrihed.

TV-direktivet er ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/36/EF af 30. juni 1997 om ændring af Rådets direktiv 89/552/EØF om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse af TV- og radiospredningsvirksomhed.

Harmonisering iøvrigt inden for dette område må foretages på grundlag af de almindelige regler i TEF art. 94 og 95.

2.3. Samarbejde inden for kulturområdet

TEF art. 151 (tidl. art. 128) fastlægger fælles principper for det kulturelle område i EU. Ifølge 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 blandt andet at forbedre kendskabet til og formidlingen af de europæiske folkeslags kultur og historie, bevare og beskytte den kulturarv, der er af europæisk betydning, og samarbejde vedrørende ikke-kommercielle udvekslinger og kunstneriske og litterære frembringelser, herunder i den audio-visuelle sektor. Som middel til samarbejdet kan Ministerrådet vedtage tilskyndelses-foranstaltninger. Men der kan ikke foretages lovharmonisering. 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 betingelser tilladt for staten at yde støtte til fremme af kulturen og bevarelse af kulturarven.

3. Sportssektoren og TV-mediet

Sportssektoren har udviklet sig til at være et område, der rummer både fritidsaktiviteter for befolkningen i almindelighed og et professionelt erhvervsområde, som i stigende grad bliver kommercialiseret og internationaliseret. Samtidig har sektoren en kulturbærende rolle i samfundet som basis for fællesskab og sammenhold i befolkningen på regionalt og nationalt plan.

3.1. Sport som økonomisk aktivitet³⁾

Den tekniske udvikling og det grænseoverskridende element inden for TV-sektoren har medvirket til forøget konkurrence mellem TV-stationer om at sende vigtige sportsbegivenheder og derved tiltrække et stort antal seere, som gør den konkurrencedygtige del TV-stationer attraktiv som reklamemedie.

Sportsorganisationerne skaffer sig indtægter ved salg af eksklusive rettigheder til udsendelse af sportsbegivenheder i TV. På grund af den store interesse for at kunne transmittere attraktive sportsudsendelser er området for senderrettigheder i kraftig økonomisk vækst.

Vilkår for og indhold af rettighederne er fastlagt ved privat aftale mellem mellem på den ene side sportsorganisationerne, herunder Team Danmark, der forhandler på klubbernes og spillernes vegne, og på den anden side TV-programudbydere, der forhandler om at erhverve rettighederne. Da det normalt vil være de økonomisk bedst funderede TV-stationer, typisk betalings-stationer, der får de eksklusive rettigheder, vil de mest attraktive sportsbegivenheder blive forbeholdt seere, som kan og vil betale en høj abonnementspris for at følge begivenhederne. Derved kan sportsrettighederne og adgangen til TV-udsendelserne blive monopoliseret.

Konkurrencen mellem TV-stationer påvirker konkurrenceforholdene mellem sportsgrenene og inden for de enkelte sportsgrene. Også gennemførelsen af

³⁾ Se Konkurrencestyrelsens rapport om "Sport i tv", 1999 (forkortet: Sport i tv), pkt. 1.1.1. Rapporten findes på webadresse: <http://www.ks.dk/publikationer/index.htm> . Gå til: KonkurrenceNyt nr. 7, september 1999, gå til: [Sport i tv](#), gå til: Rapport om "[Sport i tv](#)".

sportaktiviteterne påvirkes. De bedst medieegnede sportsområder fremmes, og placering og tidspunkter for afviklingen af sportsskampe tilrettelægges i et samarbejde mellem TV-stationerne og sportsorganisationerne, som har økonomiske interesser fælles med TV-sektoren⁴.

3.2. Sport og kultur⁵

Sport er en del af kulturpolitikken, hvis målsætninger blandt andet er at fremme livskvalitet og fællesskab. Der tilsigtes udviklet en dansk identitet i mødet med globaliseringen, og kreativitet skal afbøde negative sider af den kommercielle massekultur.

Eliteidræt opfylder de kulturpolitiske intentioner, idet den lægger vægt på at fastholde kvalitet og udvikle idrætstraditionen gennem eksperimentale aktiviteter. Sport på højt plan involverer kropsudfoldelse på et artistisk niveau.

Dette medfører dog ikke, at sport kan betragtes som kunst. Det er kunstens opgave at forholde sig kritisk til tilværelsen, fortolke virkeligheden og være æstetisk og samfundsmæssigt udfordrende. Visse former for kunst, for eksempel avant-garde kunst, er ikke folkelig, og kunst er individualistisk og desorganiseret. Sport stiller ikke spørgsmål til tilværelsen og samfundsordenen; den er baseret på kollektiv organisation. Elitesport, selv om den udøves individuelt, støtter sig på massekulturen i samfundet. I modsætning til kunst er sport resultatorienteret.

Det er et kulturpolitisk mål at udvikle eliteidrætten etisk og æstetisk i overensstemmelse med holdningerne i samfundet. Det må samtidig erkendes, at eliteidræt som et led i massekulturen fremmer den passive tilskuerholdning hos befolkningen og kan udvikle sig til en underholdningsindustri uden kulturpolitisk sigte. For at sikre en samfundsmæssig forsvarlig udvikling oprettedes i 1984 den selvejende institution Team Danmark, der blandt andet varetager den overordnede planlægning vedrørende eliteidrætten inden for en struktur, hvor der er adskillelse mellem politisk styring og de konkrete beslutninger om støtte⁶.

⁴) Sport i tv pkt. 2.10.

⁵) Eliteidræt i Danmark. Rapport af 26.1.2001 afgivet af den af kulturministeren nedsatte arbejdsgruppe vedr. loven om eliteidrættens fremme (forkortet: Eliteidræt) kapitel 4. Fås gratis hos Kulturministeriet eller findes på <http://www.kum.dk>. Gå til: [Infoteket](#). Gå til: [Publikationer](#).

⁶) Se lov nr. 643 af 19.12.1984 om eliteidrættens fremme. Findes på <http://www.kum.dk>. Gå til: [Infoteket](#). Gå til: [Ft og lovgivning](#), gå til: [Gældende love og bekendtgørelser](#). Gå til: [Idræt](#).

3.3. Spændingsfeltet mellem økonomiske og kulturelle sportsinteresser i TV⁷⁾

Eliteidræt er et overvejende professionelt sportsområde, hvor der udføres tjenesteydelser af høj økonomisk værdi. Den er en grænseoverskridende aktivitet med et universelt sprog. Samtidig er sportsudøvelsen en kulturel manifestation, som nationalstaternes borgere identificerer sig med og bidrager til at støtte økonomisk og på anden måde. Disse karakteristika har interesse for TV-mediet. Da der er adgang til mange TV-kanaler, intensiveres kampen mellem TV-stationerne om senderettighederne til vigtige sportsbegivenheder, og prisen for rettighederne forøges. For sportsorganisationerne har det interesse at få omtale og blive kendt i TV-mediet, da det medfører forøgede indtægtsmuligheder. Sponsorerne for sportsaktiviteter og for TV-udsendelser har sammenfaldende interesser med sportsorganisationerne, da de kan skabe et positivt image ved at knytte sig til attraktive begivenheder. På internationalt, globalt plan bliver TV-mediet, sportsorganisationerne og sponsorerne afhængige af hinanden i deres bestræbelser på at varetage kommercielle interesser ved hjælp af sports-udsendelser på TV-kanaler, som tiltrækker mange seere. Derved får markeds kræfterne en forøget indflydelse på bekostning af sport som en mangfoldighed af kulturelle aktiviteter. Det påvirker udvælgelse og tilrettelæggelse af TV-programmer. For eksempel kan TV-stationerne blive nødsaget til at købe samlede pakker af sportsudsendelser, og det er nødvendigt for sportsorganisationerne og TV-stationerne at samarbejde om sendetider og programudbud. Det er en af Team Danmark's opgaver at gå i forhandlinger med TV-selskaberne, men da TV-udbydere ofte er magtfulde internationale foretagender, er det vanskeligt at skabe balance mellem nationale kulturpolitiske hensyn og de økonomiske interesser i udnyttelse af rettigheder på internationalt plan.

4. Fri bevægelighed i EU for TV-tjenesteydelser inden for sport

4.1. Generelt

Adgangen til fri bevægelighed for tjenesteydelser er fastlagt i TEF art. 49 (tidl. art. 59). For at blive omfattet af EU-reglerne skal tjenesteydelsen være grænseoverskridende, af midlertidig karakter og normalt ydes mod vederlag. Art. 50 (tidl. art. 60) angiver, at adgangen især vedrører aktiviteter af handels- eller håndværksmæssig karakter eller er ydelser, der på anden måde præsteres af erhvervsdrivende. Også professionel sportsudøvelse er i princippet omfattet heraf. Ved direkte udøvelse af sport vil det grænseoverskridende element være knyttet til de personer, der udfører ydelsen, fremfor sportspræstationen. Men det tværnationale

⁷⁾ Smh. Eliteidræt kapitel 10.

element bliver relateret til selve begivenheden, når sportskampen udsendes via radio eller TV fra et medlemsland til et andet. Her er det udsendelsen, der udgør den umiddelbart grænseoverskridende tjenesteydelse. Dens handelsværdi er baseret på udsendelsens indhold, der inden for professionel eliteidræt normalt har en høj økonomisk værdi. I det omfang en station, som ikke er landsdækkende i modtagerlandet, har eneret til transmission af bestemte sportsbegivenheder, forhindres den lige adgang for alle til at følge begivenheden. Selv om hverken afsender- eller modtagerlandet har pålagt restriktioner for gennemførelsen af transmissionen eller udøver diskrimination ved afvikling af begivenheden, kan de eksklusive rettigheder til udsendelse, som TV-stationen har erhvervet ved aftale, bevirke en mærkbar indskrænkning af adgangen for befolkningen i modtagerlandet til at følge udsendelserne, hvorved væsentlige nationale samfundsinteresser tilsidesættes.

4.2. TV-direktivets bestemmelser relateret til tjenesteydelser inden for sport

4.2.1. Almindelige bestemmelser

TV-direktivet 1989 har ifølge direktivets præambel både økonomisk og kulturelt til formål at skabe snævrere forbindelser i Europa, fjerne handelshindringer og sikre lige konkurrencevilkår. Det fastslås, at tv- og radiospredning udgør tjenesteydelser, og at direktivet skal skabe et fælles marked for produktion og distribution af udsendelser. Samtidig skal der ske en samordning af lovgivningerne for at gøre det lettere at udøve erhvervsvirksomhed. Ifølge art. 2 - 3 skal hver medlemsstat sikre, at udsendelser fra TV-radiospredningsorganer under dens myndighed skal være i overensstemmelse både med medlemsstatens nationale lovgivning og med TV-direktivets bestemmelser. Det udtales i direktivets betragtning nr. 13, at udsendelserne inden for Fællesskabet skal være i overensstemmelse med lovgivningen i afsenderlandet. I konsekvens heraf bestemmer art. 2, stk. 2, at en medlemsstat skal sikre modtagefrihed for udsendelser fra andre medlemsstater.

Ved ændringsdirektivet 1997 til TV-direktivet blev der i direktivets betragtninger lagt vægt på, at der for udvekslinger af audio-visuelle ydelser inden for informationssamfundet skal foreligge en lovgivningsmæssig ramme, som kan danne baggrund for den vækst, som de nye teknologier giver mulighed for, idet der tages hensyn til de audio-visuelle programmets art og deres kulturelle og sociologiske indvirkning på modtagerne. I art. 2 fastlægges kriterier for, hvornår et tv-spredningsforetagende er undergivet en medlemsstats jurisdiktion og derfor skal overholde medlemsstatens lovgivning om udsendelser bestemt for offentligheden i denne medlemsstat. En TV-station anses for at være etableret blandt andet, når den har sit hovedkontor der, og de redaktionelle beslutninger om programlægningen

foretages der, eller en betydelig del af personalet arbejder der. Det samme gælder, når en TV-station benytter en frekvens, satellitkapacitet eller satellit-uplink, der hører ind under / er beliggende i den pågældende medlemsstat, eller når TV stationen henhører under medlemsstaten i henhold til etableringsreglerne i EF Traktaten art. 43 (tidligere art.52). Ændringsdirektivet har hermed tilgodeset det formål, som er angivet i betragtning nr. 13, hvorefter det skal sikres, at én og kun én medlemsstat har jurisdiktion over et tv-spredningsforetagende vedrørende tjenesteydelser inden for direktivets område. Betragtning nr. 17 udtaler, at direkte berørte tredjeparter, herunder statsborgere i andre medlemsstater, skal kunne gøre deres rettigheder i henhold til national ret gældende ved domstole eller myndigheder i den medlemsstat, som har jurisdiktion over det pågældende tv-spredningsforetagende.

I ændringsdirektivets præambel, betragtning nr. 18, fastslås det, at det er af afgørende betydning at beskytte retten til information og sikre borgerne en bred adgang til dækning af begivenheder af væsentlig samfundsmæssig interesse. Iflg. betragtning nr. 20 bør der fastlægges bestemmelser for, hvorledes et tv-spredningsforetagende kan udøve en eneret til sådanne begivenheder. Betragtning nr. 21 definerer disse begivenheder som begivenheder i særklasse, som er af interesse for offentligheden i EU eller i en bestemt medlemsstat eller en vigtig del af en bestemt medlemsstat. Begivenheden skal tilrettelægges forud af en organisator, der juridisk har ret til at sælge de rettigheder, der er knyttet til begivenheden. Betragtning nr. 22 bestemmer, at der ved "gratis fjernsyn" forstås en tv-udsendelse på en offentlig eller kommerciel kanal af programmer, der er tilgængelige for offentligheden uden betaling ud over de almindelige former for finansiering af tv, såsom licens eller afgift for abonnement på kabel-tv.

4.2.2. TV-ændringsdirektivet Art. 3a om reguleringen af væsentlige samfundsmæssige interesser

Ændringsdirektivets målsætninger i præambelen er fastlagt i art. 3a. Artiklens stk. 1, bestemmer, at "enhver medlemsstat kan træffe foranstaltninger inden for EU-retten for at sikre, at et tv-spredningsforetagende under dens jurisdiktion ikke udnytter sin eneret til at udsende begivenheder, der af den pågældende stat anses for at være af væsentlig samfundsmæssig interesse, på en sådan måde, at en betydelig del af befolkningen i den pågældende medlemsstat forhindres i at kunne følge sådanne begivenheder via direkte eller tidsforskudt transmission på gratis fjernsyn". Hver medlemsstat kan "udarbejde en liste over begivenheder - nationale eller ikke-nationale - som den anser for at være af væsentlig samfundsmæssig interesse". Medlemsstaten kan desuden beslutte, "om disse begivenheder helt eller delvis skal kunne transmitteres direkte eller - hvor det i offentlighedens interesse af objektive grunde er nødvendigt eller hensigtsmæssigt - helt eller delvis skal kunne transmit-

teres tidsforskudt”. Iflg. art. 3a, stk. 2, bliver de nationale lister kontrolleret af EU Kommissionen, der offentliggør en konsolideret liste i EF-Tidende mindst en gang om året.

Art. 3a, stk 3, bestemmer, at” Medlemsstaterne sikrer, at tv-spretningsforetagender under deres jurisdiktion ikke udnytter en eneret, som disse foretagender har erhvervet efter datoen for offentliggørelsen af dette direktiv, på en sådan måde, at en betydelig del af befolkningen i en anden medlemsstat forhindres i at kunne følge begivenheder, der af den anden medlemsstat er erklæret for at være af væsentlig samfundsmæssig interesse i henhold til stk. 1 og 2, via hel eller delvis direkte transmission eller - hvor det i offentlighedens interesse af objektive grunde er nødvendigt eller hensigtsmæssigt - hel eller delvis tidsforskudt transmission på gratis fjernsyn således som fastlagt af denne anden medlemsstat i overensstemmelse med stk. 1”.

Disse regler har søgt at afbalancere kommercielle og kulturelle interesser. Reglerne tilsigter at skabe fri konkurrence og samtidig støtte både den fælles europæiske kulturarv og nationale kulturtræk. Væsentlige sportsbegivenheder opleves af en stats befolkning som “national ejendom”, men de skal ikke være forbeholdt bestemte kanaler og derved forhindre en bred adgang til disse begivenheder⁸.

5. National gennemførelse af TV-ændringsdirektivet: Forskellige systemer vedr. art. 3a

EU’s medlemsstater har et spillerum for implementeringen af TV-direktivets regler vedr. sport, som åbner for forskelle i opfattelsen af reglerne. Dette er kommet i udtryk i en konflikt mellem Danmark og England om rækkevidden af den fri adgang til at følge væsentlige sportsbegivenheder i TV, når disse begivenheder sendes fra en TV-station etableret i England til et publikum i Danmark.

Som baggrund for denne konflikt redegøres i det følgende for gennemførelsen i Danmark og England af TV-direktivets regler med hovedvægt på adgangen til væsentlige sportsbegivenheder.

⁸⁾ Se Sport i tv s. 3.

5.1. Gennemførelse i Danmark af TV-ændringsdirektivet vedr. væsentlige sportsbegivenheder

5.1.1. Lov om radio- og fjernsynsvirksomhed (radio/tv-loven)⁹⁾

De almindelige regler om radio og tv-virksomhed findes i radio/tv-loven. Iflg. lovens § 1 har Danmarks Radio (DR) og TV 2 ret til at sprede lyd- og billedprogrammer til almenheden¹⁰⁾. Herudover kan der gives tilladelse af Radio og tv-nævnet for radio- eller fjernsynsforetagender til ved hjælp af satellit eller kabelanlæg at udøve programvirksomhed, der går ud over ét lokalt område (landsdækkende virksomhed), lige som der kan gives radio- eller fjernsynsforetagender tilladelse til landsdækkende og regional jordbaseret virksomhed, se radio/tv-loven kapitel 5 og 5a., samt tilladelse til lokal radio- og fjernsynsvirksomhed, kapitel 6.

DR og TV 2 skal iflg. § 6 b, jfr. § 6 a, udøve public service virksomhed¹¹⁾ over for hele befolkningen, som skal sikres et bredt udbud af programmer med nyhedsformidling, oplysning, undervisning, kunst og underholdning. Der skal tilstræbes kvalitet, alsidighed og mangfoldighed, og der skal sikres befolkningen adgang til væsentlig samfundsinformation.

TV-ændringsdirektivets art. 3a er gennemført ved radio/tv-lovens § 75, stk. 1, hvorefter "kulturministeren fastsætter regler om, at fjernsynsforetagenders enerettigheder til begivenheder af væsentlig samfundsmæssig interesse ikke må udnyttes på en sådan måde, at en betydelig del af befolkningen forhindres i at kunne følge sådanne begivenheder via direkte eller tidsforskudt transmission på gratis fjernsyn". Iflg. § 75, stk. 2, må fjernsynsforetagender, der henhører under dansk myndighed, ikke udnytte enerettigheder til begivenheder, som af et andet EU medlemsland anses for at være af væsentlig samfundsmæssig interesse, på en sådan måde, at en betydelig del af befolkningen forhindres i at følge begivenhederne. Udsendelsen skal ske i overensstemmelse med det pågældende medlemslands regler om hel eller delvis transmission samt direkte eller tidsforskudt transmission af begivenhederne. Iflg. § 75, stk. 3, kan kulturministeren fastsætte begrænsninger i fjernsynsforetagenders udnyttelse af enerettigheder vedr. større begivenheder,

⁹⁾ Bekendtgørelse af lov om radio- og fjernsynsvirksomhed nr. 701 af 15. juli 2001

¹⁰⁾ DR er en selvstændig offentlig institution, og TV2 er en selvejende institution, jfr. § 8 stk. 1 og § 19 stk. 1. Finansiering sker for DR's vedkommende gennem licensafgifter og andre indtægter, medens TV 2 finansieres gennem en andel af licensafgifterne og ved reklamer samt andre indtægter.

¹¹⁾ Iflg. § 73 b nedsætter kulturministeren et råd, der kaldes Public Service Rådet. Det har iflg. § 73 c til opgave at gennemgå public service regnskaberne og rådgive ministeren om public service - radio- og fjernsynsvirksomhed.

således at andre fjernsynsforetagender kan bringe korte nyhedsindslag om begivenhederne.

5.1.2. Bekendtgørelse om udnyttelse af tv-rettigheder til begivenheder af væsentlig samfundsmæssig interesse (1998-bekendtgørelsen)¹²

Bekendtgørelsen er fastsat i medfør af radio/tv-loven § 75, stk. 1 og § 76, stk. 2. Bekendtgørelsen definerer i § 2 en begivenhed af væsentlig samfundsmæssig interesse. Herved forstås en sportsbegivenhed, som opfylder mindst 2 af følgende 3 betingelser:

- 1) Den er af interesse for andre end dem, der normalt følger den pågældende sportsgren i tv.
- 2) Den tilhører en sportsgren, som traditionelt er centralt placeret i dansk idrætsskult.
- 3) Den følges normalt af mange seere.

§ 3 opregner en liste over fem kategorier af begivenheder, som anses for at være af væsentlig samfundsmæssig interesse, herunder alle OL sommer- og vinterlege, VM og EM i fodbold for herrer og håndbold for herrer og damer, når der er dansk deltagelse, samt semifinaler og finaler; hertil kommer Danmarks VM- og EM-kvalifikationskampe i fodbold for herrer og i håndbold for damer. Disse begivenheder betegnes i denne fremstilling som "oplistede" begivenheder.

§ 4 bestemmer, at en betydelig del af befolkningen anses for at være forhindret i at følge en oplistet begivenhed på gratis fjernsyn, medmindre den sendes på en kanal eller kanaler, der kan modtages af mindst 90% af befolkningen uden ekstra omkostninger vedr. tekniske installationer som f. eks. satellitmodtager eller tilslutning til fællesanlæg. Hertil kommer, at modtagning af begivenheden ikke må koste seeren over 25 kr. pr. måned, bortset fra tv-licens og abonnementsbetaling til et fællesantenneanlæg. Dette svarer til TV-direktivets definition af "gratis fjernsyn", se ovfr. afsnit 4.2.1.

§ 5 bestemmer, at TV-stationer, der har erhvervet enerettigheder til væsentlige begivenheder som opregnet på listen i § 3, men ikke er i stand til at nå ud til en betydelig del af befolkningen som angivet i § 4, kun kan udnytte disse rettigheder, hvis de træffer aftale med andre TV-stationer eller på anden måde sikrer, at

¹²⁾ Bekendtgørelse nr. 809 af 19. november 1998 om udnyttelse af tv-rettigheder til begivenheder af væsentlig samfundsmæssig interesse.

befolkningen får adgang til at følge begivenheden enten ved direkte eller forskudt transmission på gratis fjernsyn.

Iflg. § 5, stk. 2, skal disse regler dog ikke overholdes i tilfælde, hvor en tv-station kan påvise, at ingen andre tv-stationer, der kan nå ud til 90% af befolkningen, ønsker at indgå aftale på rimelige markedsvilkår om at vise den pågældende begivenhed.

Iflg. § 5, stk. 3, gælder, at tv-stationer, der har fået tilbudt aftale om en oplyst begivenhed, har en frist på 14 dage efter modtagelsen af et skriftligt tilbud, der indeholder et prisforslag og konkrete oplysninger om begivenheden, til at tilkendegive deres interesse i at indgå en aftale.

§ 6 bestemmer, at oplyste begivenheder som udgangspunkt skal sendes direkte. De kan dog sendes tidsforskudt, når dette skyldes objektive forhold, for eksempel at begivenheden finder sted om natten, at begivenheden består af flere sideløbende begivenheder som f.eks. OL, eller at direkte udsendelse ville kræve flytning af udsendelsen af andre begivenheder af væsentlig samfundsmæssig interesse end oplyste begivenheder. Tidsforskudt udsendelse af en begivenhed af væsentlig samfundsmæssig interesse skal som hovedregel ske inden for et døgn, efter at begivenheden har fundet sted. Reglerne i § 6 gælder dog ikke, hvis ingen public service station har været interesseret i at træffe aftale om at sende begivenheden, og udsendelse herefter finder sted.

Vedr. fastsættelse af prisen på tv-retighederne til en oplyst begivenhed bestemmer § 7, at parterne eller en domstol eller administrativ myndighed kan anmode Konkurrencerådet om en udtalelse efter konkurrenceloven om prisansættelse ud fra forholdene i et konkurrencebaseret marked.

5.1.3. Sammenfatning af strukturen i det danske system

Mindst 90% af befolkningen i Danmark skal have adgang til at følge oplyste sportsbegivenheder, dvs. begivenheder, som anført på listen i bekendtgørelsens § 3, stk. 1. Kan en TV-station, der er indehaver af enerettigheder til oplyste begivenheder, ikke nå ud til 90% af befolkningen, kan den alligevel udnytte sin eneret, hvis den tilbyder at dele retten med andre TV-stationer, der er landsdækkende, ved en aftale på rimelige vilkår. De TV-stationer, der får tilbudt en aftale, har en betænkningstid på 14 dage. Konkurrencerådet kan anmodes om at vurdere prisen. Tidsforskudt udsendelse kan kun ske, når der foreligger objektive forhold. Bekendtgørelsens opregning heraf er ikke udtømmende.

5.2. Gennemførelse i England af TV-ændringsdirektivet vedr. væsentlige sportsbegivenheder

Reglerne er fastlagt i den engelske lov om tv-radiospredningsvirksomhed, Broadcasting Act 1996, kapitel 55, Del IV (forkortet BA)¹³, med senere ændringer.

Ifølge BA sect. 97 opretter ministeren en liste over sportsbegivenheder, som har national interesse, i denne fremstilling kaldet "oplistede" sportsbegivenheder¹⁴.

BA sect. 99 begrænser tv-programudbydernes køb af eksklusive rettigheder til hel eller delvis dækning af oplistede sportsbegivenheder uden ITC's (Det Uafhængige TV-Udvalgs) forhånds-tilladelse. Men det er tilladt for en enkelt TV-station at erhverve en ikke-eksklusiv ret. Herved kan en TV-station få en faktisk ene adgang til at udsende begivenheden.

Sect. 98 opdeler TV-stationerne i to kategorier, som tilnærmelsesvist svarer til på den ene side TV med fri adgang, herunder BBC, Channel 3 og Channel 4, og på den anden side betalings-TV. Sect. 101 bestemmer, at en TV-station i den ene kategori skal indhente tilladelse hos ITC til at sende en oplyst kamp, medmindre kampen også er blevet tilbudt til en TV-station i den anden kategori. Det indebærer, at en betalings-TV-station, som faktisk har ene adgang til at vise kampen, skal have tilladelse fra ITC til at udsende den.

Ifølge sect. 104 opstiller ITC et vejledende kodeks¹⁵, som fastlægger kriterierne for ITC's afgørelse om tilladelse. I kodeks pkt. 6 er det fastlagt, at en oplyst begivenhed skal kunne følges af mindst 95% af befolkningen i Det Forenede Kongerige.

¹³⁾ Se ITC-dommen, afsnittet "The UK domestic system" pkt. 7-10.
Se også De Europæiske Fællesskabers Tidende 26.7.2001 C 208/29: Offentliggørelse i henhold til 3 a. stk. 2, i Rådets direktiv 89/552/EØF om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse af tv-spredningsvirksomhed, ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/36/EF - DET FORENEDE KONGERIGE (2000/ C 328/02): Uddrag af Del IV i lov om tv-radiospredningsvirksomhed, 1996, kapitel 55. På side 35 - 38 findes uddrag af ITC's kodeks om sportsbegivenheder og andre begivenheder på listen (revideret januar 2000), med bilag over oplyste sportsbegivenheder.

¹⁴⁾ Listen findes som bilag til ITC's kodeks om sportsbegivenheder og andre begivenheder på listen, se note 13.

¹⁵⁾ Se note 13

Da 1996-loven kun vedrørte engelsk territorium, indførte den engelske kulturminister Chris Smith i år 2000 en ny bestemmelse, vedtaget d. 14. januar 2000 og trådt i kraft d. 19. januar 2000. Bestemmelsen findes i sect. 101 B, som udstrækker reglerne i sect. 101 til at gælde for alle EØS stater ved at fastlægge, at forudgående tilladelse fra ITC kræves, såfremt en TV-station vil udøve sin ret til at udsende en begivenhed, som er opført på listen over begivenheder af væsentlig samfundsmæssig interesse i en EØS stat, og som størstedelen af befolkningen i den pågældende stat ikke må berøves adgangen til at følge. Efter de engelske regler kan ITC træffe sin afgørelse om tilladelse uden hensyn til TV-direktivets regler. Men det følger af Englands EU-medlemskab, at afgørelse skal træffes i overensstemmelse med TV-ændringsdirektivet.

Blandt de kriterier, som ITC har opstillet i det vejledende kodeks¹⁶, er det fastlagt, at tilgængeligheden af rettighederne skal være almindeligt kendt, samt at tilladelse til at udnytte en rettighed kan gives, når ingen TV-station har udtrykt interesse for at erhverve rettighederne, eller ikke har afgivet bud på rettighederne. For at sikre, at TV-stationerne reelt har fået lejlighed til at opnå rettighederne på rimelige vilkår, bestemmer kodeks, at udbudet skal være kommunikeret åbent og samtidigt til begge kategorier af TV-stationer. Prisen skal være rimelig og ikke-diskriminerende. Der er i kodeks pkt. 12 fastlagt retningslinier for, efter hvilke kriterier prisen vurderes.

6. Den engelsk - danske konflikt

6.1. Konflikten mellem the Independent Television Commission og TVDanmark 1

6.1.1. Konfliktens baggrund

Konflikten opstod i forbindelse med, at TV-stationen TVDanmark 1 (forkortet TVD) d. 5. juni 2000 indgik kontrakt med UFA Sports GmbH (forkortet UFA), som fordeler fjernsynsrettigheder til World Cup fodbold kampe, om eksklusiv ret til at sende fem kvalifikationskampe til 2002 World Cup, hvori Danmark var deltager. Disse fodboldkampe var oplistede kampe i henhold til dansk lovgivning. TVD (TVDanmark 1) er et TV-selskab, som er etableret i England og underlagt engelsk ret. Siden januar 2000 har selskabet sendt TV-udsendelser til Danmark via kabel og satellit. Dets udsendelser er tilgængelige for ca. 60% af den danske befolkning¹⁷.

¹⁶⁾ Se ITC-dommen, afsnittet "The ITC code" pkt. 17 - 19. Se kodeks pkt. 13 og 19.

¹⁷⁾ ITC-dommen pkt. 15.

UFA havde foretaget sin egen vurdering af markedsværdien af de eksklusive rettigheder og udbød den samtidig til de to danske public service TV-stationer Danmarks Radio (DR) og TV 2. Udbudet foregik på korrekt måde. DR og TV2 havde indgivet et samlet tilbud, som kun lød på 60% af, hvad UFA betragtede som en rimelig pris. TVD tilbød også mindre end det, der svarede til UFA's prisansættelse, men lå dog betydeligt over tilbudet fra DR og TV2. Af hensyn til fodboldklubberne, der ønskede at få den højest opnåelige pris, fik TVD tildelt rettighederne, selvom UFA gerne havde set, at de danske public service stationer havde erhvervet dem¹⁸.

6.1.2. ITC's afgørelse

Kontrakten om TV rettighederne gav TVD adgang til at udsende kampene, men da kun TVD havde erhvervet rettighederne, skulle TVD ifølge Broadcasting Act indhente samtykke fra ITC til at gennemføre udsendelsen. Kontrakten vedrørte begivenheder, som var opført i Danmark, hvor der iflg. den danske bekendtgørelse af 19.11.1998 er krav om, at mindst 90% af den danske befolkning skal have adgang til følge sådanne kampe på TV. Kan denne dækning ikke opnås, må den TV-station, der besidder rettighederne, være indstillet på at dele dem med andre TV stationer for en rimelig pris, jfr. bkg. 1998 § 5.

ITC konstaterede, at UFA's udbud var gennemført korrekt og på rimelig måde. Da begivenhederne skulle udsendes i Danmark, besluttede ITC sig til forud for sin afgørelse at konsultere det danske kulturministerium, som forvalter radio- og tv-lovgivningen. Kulturministeriet udtalte til ITC, at DR og TV 2 aldrig var blevet spurgt om, hvorvidt de var villige til at dele de eksklusive rettigheder med TVD. Da der var ikke blevet tilbudt dem nogen andel i rettighederne, mente kulturministeriet, at det ville være en krænkelse af TV-direktivet art. 3a, stk. 3, såfremt TVD udsendte kampene på eksklusiv basis.

ITC spurgte derefter TVD, om selskabet var villig til at tilbyde DR og TV2 at deltage på ikke-eksklusiv basis. Dette nægtede TVD med den begrundelse, at man alene søgte samtykke hos ITC i henhold til de engelske regler, ikke hos en dansk myndighed. TVD mente, at på grundlag af, at man havde erhvervet rettighederne på korrekt og rimelig måde, var ITC forpligtet til at give sit samtykke. Der fandtes intet i den engelske TV-lovgivning, som angav, at konkurrerende public-service TV stationer skulle have krav på at få en ny chance for at få andel i rettighederne.

¹⁸⁾ ITC-dommen pkt. 16.

ITC besluttede imidlertid at nægte samtykke og begrundede dette med, at den engelske lovgivning skulle fortolkes i overensstemmelse med europæisk lovgivning. Det var derfor ikke tilstrækkeligt, at TVD's erhvervelse af rettighederne var sket i overensstemmelse med den engelske lovgivning, så længe en betydelig del af den danske befolkning var berøvet adgangen til at følge kampene. ITC udtalte, at public service TV-stationer ikke havde haft en reel lejlighed til at erhverve ikke-eksklusive rettigheder på rimelige vilkår. Det var ikke tilstrækkeligt at konstatere, at de havde været tabere ved udbudet af rettighederne.

6.1.3. High Court Judge Jack Beaton's afgørelse

TVD forelagde ITC's afgørelse for en dommer ved High Court¹⁹, judge Jack Beatson QC, som udtalte, at det ikke havde betydning, om TVD var villig til at dele rettighederne med andre TV-stationer. TV-direktivet lagde vægten på, at rettighederne skulle udøves på en sådan måde, at en betydelig del af befolkningen ikke ville blive berøvet adgangen til at følge de oplyste begivenheder. ITC's EU konforme fortolkning af den engelske Broadcasting Act sect. 101 B var korrekt. TVD kunne ikke have haft nogen legitim forventning om at udøve sine rettigheder i strid med EU lovgivningen.

6.1.4. Appeldomstolens afgørelse

TVD indbragte dommerens afgørelse for Court of Appeal²⁰, som omstødte afgørelsen. Appeldomstolen udtalte for det første, at kravet i TV-ændringsdirektivet art. 3a, stk. 3, om adgang for en betydelig del af befolkningen til at følge oplyste begivenheder ikke er en ubetinget ret. Der er tale om en regel fastlagt i et direktiv, hvor medlemsstaterne selv vælger form og metoder for gennemførelse. Samme direktiv tilsigter at fremme konkurrence og fri bevægelighed for tjenesteydelser på markedet, herunder markedet for sportsrettigheder. Her måtte vægten lægges på den måde, hvorpå de eksklusive rettigheder var blevet erhvervet. Der kunne ikke tages hensyn til omstændigheder, som vedrørte forhold efter erhvervelsen. For det andet tillod det engelske kodeks et frit marked; derfor var ITC forpligtet at give samtykke, når erhvervelsen var foregået på korrekt måde. For det tredje mente appelretten, at en betydelig del af befolkningen ikke var blevet berøvet muligheden for adgang til at følge begivenhederne på TV, når blot der var blevet gennemført en korrekt og rimelig udbudsforretning.

¹⁹⁾ Se ITC-dommen pkt. 26-27.

²⁰⁾ Se ITC-dommen pkt. 28-31.

6.1.5. Højesterets (House of Lord's) dom

ITC indbragte appelrettens afgørelse for den engelske højesteret, House of Lords²¹. Højesteret udtalte, at TV-direktivet art. 3a stk. 3, var en klar bestemmelse, som havde til formål at forhindre, at eksklusive rettigheder ville blive udøvet på en sådan måde, at en betydelig del af befolkningen i en anden medlemsstat blev berøvet muligheden for at følge en oplyst begivenhed. Der skal ikke stilles betingelser eller tages hensyn til overvejelser om konkurrence, fri markedsökonomi, kontraktens urørlighed eller lignende. Direktivets bestemmelse er udtryk for et politisk kompromis og har afbalanceret sportsorganisationernes og betalings - TV-stationernes interesser over for borgernes interesse i at blive i stand til at følge betydningsfulde sportsbegivenheder. Dette skal medlemsstaterne betingelsesløst rette sig efter.

Det, som medlemsstaterne kan træffe afgørelse om, er, hvorvidt de eksklusive rettigheder faktisk bliver udøvet på en sådan måde, at de berøver befolkningen muligheden for at se begivenhederne på TV, og dette skal afgøres af ITC på grundlag af Broadcasting Act sect. 101B. ITC's vurdering skal foretages i overensstemmelse med TV-direktivet. Det er forkert, at en korrekt og rimelig udbudsforretning er tilstrækkeligt til at give befolkningen mulighed for at se begivenhederne på TV. Hvis kampen ikke vises på nogen kanal, hvortil borgeren har adgang, har han ingen mulighed for at se den. Det er korrekt, at ITC skal vurdere, om værdien af rettighederne er rimelig og om der har været fri og åben konkurrence om dem. Men Broadcasting Act Del IV har klart til formål at beskytte den offentlige interesse i fri adgang til væsentlige sportsbegivenheder mod markeds kræfterne. ITC skal i sin vurdering afbalancere TV-stationernes, sportarrangørernes og offentlighedens interesser. Det indebærer, at den højstbydende ved udbudet ikke nødvendigvis har krav på at få samtykke fra ITC.

Højesteret vendte sig mod appelrettens opfattelse, ifølge hvilken der bestod en kontrast mellem det nationale engelske system, som lagde vægt på erhvervelse af rettighederne, og det europæiske system, hvorefter udøvelse af rettighederne er afgørende. Højesteret udtalte, at både Broadcasting Act Part IV og TV-direktivet lægger vægt på udøvelsen af rettighederne. Selv om sect. 101 bestemmer, at ITC skal træffe afgørelse under henvisning til vilkårene for erhvervelsen af rettighederne, ligger der heri ikke noget krav om, at ITC er forpligtet til at acceptere resultatet af auktionen, når prisen har været rimelig.

²¹⁾ Se ITC-dommen pkt. 32-47.

Endvidere tog højesteret stilling til appelrettens udtalelse om, at indehaveren af rettighederne ikke skulle forblive i usikkerhed om, hvorvidt man kunne anvende ressourcer på markedsføring. Højesteret udtalte anerkendelse af det danske system, hvorefter de stationer, der har tabt udbudet, typisk public service stationerne, har en 14-dages frist til at tilkendegive deres interesse for at udsende begivenhederne på grundlag af en aftale. Højesteret mente, at selvom dette system kan gøre erhvervelsen af rettigheder uinteressant for en betalings-TV-station, er det en uundgåelig konsekvens af, at de offentlige interesser skal beskyttes. Højesteret mente, at det danske system har gennemført netop de formål, som er nedlagt i TV-ændringsdirektivet art. 3a, stk. 3. Konkurrencerådet eller en lignende institution er efter højesterets opfattelse det bedst egnede organ til at vurdere, om prisen er rimelig²².

Højesteret tog stilling til ITC's fortolkning af BA sect. 101 B ved, at ITC havde inddraget dansk lovgivning i sin beslutning²³. Det forhold, at ITC lagde de begivenheder, der er opført på den danske liste, til grund for sin afgørelse, var korrekt. Det samme gjaldt anvendelsen af den danske 1998-bekendtgørelses bestemmelse om, at en betydelig del af del af den danske befolkning udgør 90%. Herudover skulle sagen afgøres på grundlag af de engelske regler. Endvidere udtalte højesteret, at selvom udøvelsen af rettighederne er afgørende, behøver omstændighederne, hvorunder disse rettigheder er erhvervet, ikke at være irrelevante, når det skal afgøres, om rettighederne er udøvet "på en sådan måde", at befolkningen berøves adgang til at se begivenhederne. Højesteret anså det for en korrekt vurdering, at ITC havde lagt vægt på muligheden - som dansk lovgivning åbner - for at dele rettighederne, idet harmoniseringen af lovgivningerne skal strækkes så langt som muligt.

Ved den engelske højesteret House of Lord's afgørelse d.25. 7.01 blev det fastslået, at selv om landsdækkende TV-stationer har deltaget i de oprindelige forhandlinger om rettigheder uden at opnå dem, kan den TV-station, der har erhvervet rettighederne, ikke afvise senere at forhandle med dem for at give en væsentlig del af befolkningen i et EØS-land adgang til at følge de pågældende begivenheder. Problemet med at få mulighed for sendeadgang til en sådan befolkning skulle nu være løst.

²²) Se ITC-dommen pkt. 40.

²³) Se ITC-dommen, afsnittet "The Danish factor" pkt. 41-45.

6.2. Konfliktens konsekvenser

Sagen mellem ITC og TVD medførte, at TVD trods ITC's nægtelse d. 2. september 2000 fik tilladelse af appelretten til med eneret at sende en fodboldkamp mellem Danmark og Island og kvalifikationskampen mellem Danmark og Nord-Irland i Belfast d. 9. oktober 2000.

Det samme gjaldt kvalifikationskampene mod Malta d. 24. marts 2001 og mod Tjekkiet d. 28. marts 2001. I forbindelse med disse kampe havde TVD tilbudt dansk TV, at man kunne udsende kampene med forskudt sendetid på 45 minutter. Den danske kulturminister Elsebeth Gerner Nielsen²⁴ udtalte, at TV-direktivet ikke kræver direkte udsendelse. Men 1998-bekendtgørelsen tillader ikke forskudt udsendelse, da kampene er så vigtige, at transmissionen skal være direkte. Dispensation kan kun gives af de grunde, som er opregnet i 1998-bekendtgørelsen § 6. Ingen af disse undtagelser blev antaget at foreligge i de konkrete tilfælde. Det blev endvidere udtalt, at kravet²⁵ om direkte udsendelse kun gælder for oplystede sportsbegivenheder. En fire-nationers-turnering, hvori indgik en kamp mellem Sverige og Danmark d. 14. januar 2001, var en træningsturnering, som ikke var opført på listen. Forskudt udsendelse var derfor tilladt.

Først efter afgørelsen fra den engelske højesteret d. 25. juli 2001 er det fastslået, at de nationale engelske regler ikke kan hindre mulighederne for, at en væsentlig del af en national befolkning kan følge væsentlige sportsbegivenheder på TV, selvom kun én TV-station har erhvervet senderrettighederne.

Men der er ikke garanti for, at begivenhederne udsendes til befolkningen, da TV-stationerne, uanset om de har public service forpligtelser eller er betalings-TV, selv bestemmer, om de vil købe rettighederne helt eller delvist.

Det er endvidere blevet omtvistet, om den danske fortolkning af 1998-bekendtgørelsen § 6 om, at vigtige sportsbegivenheder ikke kan sendes tidsforskudt, men kun direkte, er en korrekt EU konform fortolkning, da den ikke tilgodeser hovedformålet med TV-direktivet art. 3a, stk. 3, hvorefter en væsentlig del af befolkningen så vidt muligt skal have adgang til at følge begivenhederne på TV. Usikkerheden synes at være blevet løst ved en ændring af 1998-bekendtgørelsen, idet der d. 20. august 2001 i bekendtgørelsen er blevet indsat et nyt § 6 stk. 4, som bestemmer, at kulturministeren kan dispensere fra kravet om direkte transmission, hvis en tvist, voldgift eller

24) Kulturministeriets pressemeddelelse d. 4.4.2001. Se <http://www.kum.dk>

25) Kulturministeriets pressemeddelelse d. 5.4.2001. Se <http://www.kum.dk>

lignende er årsag til, at begivenheden ikke kan sendes direkte til mindst 90% af befolkningen på gratis tv.

Trods bestræbelserne på at give befolkningen adgang til at følge væsentlige sportsbegivenheder kan reguleringen ikke hindre, at det kan blive de økonomiske i højere grad end de kulturpolitiske interesser, som vil blive tilgodeset ved fremtidige indkøb af og aftaler om deling af rettigheder til sportsbegivenheder, som en stor del af den nationale befolkning føler sig knyttet til og identificerer sig med. Denne udvikling vil næppe kunne bremses. Men fastlæggelsen af de nationale regler har bidraget til, at sportsorganisationerne og TV-udbydere har fået afklaret grundlaget for, hvad de kan forhandle om, og på denne basis træffe de økonomiske og kulturpolitiske beslutninger, som er mulige inden for disse rammer.

7. Samfundsmæssige perspektiver

Danmark - såvel som andre EU medlemslande - yder betydelige offentlige tilskud til sportssektoren, ikke mindst til elitesporten, som bliver stadig mere internationaliseret. Af hensyn til de store økonomiske interesser, som er knyttet til den professionaliserede idræt, er det nødvendigt på nationalt plan at tilvejebringe det økonomiske fundament for at gennemføre de kulturpolitiske intentioner om give befolkningen et tilhørsforhold til sportsudøvelsen i Danmark. Reglerne i TV-ændringsdirektivet art. 3a om befolkningens adgang til at følge væsentlige sportsbegivenheder har vist sig at være et hensigtsmæssigt og nødvendigt bidrag til opfyldelsen af EU Traktatens art. 151 om de kulturelle forhold EU, hvorefter der skal værnes om udviklingen af de enkelte landes kulturelle særpræg. De økonomiske midler, som en medlemsstat investerer i eliteidrætten, kan således komme det pågældende lands befolkning til gode, fremfor at vigtige sportsbegivenheder alene kan følges af de bedst betalende abonnenter på betalings-TV uanset deres nationale tilhørsforhold. Det kræver dog de nationale myndigheders og domstoles medvirken til, at reglerne gennemføres i medlemsstaterne efter de intentioner, som er opstillet ved harmoniseringsreglerne på europæisk plan.

Men den stærke teknologiske udvikling kan inden for et kortere åremål tænkes at overhale det europæiske system. Ved gennemførelse af planerne om konvergens, hvorved forstås sammensmeltningen af Internet, radio/TV og andre IT-medier, kan adgangen til grænseoverskridende tjenesteydelser blive vanskelig at styre på europæisk plan²⁶. Der kan opstå et globalt anarki eller skabes internationale strukturer, som domineres af økonomisk stærke internationale udbydere af IT-tjenesteydelser. Valgfriheden for det enkelte menneske kan blive langt større end nu,

²⁶⁾ Se Eliteidræt kapitel 10: Mediernes rolle. Fremtidens mediebillede.

og tjenesteydelser kan udvikle sig fra at være envejs-kommunikation til at blive interaktive. Men samtidig kan indholdet af de udsendelser og programmer, som tilbydes, i højere grad end nu blive lagt an på en industrialiseret masseunderholdning fremfor på kulturpolitiske intentioner til fordel for nationale eller regionale befolkningsgrupper. Påvirkning af en sådan udvikling må forventes at blive vanskelig, og den vil kræve et internationalt samarbejde og dialog med deltagelse af både nationalstater, overnationale og internationale sammenslutninger og aktørerne på markedet for informationsteknologi.

Should business benefit from consumer protection?

Af

Ole Lando

* This article brings the same ideas as an article which I have written earlier in 2001 for a Festschrift in honour of professor Peter Schlechtriem in Freiburg in Germany. I am grateful to professor Peter Mogelvang-Hansen, Law Department, Copenhagen Business School, who has read a draft, and caused important amendments to be made.

The Subject Matter

1. In a market economy business life is often a jungle and business enterprises are its carnivores. Those, which can, kill or devour the others when it serves their purposes. However most of us appear to approve of the market economy. It has made most of us wealthier than we have ever been before in history. We like the business enterprises for that. But we do not love those businessmen who behave like predators who engage in aggressive marketing methods, misleading advertisements and restrictive business practices, and who impose unfair contract terms upon us.

It is a widespread credo that the law should protect consumers against unfairness. The typical consumer is in a weak position vis-a-vis the professional supplier. Often she cannot resist his aggressive marketing, and makes purchases of goods and services, which she soon after regrets. She is also exposed to standard terms of business laid down in the supplier's printed contract forms. She is often not able to understand the written standard terms, which are often written in a convoluted language. For this reason, or because she is careless, she does not read them. If she reads and understands them, she is often optimistic and does not object. She believes that the stipulator will stand by his promise, make a good and conforming tender in time, and that she will also perform her duties under the contract. But even if she might wish to have the terms changed in her favour, she cannot. The stipulator will

not permit it. If she then goes to another supplier, she will get similar terms. For these reasons the consumer is in need of protection.

In the 1970s the national legislators began to protect the consumer. Also the EC undertook a harmonisation of consumer law by way of directives. In this way the EC provided some harmonisation of the contract law.¹ However, this EC contract law is only fragmentary. It tends to vary in its level of detail, and it is not well co-ordinated. Since the national laws of contract are different, it causes problems when it is to be adjusted to the various national laws. There is no European law of contract to support it.

The EC protect the consumer² and not the business enterprise. The party who suffers unfairness may also be a "small" professional, a farmer, a grower of vegetables, a fisherman or an artisan. He may also be a big businessman. In the following I shall argue that all enterprises ,big and small may need protection against unfairness.

Plan

2. This article deals with contracts for the sale and lease of goods and for the performance of services. Credit agreements are not included.

I shall first treat the position of a party in relation to unfair contract terms imposed upon him by another party. Should the protection be restricted to consumers and to parties who have submitted to standard terms, or should it also cover business enterprises and those who have subjected themselves to individually negotiated terms? I will treat the attitude to these problems of some national laws, the Unfair

1) See e.g. directives on Doorstep Sales (20 Dec. 1985, no 85/577), Consumer Credit (22 Dec. 1986, no 87/102), Package Tours (13 June 1990, no 90/314), Unfair Terms in Consumer Contracts (5 April 1993 93/13 EC), Time Share Agreements (26 Oct. 1994, no 94/47), Distant Sales (20 May 1997 no 97/7) and Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Products (23 May 1999 no 44).

2) In this article the concepts of consumer and standard contract term as defined in the EC Council Directive on unfair terms in consumer contracts (5 April 1993 no 93/13) are used. Article 2 describes the consumer as "a natural person who is acting for purposes which are outside (her) trade, business or profession ". Under article 3 the Directive applies to "a contractual term which is not individually negotiated". Such a term "shall always be regarded as not individually negotiated where it has been drafted in advance and the consumer has not been able to influence the substance of the term, particularly in the context of a preformulated standard contract."

Terms in Consumer Contracts Directive³, The Principles of European Contract Law⁴ (PECL) and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts⁵. I shall then argue that also the enterprise may need protection against unfair terms,⁶ and that the protection should also cover parties who have agreed to individually negotiated terms.

I shall then treat the rules which in order to protect the consumer dictate the terms of the contract in the EC Directive on Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees (Consumer Sales Directive)⁷. The Directive on the Protection of the Consumer in Respect of Distance Contracts (Distance Contracts Directive)⁸ also provides dictated terms on the supplier's performance, and on the consumer's right to cancel a payment in case of fraudulent use of his credit card. Should these rules also protect the business enterprise?

I shall finally deal with some rules mainly provided in the EC Doorstep Sales Directive⁹ and the Distance Contracts Directive. They are the rules providing a time after the conclusion of the contract within which the customer may call off the deal, a duty of the supplier to provide the customer with information in writing so that the deal he makes becomes transparent to him, and rules protecting him against inertia selling and against a supplier's use of automatic selling machines.

³⁾ 5 April 1993 no 93/13.

⁴⁾ Ole Lando and Hugh Beale (eds.) Principles of European Contract Law. Parts I & II. Prepared by the Commission on European Contract Law. The Hague 1999.

⁵⁾ Principles of International Commercial Contracts, published by UNIDROIT, International Institute for the Unification of Private Law, Rome 1994.

⁶⁾ On the influence which consumer law may have on the commercial contract law see, *Thomas Wilhelmsson*, Is there a European Consumer- and There Be One?. Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero. Saggi conferenze e seminari, diretto da *M.J. Bonell*, vol.41, 2000 at 4ff.

⁷⁾ 23 May 1999 no 44.

⁸⁾ 20 May 1997 no 97.

⁹⁾ 20 Dec.1985 no 85/577.

1. Unfair Contract Terms

The national laws

3. Under the general clauses in the German § 242 BGB, the Dutch BW 6:248, and the Nordic Contract Act § 36, unfair contract terms may be declared unenforceable. These general clauses apply both to the protection of business enterprises¹⁰ and consumers, and to the terms, which have and which have not been individually negotiated. And so does the provision on unconscionable contracts and contract terms in sales contracts in the American Uniform Commercial Code § 2.302 and in the American Restatement on Contracts Second § 208, which is meant to cover all contracts. In the Nordic countries as in the USA the general clause in the Contract Act § 36 has been applied more readily to consumers than to business enterprises¹¹

The Swedish Act on Unfair Contract Terms between Business Enterprises of 1984 empowers the Market Court to enjoin an enterprise from using an unfair term or unfair terms in the future. It is provided that in doing so the court may consider the typical weak position of the customers and this provision is aimed at the small businessman. However, the Act is not invoked very often in the Market Court. The Market Court applies more often the Consumer Contracts Terms Act of 1994 (SFS 1994: 1512) implementing the EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts.

The UK Unfair Contract Terms Act 1977 mainly covers exemption and limitation of liability clauses, not unfair contract terms in general. It provides special rules for contracts made on one party's standard form and for consumer contracts. Here the law has made it more difficult for a party using a standard form and a party dealing with a consumer to get away with an exemption of liability clause than in other contracts. Under s. 3 of the Act he cannot by reference to a contract term exclude or restrict his liability for breach of contract. Nor can he render a performance substantially different from that which the other party reasonably expected or, as regards the whole or part of his obligations, no performance at all, except as in so far the contract term satisfies the requirement of reasonableness. A schedule annexed to the Act provides guidelines which the court may consider in deciding whether a term meets the requirement of reasonableness. Among them is the strength of the bargaining position of the parties relative to each other and whether the customer knew or ought reasonably to have known of the existence of the term.

¹⁰⁾ SFS 1984:292

¹¹⁾ Countries in Europe which have not provided any statutory general clause against unfair contract terms have reached similar results by other methods, see *Hondius, Unfair Terms in Consumer Contracts*, Utrecht 1987 (Molengraaf Instituut voor Privaatrecht) and the survey on "Freedom of Contract and its Limits" in the 3d edition of *Zweigert & Kötz, An Introduction to Comparative Law*, Oxford 1994 Chapter 24.

The EC Unfair Terms in Consumer Contracts Directive to be treated below, has been implemented in the United Kingdom.¹² However, as has been pointed out, "there is no general principles of English law that enables courts to refuse enforcement of a contract solely on the ground that it is unfair"¹³

The system adopted by the German General Conditions of Business Act of 1976 is worthy of note. § 9 of the Act provides that general conditions of business are unenforceable when they are unfair.¹⁴ § 11 establishes a catalogue of terms which are to be regarded as unenforceable *per se* (a black list), and § 10 another catalogue of terms which the court *may* set aside if they cause an unreasonable detriment to the consumer (a grey list). None of the lists are exhaustive, and the courts have added new terms to them¹⁵. Unlike the general clause in § 9 the two lists are only directly applicable to consumer contracts. They do not apply to general conditions of business to which a businessman (*Kaufmann*) adheres if the contract relates to his trade. However, under § 9 the courts may also set aside terms listed in the catalogues in §§ 10 and 11 in such business contracts, and this has been done to a considerable extent.¹⁶

4. Some European laws distinguish between big and small enterprises and give special protection to the small businessmen.

The Danish Consumer Ombudsman takes action for the protection of the small business enterprises against unfair terms. Whether they are small is a matter for the Ombudsman's discretion.¹⁷

¹²⁾ See Unfair Terms in Contracts Regulations 1999

¹³⁾ *Roy Goode*, Commercial Law, 2d edition 1995 p 99, see also *Chitty on Contracts*, 28 ed. 1999 Vol. I, 1-019.

¹⁴⁾ The unfairness is described as follows: "when contrary to the requirement of good faith the clauses cause an unreasonable detriment to the adhering party. In case of doubt an unreasonable detriment is to be presumed if the clause is incompatible with the fundamental principles of the law from which it deviates, or if it limits the fundamental rights and duties following from the nature of the contract to such an extent that the attainment of the purpose of the contract is endangered".

¹⁵⁾ See *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vol. I, Allgemeiner Teil, 3.ed Munich 1993, AGBG § 9 notes 21ff/*Kötz*

¹⁶⁾ See *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vol. I, Allgemeiner Teil, 3.ed. Munich 1993 notes to AGBG §§ 10 and 11/*Basedow*, and Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 55 ed. München 1996, AGBG §9 note 32, and notes to §§ 10 and 11/*Heinrichs*.

¹⁷⁾ On the Consumer Ombudsman see *Borge Dahl* in *Borge Dahl* and others (eds.), *Danish Law in a European Perspective*, Copenhagen 1996 421,429ff.

The Dutch have distinguished between big and small enterprises in one respect. BW Book 6, Section 3, dealing with general conditions has in Art 6:233 a general clause. It provides that a stipulation in general conditions may be set aside if it is unreasonably onerous for the other party, and the stipulator has not given the other party a reasonable opportunity to take cognisance of the general conditions. Art 6:234 describes what the stipulator has to do in order to give the other party an opportunity to take cognisance of his general conditions.

Art 6:235 provides that arts 6:233 and 6:234 cannot be invoked by legal persons of a certain category and by other enterprises in which more than 50 persons are employed. In art 6:236 there is a catalogue of terms which are deemed to be unreasonably onerous and in 6:237 a catalogue of terms which are presumed to be unreasonably onerous. They apply to consumer contracts, but they have a reflective effect on business contracts, especially when small enterprises are confronted with large ones.

However, the big enterprise is not unprotected. It can invoke the general clause in BW art 6:248 (2). Under this provision a rule which is binding upon the parties under a contract does not apply to the extent that under the circumstances this would be unacceptable by the standards of reasonableness and equity. This provision applies to all contracts and terms of contract whether they have been individually negotiated or not, and whether the party invoking the rules is a consumer, an enterprise protected under art 6:233 and 6:234 and one not so protected.

The EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts

5. This Directive has in many respects been modelled upon the German Act of 1976.¹⁸ Art 3(1) lays down that a contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair- and therefore not binding- on the consumer, if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract to the detriment of the consumer, see art 6 (1). Art 3 (3) makes reference to the Annex which provides an indicative (i.e. grey) and non-exclusive list of 17 terms which may be regarded as unfair.

Art 4 (1) provides that the unfairness of a contractual term shall be assessed, taking into account the nature of the goods or services for which the contract was concluded and by referring, at the time of conclusion of the contract, to all circumstances attending the conclusion of the contract and to all the other terms of the contract or of another contract on which it is dependent.

¹⁸⁾ 93/13/ of 5 April 1993, OJEC No L 95/29.

Under art 4(2) assessment of the unfair nature of the contract shall relate neither to the definition of the subject matter of the contract nor to the adequacy of the price and remuneration on the one hand, as against the services or goods supplied in exchange on the other, in so far as these terms are in a plain and intelligible language. This limitation we do not find in the national laws mentioned above. Here the stipulator's definition of the main subject matter of the contract and the adequacy of the price and remuneration may also be set aside as unfair and so may individually negotiated clauses.

The consumer is defined as a natural person who in contracts covered by the directive, is acting outside of his trade, business or profession. Goods and services supplied to charities and other non-business organisations fall outside of the scope of the Directive.

The Directive only covers contracts concluded by a seller or supplier i.e. a natural and legal person who, in contracts covered by the Directive, is acting for purposes relating to his trade, business or profession whether publicly owned or privately owned. Goods and services supplied by private persons are not covered.

Under art 3 (2) of the Directive a term shall always be regarded as not individually negotiated where it has been drafted in advance, and the consumer has therefore not been able to influence the substance of the term, particularly in the context of a pre-formulated standard contract. As is seen, a standard term, which in fact was negotiated between the parties, although the consumer lost the battle, is outside of the scope of the Directive. On other hand a term, which the seller or supplier drafted in advance for this particular consumer only, and which was not negotiated, falls within the scope of the Directive.

The Directive is now implemented in all the EU Countries.

The Principles of European Contract Law

6. In the chapter of the Principles of European Contract Law on the validity of contracts and contract clauses, article 4:110¹⁹ provides rules on unfair contract terms that in several respects follow those of the Directive. Article 4:110 (1) provides the same rule as articles 3(1) and 6 (1) of the Directive on a party's right to avoid an unfair term that has not been individually negotiated.

The Comment on PECL article 4:110 refers to and brings the list of 17 possibly unfair terms which have been provided in an Annex of the Directive.

¹⁹⁾ *Ole Lando and Hugh Beale supra*, note 4 at p.266.

Unlike the Directive, which only protects consumers, article 4:110 of the PECL is not limited to contracts between enterprises and consumers. Hence, terms in contracts concluded between private persons, one of which has used a standard term, and in contracts between powerful enterprises and small businessmen, such as farmers, fishermen, artists, etc. are covered by the provision. Even the powerful enterprise is protected.

Article 4:110 is mandatory. A party cannot waive its application when the contract is being made. However, it is up to the disadvantaged party to take the initiative to have the clause set aside or modified.

As in article 4 (2) of the Directive, the court cannot assess whether either the main subject matter of the contract or the price is unfair.²⁰ However, the rules in Chapter 4 of the PECL on "procedural unfairness" may come to the help of a disadvantaged party, notably the rules on mistake, misrepresentation, fraud, threat and on taking excessive or grossly unfair advantage of a party's weakness. These rules may also be applied to an individually negotiated contract or a contract term that proves to be unfair.

If these rules cannot help the disadvantaged party and there is a case of gross unfairness, the general clause on good faith and fair dealing in Article I: 201 can be invoked to set aside the unfair contract or term.

The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts

7. Art 3.10 of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts²¹ is a provision on "gross disparity". Where there is "substantive" unfairness, an unfair term or a gross disparity between value and price a party has often behaved unfairly having misled or threatened the other party, or abused his superior bargaining power by taking advantage of the other party's weakness. Under the laws of several countries such "procedural" unfairness will suffice to set aside or modify the contract.²² As the case law of these countries shows, the courts will often find such

²⁰⁾ However, art 4:110 (1) covers a term allowing a party to raise the price later.

²¹⁾ Op.cit note 5

²²⁾ On abuse of superior bargaining power to obtain an excessive benefit, see § 138 (2) German BGB, Nordic Contract Act § 31, Greek c.c. art 178 and 179, and Dutch BW art 3:44(4). On the United States see *Farnsworth on Contracts*, Boston 1990, Vol. I § 4.20 and 4.28 notably at p 506f. See also PECL art 4:109. In England contracts may be set aside for undue influence in cases where the victim is particularly vulnerable, see *Chitty on Contracts*, 28 ed. London 1999 s. 7-041. In France an abuse of a superior bargaining power is sometimes treated as "violence", see Cass. Soc. 5 July 1965, Bulletin officiel des arrêts de la Cour de Cassation IV no 545 and Cass. Civ. 24 May 1989, see Bulletin officiel des arrêts de la Cour de Cassation I no 212.

abuse of the bargaining process. The more unconscionable a term or contract is, the more likely is the court to trace a “procedural” unfairness.

The UNIDROIT Principles focus on this the link between substantive and procedural unfairness. Art 3.10²³ provides that a party may avoid a contract or a contract term if at the time of the conclusion of the contract, the term unjustifiably gave the other party an excessive advantage. Regard is to be had, among other factors to

- (a) the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill, and
- (b) the nature and purpose of the contract.

Evaluation. Who should be protected against unfair terms?

I shall first deal with standard terms or contract terms, which have not been individually negotiated, and then with the individually negotiated terms.

The standard terms

8. One question is whether the protection against unfair standard terms in contracts should be extended to small business enterprises or to all business enterprises. One school will only protect the consumer. It argues that the business enterprise, be it big or small, can take care of itself, and needs no protection. Another school will protect the small business enterprise, and maintains that it is often in a weak position vis-à-vis the big enterprise. A third school will protect all enterprises maintaining that anybody can be exposed to the unfairness of a standard term regardless of who he is.

Small enterprises

9. One argument in favour of excluding the “small” professional, the farmer, the fisherman, the shopkeeper, the artisan etc from protection is that he is a businessman. He faces stipulators which are his suppliers, and stipulators which are his purchasers. He is more ready than is the consumer to try and read the stipulator's general conditions, and he is less optimistic as regards the contingencies and risks dealt with in the standard form contracts.

²³⁾ UNIDROIT Publication, *supra* note 5, at p 77.

However, in other respects his situation is mostly the same as that of the consumer; he may have the same difficulties in understanding the terms of the stipulator's general conditions, and he is as weak as she is when it comes to negotiating better terms. A state of dependence on the stipulator whom he owes money or who is his main customer may also make him accept the stipulator's unfair terms.

Another argument in favour of limiting the protection to consumers is that they are an easily defined group. This does not apply to the "weak" owner of an enterprise. If protection is extended to other weak parties than consumers it may be difficult to determine who is weak. Is the farmer who went to high school and who has middle size farm a weak party? This uncertainty, it is argued, will cause unpredictability in business relations. On the other hand, a sharp distinction as the one provided in the Dutch BW is too rigid and will be difficult to maintain on a European level.

However, a distinction should not be dropped because it may be difficult to draw in some borderline cases. If need be the courts will know to draw the line. On the other hand, the small professional may not need to be protected against all those terms, which guard the consumer. For example, the consumer is generally not bound by a clause giving the stipulator the right to free himself of the duty to perform without a reason which is objectively justified and mentioned in the contract. Such a clause may sometimes be upheld in a contract where a buyer enterprise has stipulated that without giving reasons he may cancel the small professional seller's performance of goods.²⁴ The question which terms should be held unenforceable should be left to the courts.

All businessmen. A criterion of unfairness.

10. The big businessman, it is often argued, needs no protection. He is generally more educated, and he can afford to get advice if he does not understand the terms. In addition he has better prospects of negotiating better terms than has the consumer and the small businessman. And if a problem arises he may not be forced to abide by the unfair terms. When he has to do with a regular supplier the problem is often solved amicably.

However, as has been pointed out by *Hein Kötz*²⁵ and others the extension of the protection to all business enterprises against unfair general conditions is not based

²⁴⁾ See Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Vol. I Allgemeiner Teil, 3.ed Munich 1993, AGBG § 10 no 3 (p 1911)/ *Basedow*.

²⁵⁾ See Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Vol. I Allgemeiner Teil, 3.ed Munich 1993, AGBG § 9 note 18ff (p 1874)/ *Kötz*.

upon the stipulator's abuse of his bargaining power. It is based on economic considerations.

The parties to business contracts do not generally negotiate standard terms. They are generally only interested in the essential terms. A buyer is interested in and will, if he finds it necessary, negotiate the character of the goods or services he gets, the time of delivery, the price and the terms of payment. But he will generally not negotiate the seller's standard terms. Often he does not read them.

The big enterprise would probably get better terms if it would read the standard terms of the other party carefully, and with a view to have them changed, negotiate them with the other party. But it would be a costly and a time consuming task to read and negotiate the terms of the many contracts, which the enterprise makes. The enterprise would incur transaction costs, which on average would be higher than the benefit, which it would derive from a successful negotiation of better terms. In practice a party accepts terms which he would not have accepted if he had taken the time to read them and negotiate them with the other party.

Which are then the unfair terms in contracts between business people?

A term is unfair if it puts the risk upon the other party for an impediment or other contingency, which the stipulator could prevent, overcome or take upon him at lower costs. This includes cases where the stipulator's cost of insuring against the risk is lower than the other party's cost. In order to save the businessman from the costs of reading and negotiating the law must protect him against such terms.

However, the big professional does not need to be protected against all those terms, which protect the consumer and the small professional. An example is a clause whereby a certain act or omission by the adhering party is considered as a declaration made or not made by him. It may, for instance provide that goods delivered to the adhering party are to be considered accepted unless he does not give notice of defects within a short period. This clause may be unfair to impose upon a consumer and a small professional, but it may be customary and fair between enterprises of an equal bargaining position, especially in trades where a clear and swift settlement of accounts is necessary.

What should then be done to the unfair contract terms?

It is submitted that an approach modelled upon the German should be considered. A general clause should provide that contracts or contract terms drafted or inserted by one party are unenforceable when contrary to the requirement of good faith they cause an unreasonable detriment to the other party. The stipulator's definition of the main subject matter of the contract and the adequacy of the price and remuneration

could also be set aside as unfair. The rule should protect all parties, both consumers and non-consumers. In contracts between businessmen the general clause should be applied with some caution.

For the protection of the consumer two catalogues or lists of terms should be established. One list should provide terms, which are to be regarded as invalid *per se* (a black list), and another list should contain terms, which the court *may* set aside if they cause an unreasonable detriment to the consumer (a grey list). Unlike the general clause the two lists should only be directly applicable to consumer contracts. However, under the general clause the courts will also set aside terms listed in the catalogues, in business contracts. Some terms will be held unenforceable only in relation to the small businessman, and some terms would be set aside whoever is the adhering party. When deciding whether a term is to be set aside as unfair between businessmen the court shall pay regard to the customs and usages of the trade. It does not seem advisable to establish catalogues of terms for the protection of business enterprises only.

Individually negotiated terms

11. Another question is whether persons who become the victim of an unfair term, which they have negotiated with the other party, should also be protected.

The problem will arise both in weak party contracts (with consumers and "small" professionals) and in contracts between business people of equal strength.

Parties of equal bargaining power should be allowed to distribute the risks of their enterprise, as they think fit. When negotiating contract terms business enterprises should have a considerable freedom of contract. Both society and the parties may profit from contracts even though they provide an "unbalanced" distribution of risks. A term, which would be unfair as a standard term, will often be reasonable if individually negotiated.

However, the freedom should not be unlimited. It is submitted that grossly unfair terms should be held unenforceable. An example is a term, which excludes a party's liability for physical injury to the other party's and his employees' person brought about by the first party's negligent behaviour.

If in a consumer or other weak party contract the stronger party has abused his superior bargaining power by taking advantage of the other party's weakness, such "procedural" unfairness may suffice to set aside or modify the contract. Where procedural unfairness can be proved the courts tend to rely on that in stead of the "substantive" unfairness. However, "procedural" unfairness requires a gross

behaviour on the part of the stronger party, which may be difficult to ascertain. It should be possible to modify or set aside an individually negotiated term for "substantive" unfairness. The catalogues mentioned above might serve as a guideline.

However, also in weak party contracts there are cases where parties should be allowed to agree on an "unbalanced" distribution of risks.

B. The Dictated Terms. Mandatory provisions on the buyer's remedies.

Consumer Sales Directive of 25 May 1999²⁶

12. In most European laws some contracts such as leases of immovables, insurance contracts, consumer sales and consumer credit are regulated by mandatory rules. In order to protect one party, the tenant, the insured party or the consumer, these rules dictate the terms of the contract, so that at the time of the conclusion of the contract the protected party cannot waive the protection. The laws vary, which, as mentioned, create problems for parties doing business in other EU countries.

The Directive of 25 May 1999²⁷ on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees (*Consumer Sales Directive*) provides dictated terms. They deal with the requirement to the quality of goods to be supplied to the consumer, and the remedies which the consumer has against the seller in case the goods do not conform with the contract. They treat the time limits within which the seller is liable for lack of conformity and the contents of guarantees issued by the seller. In addition there are rules on the final seller's right of redress against the producer, a previous seller in the same chain of contracts or another intermediary.

Art 2 of the Directive provides that the goods must be in conformity with the contract. The rules on the requirements are similar to those of the U.N Convention of Contracts for the International Sale of Goods (CISG) article 35. However, the requirements are tightened. Art 2(2)(d) provides that "*the goods must show the quality and performance which are normal in goods of the same kind given the nature of the goods and taking into account any public statement on the specific characteristics of the goods made about them by the seller, the producer or representative especially in advertising or on labelling*". A liability for statements given by persons in earlier links of the sales chain is found in the Nordic Sale of

²⁶⁾ See *Schlechtriem, Das geplante Gewährleistungsrecht im Lichte der europäischen Richtlinie zum Verbrauchergüterkauf* 20002

²⁷⁾ 99/44, see OJEC 1999 L 171/12 of 7 July 1999.

Goods Act § 18.²⁸ It is also provided in article 6:101 of the Principles of European Contract Law.²⁹ It goes further than CISG and the sales law of several European countries.

However, art 2 (2)(d) is not clear. How do "the public statements on the specific characteristics of the goods made about them" relate to "the quality and performance which goods of the same type are normally used, and which the consumer can reasonably expect, given the nature of the goods"? Will the seller, the producer or his representative be bound by statements about some extraordinary quality which goods of the same type normally do not possess? It is unclear whether he is bound, but it is submitted that such statements should bind him.

Art 3 (3) of the Consumer Sales Directive provides that in case of a lack of conformity the consumer may in the first place choose to have the seller repair the goods or to replace them free of charge, unless under the circumstances this remedy is disproportionate as being too burdensome for the seller. In that case, or if the repair or replacement was not completed within a reasonable time or caused the consumer significant inconvenience, the consumer may claim a reduction of the purchase price or rescind the contract, see art 3(5). However, the consumer is not entitled to have the contract rescinded if the lack of conformity is minor.

One may ask whether it is reasonable that the consumer who gets goods with grave defects cannot rescind, not even if it is possible that the seller's attempts to remedy

²⁸⁾ Nordic SGA § 18 (2) (Swedish version) provides:

The goods shall also be considered not to conform with the contract if they do not comply with information on the quality or use of the goods which somebody other than the seller, at an earlier link in the sales transaction or on behalf of the seller, gave before the conclusion of the contract when marketing the goods, and which can be assumed to have affected the sale. However, there shall be non-conformity if the seller neither was aware nor should have been aware of this information.

²⁹⁾ **Article 6:101: Statements giving rise to Contractual Obligations**

(1) A statement made by one party before or when the contract is concluded is to be treated as giving rise to a contractual obligation, if that is how the other party reasonably understood it in the circumstances, taking into account

(a) the apparent importance of the statement to the other party;
(b) whether the party was making the statement in the course of business; and
(c) the relative expertise of the parties.

(2) If one of the parties is a professional supplier who gives information about the quality or use of services or goods or other property when marketing or advertising them or otherwise before the contract for them is concluded, the statement is to be treated as giving rise to a contractual obligation unless it is shown that the other party knew or could not have been unaware that the statement was incorrect.

(3) Such information and other undertakings given by a person advertising or marketing services, goods or other property for the professional supplier, or by a person in earlier links of the business chain, are to be treated as giving rise to a contractual obligation on the part of the professional supplier unless it did not know and had no reason to know of the information or undertaking.

the defects will not succeed? He can only rescind if he can prove that repair or replacement will cause him significant inconvenience. Under CISG art 49 (1) (a) the buyer may avoid (i.e. rescind) the contract if the non-conformity amounts to a fundamental breach of contract. This rule, which is also provided in the PECL art 4.301 and the UNIDROIT Principles art. 7.3.1 should also apply to consumer sales.

The Directive does not cover the buyer's right to damages³⁰. The reason is probably that the national laws on damages for breach of contract differ considerably, and that the draftsmen of the Directive could not agree on common rules. However, the English version of Art 3 (1) provides that "the seller shall be *liable* to the consumer for any lack of conformity...". This has led some English lawyers to believe that as in UK law and in CISG arts 45 (1) (b) and 79 the seller is strictly liable in damages for any non-conformity.³¹ However, the remedy of damages is not mentioned in art 3, and seems to be left to national law.³² In the proposed German revision of the law of obligations, which includes an implementation of the Directive the seller is liable in damages, if he has acted in violation of a duty.³³ In many cases he is not liable, if he can show that the non-conformity was not due to his negligence. This reflects a fundamental difference between English and German law. It also shows the desirability of getting uniform rules on contract liability laid down in a comprehensive EC Contract or Civil Code.³⁴

Article 5 provides time limits. The seller shall be held liable where the lack of conformity becomes apparent within two years from delivery of the goods. If under national legislation the rights laid down in article 3(2) are subject to a limitation period, that period shall not expire within a period of two years from the time of delivery. Member states may provide that in order to benefit from the right the consumer must inform the seller of the lack of conformity within a period of two months from the date that he detected the lack of conformity. Member States may

³⁰⁾ See *Schlechtriem* op.cit. note 26, 208 and 221.

³¹⁾ In England the reduction of the price, see art 3(5) of the Directive, is regarded as damages, see *Lando and Beale* op.cit. note 4, 432.

³²⁾ See the Preamble no 6 and art 8 (1). And does the Directive improve the consumer's position noticeably considering that clauses which inappropriately exclude his rights and remedies in case of non-performance by the seller would be set aside as unfair under the Unfair Terms in Consumer Contracts Directive, see art 3 (3) and the Annex sub 1 (b)?.

³³⁾ See *Schlechtriem*, op. cit. note 26 at 210. In August 2001 the bill was still before the German Parliament.

³⁴⁾ See also *Schlechtriem*, op. cit note 26 at 222

provide for longer periods, and the German proposal for a reform of the law of obligations provides longer prescription periods.³⁵

Unless proved otherwise, any lack of conformity, which becomes apparent within six months of delivery of the goods shall be presumed to have existed at the time of delivery, unless this presumption is incompatible with the nature of the goods or the nature of the lack of conformity.

These time limits are longer than those provided in several of the European laws. However, to permit longer limitation periods than two years and longer periods for giving notice than two months in national laws is contrary to the aim of the Directive, which is to provide equal conditions of competition for the final sellers.

The seller is not required to issue a guarantee to the consumer. However, if he does, the guarantee must satisfy the requirements of art 6. They purport to ensure that the guarantee does not deprive the consumer of any of the rights he has under the applicable law governing consumer sales and that the guarantee is written in a clear and intelligible language.

Art 7 provides that the rules of the Directive are mandatory for the protection of the consumer. Any term or agreement concluded with the seller before the lack of conformity was brought to the seller's attention which directly or indirectly waive or restrict the rights resulting from the directive shall not be binding on the consumer. As *Schlechtriem* has pointed out an indirect waiver may be a clause hidden in standard terms, which allows the seller to deliver goods other than those mentioned in the description or shown in the sample or model.³⁶

Is the Directive a step forward towards a unified European Consumer law?

The Directive rightly calls its rules a "minimum set of rules of consumer law", see the Preamble's "whereas clause" no 5. The aims of the Directive are to avoid that "competition among sellers may be distorted", see "whereas clause" no 3, and to "strengthen consumers confidence and enable consumers to make most of the internal market", see no. 5. One may ask whether these aims are attained by this minimum set of rules. Furthermore, also this Directive raises the question whether such rules for the protection of the consumers can stand alone? Should not the non-mandatory rules of the sales laws be amended to bring them in harmony with the rules on the sale of consumer goods?(a). Should the mandatory rules of the Directive

³⁵⁾ *Schlechtriem* op.cit note 26 at 233- The prescription period is three years from the time the goods were delivered.. The period for claims caused by the non-conformity of building material is five years . In the new part 3 of PECL art 14:102 provides a general prescription of three years.

³⁶⁾ *Schlechtriem*, op. cit note 26 at 232

governing sales to consumers have an impact upon the businessmen's freedom of contract? (b)

a. The background of the Directive is a Euro-barometer-poll from the year 1993, which showed that the consumers saw the difficulties of getting repair and replacement of defective goods as the foremost reason for not buying goods abroad. The European Commission and Parliament regarded the different rules, which governed this remedy as a barrier to the trade within the Communities, which had to be abolished. The European Commission may have realised that the same difficulties face those business enterprises, which buy goods for export under the national sale of goods acts. Since the trade volume of these enterprises is many times that of the consumers buying from foreign enterprises these problems are many times more important. But nothing was done about that problem.

However, art 4 appears to help the final seller. It provides that where he is liable to the consumer because of lack of conformity resulting from an act or omission by the producer, a previous seller in the same chain of contracts or any other intermediary, he shall be entitled to pursue remedies against the person or persons liable in the contractual chain. National law shall determine the persons or persons liable against whom the final seller may pursue remedies, together with the relevant actions and conditions of exercise.

The purpose of art 4 was to give the final seller redress against the persons responsible for the defects, when his consumer-buyer successfully has exercised the remedies provided in article 3 against him. Should not then the non-mandatory rules on defects in the sales laws be adjusted to the rules of the Directive?

CISG will govern international purchases which a final seller in a Contracting State (a CISG State) makes with a supplier in another CISG State, and those international purchases which under the forum country's rules of private international law are governed by the law of a CISG State, see art 1.

The rules of CISG would in most cases give the final seller adequate redress.

The provisions on the requirements to the quality of the goods in art 2 of the Directive are in several respects similar those of CISG art 35, but includes statements about the quality made by a producer of the goods or his representative. Here the national laws should provide the same rule as in PECL art 6:101.³⁷

The remedies under art 3 of the Directive are also provided in CISG articles 45 -51, but the condition, both for avoiding (i.e. rescinding) the contract and for demanding

³⁷⁾ See note 29 *supra*

substitute goods, is that the non-conformity amounts to a fundamental breach, see art 46 (2) and 49 (1). As was mentioned above, the rule in CISG on avoidance should be retained, and so should, it is submitted, the rule on replacement, although the Directive does not require that the non-conformity be a substantial breach.

The two year period of limitation in art 5 reckoned from the time of delivery of the goods is not substantially different from the two year period reckoned from the time the goods are handed over to the buyer in CISG art 39 (2). Art 39(1) requires the buyer to give notice of lack of conformity within a reasonable time after he has discovered the defect or ought to have discovered it. A seller who has got a timely notice of defects from the consumer has a reasonable period of time to pass the notice on to his supplier.

When CISG is not applicable the national laws on sales will apply to defects. They vary, and several changes will be needed to bring them in harmony with those of the Directive. For example, some laws should give the buyer a right to repair and replacement, and other legal systems should repeal the rule, which requires avoidance to be pronounced by a court.

As art 4 is drafted it is, however, unclear whether the Member States are obliged to change their non-mandatory rules. It seems however, that they must do *something*, and, as art 4 shows, it is highly desirable that the final seller has rights and remedies against his supplier which are compatible with the rights which the consumer has against him. This could be attained by a Civil Code providing a uniform sales law for the EC countries.

b. Should the mandatory rules of the Directive governing sales to consumers have an impact upon businessmen's freedom of contract?

The "whereas clause" no. 9 of the preamble to the Directive provides that in his contracts with persons in earlier links of the sales chain the final seller is free to renounce his right to seek redress. The Directive, the preamble says, does not affect the principle of the freedom of contract between the seller, the producer, a previous seller or any other intermediary. The Member States may retain the final seller's freedom to waive his right to redress in his contracts with persons in earlier links of the sales chain.

Is that reasonable? The final seller is liable to the consumer for a lack of conformity caused by a seller in an earlier link in the sales chain, also when he has waived his right of redress in his contract with the earlier link. By waiving his right of redress he may sometimes bring himself in a scrape between the consumer and his supplier.

As was mentioned above, in individually negotiated contracts business people should in general be allowed to agree on the distribution of risks for non-performance.

But should an exemption clause be binding if provided in a non-individually negotiated clause?

Here, it is submitted, the decision will depend upon whether the clause provides an unfair distribution of risks, see *supra* at no 10. In making its decision the court should take into consideration the mandatory rules of the Directive.

The Distance Contracts Directive

13. Art 7 of the Distance Contracts Directive³⁸ provides dictated terms on performance. The supplier must perform within 30 days from the day following that on which the consumer forwarded his order. If the supplier fails to perform on the grounds that the goods or services are unavailable he must inform the consumer, who then has a right to obtain refund of any funds he has paid as soon as possible and in any case within 30 days. Member States may lay down that the supplier may provide the consumer with goods or services of equivalent quality and price if this possibility was provided for prior to the conclusion of the contract. The supplier cannot stipulate in the contract that he may provide the consumer with goods or services, which are not of equivalent quality and price.

The rules in CISG on the time for delivery, on termination for breach and repayment of money paid are well suited as general principles of contract law. Similar rules are to be found in PECL and the UNIDROIT Principles. CISG Art 33 provides that if a date is not fixed in the contract the seller must deliver within a reasonable time after the conclusion of the contract. The buyer's right to be informed on the supplier's failure to deliver seems to follow from the general principles of good faith and fair dealing provided in article 7. His right to avoid the contract and to obtain refund of money paid is provided in arts 49 and 81 and in art 84, which also obliges the seller to pay interest on the money paid. For commercial sales no further rules seem to be needed. An individually negotiated clause, whereby the supplier may provide the customer with goods or services which are not of equivalent quality and price should be binding on the buyer. However, a not-individually negotiated clause to that effect should not bind the buyer.

Article 8 of the Distance Sales Directive provides that Member States shall ensure that appropriate measures exist to allow a consumer to request cancellation of a

³⁸⁾ 20 May 1997 no 97/7, art. 6

payment where fraudulent use has been made of his payment card in connection with distance contracts covered by the Directive. In the event of such fraudulent use the consumer must be recredited with the sums paid or have them returned. One may ask why these rules are limited to payments in connection with consumer contracts covered by the Directive. They seem to reflect general notions of fairness and equity. Others than consumers should also be covered by these rules?

C. Cooling off, Information, Inertia Selling and Use of Certain Means of Distance Communication

14. It is a widely held view that a consumer is weak when the supplier outside of his premises seeks her out. The supplier who goes out of his way to sell his goods and services is often aggressive and persuasive. For this reason special protective rules have been provided for the consumer in this situation.

The Doorstep Sales Directive³⁹ and the Distant Contracts Directive⁴⁰ grant her a cooling off period. She has a period of seven working days to withdraw from the contract.⁴¹ In the case of sales of goods the period begins when she receives the goods. Where services are supplied it generally runs from the day of the conclusion of the contract.

One may ask whether the "small" professional should be protected against the salesman who seeks him out in his shop or his home as is the consumer. Probably not. In many cases the customer will welcome the agent of the supplier, who saves his time by coming to him, and who takes notice of his needs. It is submitted that the rules on a cooling off period should not be extended to contracts made with these parties when the contracts fall inside their trade or profession.

In order to make the terms of the contract transparent for the consumer the Distant Contract Directive provides rules on the supplier's duty to give adequate information on the conditions of the contract. He must provide the consumer with information about the main characteristics of the goods or services, the price including all taxes, the delivery costs, the arrangements for payment, delivery or performance, and the

³⁹⁾ 20 Dec. 1985, no 577, art. 5.

⁴⁰⁾ 20 May 1997 no 97/7, art. 6.

⁴¹⁾ A cooling off period of ten days is granted in the Directives on Time-Share Agreements (26 Oct. 1994, no 94/47) art. 5 regardless of where the negotiations were initiated and concluded. It appears that these agreements are particularly dangerous for the consumer. An enterprise which concludes a contract with a vendor of time share rights for professional purposes, for instance in order to provide holiday residences for its employees, will probably not need the protection provided in the Directive.

period for which the offer or the price remains valid. Article 4 (2) of the Directive lays down that the information shall be provided "in a clear and comprehensible manner in any way appropriate to the means of distance communication used, with due regard, in particular, to the principles of good faith in commercial transactions...". Article 5 provides which information the consumer must get in writing, and when this information must be supplied. The cooling off period will be extended to three months if the supplier has failed to supply the information. Art 11 provides that the Member States shall take measures to ensure that these rules are efficiently enforced.

In some respects the Distant Contract Directive lays down rules on information, which should be available for any customer. It may be and is to be hoped that the rules of the Directive will encourage professional organisations and courts of the Member Countries to see to it that any customer gets sufficient information. Who does not agree with art 4 (2) that the information should be supplied "in a clear and comprehensible manner in any way appropriate to the means of distance communication used, with due regard, in particular, to the principles of good faith in commercial transactions..."?

However, in most cases the businessman will have a continuous relationship with his supplier and will have the information provided in the Directive. He does not need confirmation in writing as provided in art 5. There is no reason to provide a special cooling off period if he does not get it. Therefore the specific provisions on information do not seem to be necessary for the protection of the professional customer⁴².

Article 9 of the Distant Contract Directive provides rules on inertia selling. Member states shall take measures necessary to prohibit the supply of goods or services to a consumer, when they are not ordered beforehand, and exempt the consumer from paying for them in cases of unsolicited supply, the absence of response not constituting consent. Should these rules apply to any person who receives unsolicited goods or services?

It may have become a practice between the parties and in some trades it may be a usage that the supplier sends his customer unsolicited goods or performs unsolicited services for him. Article 9 should not prevent these practices. However, if no usage exists, and the customer did not agree upon the unsolicited supply beforehand he should not be bound to any contract. This should also apply to a professional recipient. Unscrupulous suppliers should not be permitted to force contracts upon

⁴²⁾ In the Consumer Credit Directive (22 Dec 1986, 87/102 as amended by Directive 98/7) there is a list of information which has to be provided and the Member States must ensure that this is done. The small professional may need the same transparency as the consumer as far as credit agreements is concerned.

inert addressees. To have to react upon the receipt of such unsolicited goods or services is a strain on the recipient. It is submitted that article 9 should not be restricted to consumers.

Art 10 of the same Directive lays down restrictions of the use of certain means of communication. Without the prior consent of the consumer the use by the supplier of automatic calling systems without human intervention and fax are not to be permitted.

The use of automatic calling machines for soliciting purposes is very often a nuisance and a strain on the addressees. There should be general restrictions on their use. The restrictions that are provided in art 10 should not be limited to consumers

⁴³⁾

Conclusion

15. Some of the rules of the Directives should protect only consumers. This, for instance, holds true of the rules providing the customer with a cooling off period.

On the other hand, the principle that unfair contract terms are unenforceable reflects a general notion of fairness and equity; and should also apply to business contracts. This is due to economic reasons more than to the weak bargaining position of the businessman, who is dealing as an adhering party to a standard term. However, a standard term, which is unfair in a consumer contract may not be unfair in a contract between businessmen.

In their individually negotiated contracts businessmen should be allowed to agree on the distribution of risks, and only a few unconscionable terms should be held unenforceable. The dictated terms in the Consumer Sales Directive should not be extended to cover individually negotiated terms between business enterprises. However, the Consumer Sales Directive allows the supplier to impose standard terms upon the final seller, which deprive him of the remedies for defects that the consumer has against him. Therefore, such standard terms should not be binding if they inflict an unreasonable risk upon the final seller.

In addition, the national non-mandatory rules governing these sales should be made compatible with the mandatory rules of the Consumer Sales Directive.

⁴³⁾ See also Directive 2000/31 of 8 June 2000 on Electronic Commerce art 7(2). It provides that Member States shall take measures to ensure that service providers undertaking unsolicited commercial communications by electronic mail consult regularly and respect the opt-out registers in which natural persons not wishing to receive such commercial communications can register themselves. This provision is not limited to consumers.

The rules on inertia selling in article 9 of the Distant Contract Directive should apply to any person who receives unsolicited goods or services, and inertia selling should only be permitted when it is a usage in the trade or agreed upon or a practice between the parties.

Art 10 of the same Directive lays down restrictions of the use of certain means of communication. Without the prior consent of the consumer the use by the supplier of automatic calling systems without human intervention and fax are not to be permitted. The restrictions that are provided in art 10 should not be limited to consumers.

The business world and their organisations may not wish the moralisation of business contracts, which is advocated here. They may prefer the jungle. It remains to be seen whether society will be able to impose upon them some of the rules which protect the consumer.

Finally, the EC consumer contract rules are closely linked to the general rules of contract and to the rules on specific contracts. To day they live in an unhappy marriage with the various national contract laws. The measures provided in the Directives must therefore be accompanied by the enactment of a comprehensive legislation on contracts at the EC level, i.e. by a European Civil Code.⁴⁴

⁴⁴⁾ See Communication From the Commission to the Council And the European Parliament on European Contract Law (Brussels 11.07 2001 COM (2001) 398 final).

Internationale kreditaftaler

Af

Andreas Tamasauskas

1. Indledning

Som følge af EU's forskrifter om frie kapitalbevægelser har det siden slutningen af 1980'erne været muligt at optage lån i udlandet uden restriktioner af nogen art. Hvor det før liberaliseringen af valutamarkedet var en betingelse, at sådanne lån blev anvendt til anskaffelse af driftsmateriel m.m., står det nu kredittageren frit for at anvende det herved opnåede låneprovenu til et hvilket som helst formål, naturligvis med forbehold for hvad der måtte være aftalt med den udenlandske kreditor¹. Dermed er det muligt for danske virksomheder at drage fordel af den skærpede konkurrence, der eksisterer på de internationale kapitalmarkeder, omend det må antages, at konkurrencen om erhvervskunderne også i Danmark vil blive skærpet yderligere som følge af muligheden for, at andre banker forholdsvis let kan etablere filialer her i landet. En mulighed, der kom i forbindelse med implementeringen af 2. Bankdirektiv (89/646).

I forbindelse med optagelsen af lån i udlandet er kreditgiver enten et datterselskab af en her i landet hjemmehørende bank, en udenlandsk bank eller evt. et syndikat af udenlandske banker. Det sidstnævnte vil navnlig været tilfældet i de situationer, hvor kredittager har et betydeligt kapitalbehov. Særlig i de tilfælde, hvor kreditgiver er en udenlandsk bank, er der principielt set problemer forbundet med at følge udviklingen i kredittagers økonomiske situation, idet en udenlandsk bank ikke på samme måde som kredittagers almindelige bankforbindelse har mulighed for at foretage en løbende kontrol. Dette forhold må i mangel af andre mekanismer føre til, at renten på sådanne lån bliver højere end det ellers ville have været tilfældet. Problemet med den manglende overvågningsmulighed kan herefter tænkes løst på

¹⁾ Jf. således L.L.Andersen & E. Werlauff: Kreditretten, 2.udgave, s.300.

3 forskellige måder; 1) Kredittagers normale bankforbindelse afgiver en garanti overfor den udenlandske bank, således, at denne skadesløsholdes i tilfælde af en uheldig udvikling i engagementet, 2) den udenlandske bank kræver egentlig tinglig sikkerhed som betingelse for at yde lånet, 3) den udenlandske bank forsøger på anden måde, via aftaleretlige midler, at sikre sig indsigt med og indflydelse på kredittagers forhold.

Af de ovenstående tre løsninger er det navnlig nr. 1 og 3, der er blevet praktiseret. Ved at modtage en garanti fra kredittagers normale bankforbindelse, evt. suppleret med aftale om, at kredittagers bank på forhånd frafalder evt. indsigelser fra hovedforholdet, sikrer den udenlandske bank sig imod tab på engagementet. Problemet ved denne fremgangsmåde har typisk været, at omkostningerne ved en sådan bankgaranti samt den hjemlige banks krav om evt. tinglig sikkerhed som kontrasikkerhed for garantien let kan medføre, at besparelsen ved udlandslånet forsvinder. Metoden finder derfor antageligvis kun anvendelse, såfremt omkostningerne ved løsning nr. 3 er endnu større, hvilket de navnlig vil være, såfremt kredittager ikke har et særligt stort kapitalbehov, jf. herom senere.

Med hensyn til løsning nr. 2. ses denne ikke umiddelbart at være anvendt i et særligt stort omfang, antageligvis, fordi omkostningerne ved at pantsætte en række aktiver til fordel for den udenlandske bank er betydelige, ligesom den udenlandske bank næppe er interesseret i, i givet fald at skulle administrere og evt. realisere et sådant pant. Den sidstnævnte betragtning har navnlig gyldighed i de tilfælde, hvor kredittager ikke er i besiddelse af aktiver, der er velegnet til pantsætning, eksempelvis i tilfælde af, at kredittagers aktivmasse alene består af en række mindre aktiver, der hver især kun repræsenterer en lille værdi.²

Den sidste løsning, der antageligvis - også i dag - er langt den mest udbredte i hvert fald blandt virksomheder med et stort kapitalbehov, er anvendelsen af en ganske særlig form for kreditaftale - den såkaldte *term loan agreement*,³ hvorved der for det første forstås, at der er tale om en kreditaftale vedrørende et som udgangspunkt stående lån med en fast løbetid, samt for det andet en aftale, der indeholder en lang række adfærdregulerende klausuler, såkaldte *covenants*, der på den ene eller anden måde tilsigter at give kreditgiver indsigt i og indflydelse på kredittagers økonomiske situation og afvikling af lånet, idet det bemærkes, at lånet som alt overvejende udgangspunkt vil være usikret. Fordelen ved denne fremgangsmåde er, at kredittager

²⁾ En mulig løsning på dette problem kunne være, at Danmark i stil med eksempelvis Sverige og England anerkender en form for flydende pant, hvorved forstås, at kredittager kan give pant i en til virksomhed hørende formuemasse, uden at denne skal opfylde det almindelig pantretlige krav om specifikation. Se hertil L.L.Andersen & E.Werlauff: Kreditretten, 3.udgave, s.222.

³⁾ Denne form for kreditaftale betegnes undertiden også mere generelt som *Eurocurrency Loan Agreements*.

undgår omkostninger til bankgarantier samt omkostninger i forbindelse med stiftelse af pant. Omvendt er det klart, som det vil fremgå af nærværende artikel, at omkostningerne til forhandling og udarbejdelse af en sådan aftale er betydelige, således, at fremgangsmåden normalt kun vil blive anvendt ved optagelse af meget store kreditfaciliteter.

Nærværende artikel har i den forbindelse til formål at redegøre for, hvorledes en lånoptagelse på de udenlandske kapitalmarkeder normalt forløber samt gennemgå de typiske hovedpunkter, en sådan term loan agreement vil indeholde. Hensigten hermed er at give det første samlede overblik over dette vigtige område, som ellers kun vil være et fåtal af advokater og bankfolk bekendt⁴.

Der vil i det følgende blive taget udgangspunkt i en dansk virksomheds lånoptagelse i udlandet, selvom der i princippet lige såvel kunne være tale om statens lånoptagelse, med de ændringer, der følger af statens særlige status som kredittager⁵.

2. Lånoptagelse i udlandet

Når en dansk virksomhed ønsker at optage et lån i udlandet, vil denne som udgangspunkt kunne vælge imellem en række forskellige valutaer, spændende lige fra amerikanske dollars over danske kroner til egentlige syntetiske valutaer som eksempelvis SDR.⁶ Hvilken valuta virksomheden i sidste ende vælger, vil bl.a. afhænge af, hvilken risikoprofil virksomheden ønsker, herunder, om man eksempelvis har store udestående fordringer i den pågældende valuta, hvorved man ved at optage lån i samme valuta kan afdække virksomhedens valutarisiko. Uanset hvilken valuta der vælges, vil der dog som oftest være tale om et eurovalutalån. Ved en eurovaluta forstås i den forbindelse en valuta, som er indsat på en almindelig

⁴⁾ En summarisk fremstilling af sådanne term loan agreements samt af international lånoptagelse generelt findes i L.L.Andersen & E.Werlauff: *Finans og Kredit*, s. 91ff. Endvidere findes der kortfattede bemærkninger om de enkelte covenants i sådanne aftaler, navnlig vedrørende den negative pledge. Se hertil B.Gomard: *Obligationsret* del 1 og 3, s.22 henholdsvis s.82. T.Iversen: *Støtterklæringer*, s.52 samt den vel nok bedste nyere fremstilling hos L.Gorton: *Negative forpligtelser i finansielle aftaler*, i *Festskrift til Bernhard Gomard*. For en grundig gennemgang af det samlede område, herunder anvendelsen af covenants, henvises til A.Tamasauskas: *Internationale kreditaftaler*, hovedopgave cand.merc.jur.

⁵⁾ Når der kun principelt kunne være tale om statens lånoptagelse, skyldes dette det forhold, at den danske stat ikke finansierer sig via egentlige banklån, men derimod via udstedelse af såvel indenlandske som internationale obligationer. Sidstnævnte sker via anvendelse af et standardiseret obligationsudstedelsesprogram.

⁶⁾ Special Drawing Rights er udtryk for en kunstig valuta, der er sammensat af 11 nationale valutaer, herunder dollars, pund, DM m.v., jf. således IMF Survey af 12.januar 1981, s.6. Dens anvendelse er stort elimineret igennem 1980'erne.

anfordringskonto i en bank hjemmehørende i et andet land end det, hvor valutaen er gangbar mønt.⁷ Når en dansk virksomhed således optager et lån i amerikanske dollars i en engelsk bank, er der tale om et eurovalutalån. Noget tilsvarende gør sig gældende, såfremt den danske virksomhed låner danske kroner i en af de landsdækkende pengeinstitutters datterbanker i Luxembourg.

Selve eurovalutamarkedet består som alle andre kreditmarkeder af udbydere og efterspørgere af kapital. Udbyderne af kapital på dette marked vil typisk være organisationer, store selskaber samt meget velhavende enkeltpersoner med et kapitaloverskud, som de er villige til at binde for en periode på typisk 1, 3 eller 6 måneder. Efterspørgerne vil omvendt være selskaber, organisationer samt evt. nationalstater med et stort kapitalbehov, der som hovedregel ikke er ganske kortvarigt, dvs. kredittagerne vil forvente at få stillet kapital til rådighed for en periode på typisk 5-15 år. Bindeleddet mellem udbydere og efterspørgere af kapital vil være bankerne, der via en række kortvarige eurovalutaindsbud finansierer et mellemlangt lån til kredittagerne. Denne konvertering af kortvarige indskud til længerevarende lån er for så vidt karakteristisk for alle kreditmarkeder og derfor som udgangspunkt ikke særegen for eurovalutamarkedet.

Imidlertid er det kendetegnende, at denne proces er langt mere direkte på eurovalutamarkedet end på andre markeder. Således vil banken eller bankerne specifikt forud for hvert lån finansiere sig på eurovalutamarkedet, enten ved direkte at modtage indlån eller ved at optage et kortvarigt interbank lån. Denne direkte finansiering af lånet afspejler sig både i rentefastsættelsen og i kreditaftalens øvrige vilkår. Lånet til kredittageren vil således som altovervejende hovedregel være variabelt forrentet, ofte via anvendelsen af en rentefod, der er baseret på LIBOR med tillæg af en given margin eller *spread* om man vil. Størrelsen af denne margin vil selvsagt afhænge af kredittagers bonitet, men vil i dag typisk ligge imellem 0,5 – 2,5 %. Tilsvarende vil det være aftalt, at der sker en justering af renten i takt med, at de oprindelige eurovalutaindsbud forfalder og banken skal refinansiere kreditten. Af selvsamme årsag vil det normalt ligeledes være aftalt, at renterne forfalder til betaling med samme intervaller som de underliggende indskud, dog således, at kredittager både indledningsvis og efterfølgende ved udgangen af en renteperiode kan vælge en ny renteperiode. Kredittager har således mulighed for at sikre sig mod

⁷⁾ Der kan være flere årsager til, at investorer vælger at placere deres penge på sådanne *off shore accounts*. Den hyppigste årsag er normalt, at det er forbundet med højere rente at placere kapitalen hos udenlandske banker, idet disse ofte ikke vil være omfattet af den nationale banklovgivning eller i hvert fald ikke i samme omfang som nationale banker. Således var amerikanske banker op igennem 1950'erne og 1960'erne pålagt en række nationale forpligtelser med hensyn til at opretholde reservefonde m.m., hvilket førte til, at udenlandske banker der ikke var omfattet heraf, kunne tiltrække amerikanske kapital. Netop dette forhold var en af årsagerne til eurovalutamarkedets opståen.

et generelt stigende renteniveau ved at vælge forholdsvis lange renteperioder, typisk 6 måneder⁸ på sit lån, eller mod et faldende renteniveau ved at vælge den kortest mulige renteperiode, dvs. 1 måned.

Da bankens profit består af den aftalte margin med tillæg af evt. administrationsgebyrer m.m., vil der ligeledes være klausuler i kreditaftalen, der regulerer den situation, at bankens generelle omkostninger pludselig stiger, eksempelvis som følge af ny, mere byrdefuld bankregulering eller som følge af, at kredittagerens hjemland indfører eller skærper bestemmelser vedrørende kildebeskatning af renter eller andre former for *withhold tax*, der får indflydelse på forholdet mellem banken og kredittager. Bestemmelserne, der ofte vil være benævnt som *increased costs and tax grossing up clauses*, pålægger som udgangspunkt kredittager en fuldstændig kompensationsforpligtelse overfor banken; i visse tilfælde dog under forudsætning af, at banken selv har foretaget rimelige bestræbelser på at begrænse det herved opståede tab.

I henhold til ovenstående kan eurovalutamarkedet således opfattes som bestående af et indlånsegment samt et udlånsegment⁹, hvor sidstnævnte herefter vi blive gjort til genstand for en nærmere behandling.

3. Proceduren i forbindelse med lånoptagelse

3.1. Kredittagers henvendelse til banken

Når en kredittager har bestemt sig for at optage lån i udlandet, vil næste punkt herefter være at tage kontakt til en bank, der kan sondere markedet med henblik på at finde de mest konkurrencedygtige vilkår, og som i forlængelse heraf ligeledes kan medvirke til etablering af et evt. syndikat, såfremt den ønskede kreditfacilitet er af en sådan størrelse, at dette må anses for at være hensigtsmæssigt. Denne bank vil normalt være benævnt *arranging bank* og vil således være antaget af kredittageren med henblik på at varetage dennes interesser. Derfor er det som udgangspunkt også udelukket, at denne bank selv stiller hele eller dele af kreditfaciliteten til rådighed eller på anden måde er økonomisk involveret i et evt. syndikat, idet dette uundgåeligt vil føre til en interessekonflikt¹⁰. Imidlertid synes realiteterne at være anderledes,

⁸⁾ I det omfang, at kredittager ønsker en endnu længere renteperiode, eksempelvis 12 måneder, kræver dette normalt en ganske særlig aftale, idet eurovalutamarkedet er forholdsvis illikvidt i dette segment.

⁹⁾ Udlånsegmentet ses undertiden betegnet som eurokreditmarkedet og de hermed forbundne kreditaftaler som eurokreditaftaler. Denne betegnelse vil blive anvendt i nærværende artikel.

¹⁰⁾ Jf. således tillige: J.R.Lingard: *Commercial Loan Agreements*, s.3.

idet arrangering bank ofte vil være identisk med kredittagers faste bankforbindelse. Uagtet, at bankens opgave består i at rådgive kredittager om den bedste og billigste finansiering, vil bankens egeninteresse i selv at tilbyde den ønskede kreditfacilitet antageligvis i visse tilfælde bevirke, at der ofres mindre eller evt. ingen ressourcer på at undersøge andre alternative finansieringsmuligheder. Det forekommer således ikke sjældent, at det i sidste ende er den arrangerende bank, der får tildelt et mandat fra kredittageren til at formere et syndikatet af kreditgivende banker. I den forbindelse kan det overvejes, om der evt. kan ifalde den arrangerende bank et rådgiveransvar, såfremt det efterfølgende måtte vise sig, at der var andre, mere fordelagtige finansieringsmuligheder til stede.

En stillingtagen til et evt. rådgiveransvar kræver naturligvis også en stillingtagen til, hvilket lands ret der skal finde anvendelse på forholdet. I den konkrete kontekst vil der ofte kun være to muligheder; enten dansk eller engelsk ret. Dansk ret kan navnlig tænkes at finde anvendelse i de tilfælde, hvor kredittages bankforbindelse er en dansk bank eller en i Danmark beliggende filial eller datterbank af en udenlandsk bank. Engelsk ret vil omvendt ofte komme på tale i de tilfælde, hvor den danske kredittager specifikt anmoder en udenlandsk bank om at påtage sig rolle som arrangering bank. I forhold til dansk ret er rådgiveransvaret et bestræbelsesansvar, hvorefter banken som udgangspunkt ikke ifalder ansvar for, at det ikke lykkes at finde den billigste finansieringskilde. Der kan alene stilles krav om, at banken i sin rolle som arrangering bank lever op til den professionsnorm, der gælder indenfor dette område og således udfolder almindelige og rimelige bestræbelser på at finde den bank eller de banker, der bedst kan honorere kredittagerens krav. Det kan således ikke uden særlige holdepunkter kræves, at banken finder den billigste finansieringskilde på markedet.

Det forhold, at banken evt. selv har en egeninteresse i hvervet som arrangering bank, ændrer som udgangspunkt ikke herpå, omend en sådan egeninteresse i princippet er uforenelig med hvervet som rådgiver¹¹. Det kan derfor ikke antages, at en kredittager kan komme igennem med indsigelser om, at banken er ansvarlig for det tab, der måtte være lidt ved, at en billigere finansieringskilde er blevet fravalgt til fordel for banken selv, når bare banken har foretaget sædvanlige bestræbelser på at finde en konkurrencedygtig finansieringskilde.

Flere forhold taler for et sådant synspunkt: For det første er der tale om kommercielle parter, hvor kredittageren ofte selv vil være i besiddelse af betydelig ekspertise med hensyn til at vurdere det fremsatte forslag, og således have en vis indsigt i, om de tilbudte vilkår er konkurrencedygtige. For det andet er kredittageren

¹¹⁾ Jf. således eksempelvis L.L.Andersen & P.Møgelvang-Hansen: Finansiell rådgivning, s.12, hvor det anføres, at en rådgiver bl.a. er kendetegnet ved en manglende økonomisk interesse i den rådgøgendes endelige valg.

bekendt med eller bør være bekendt med, at banken har en egeninteresse i selv at yde lånet. I det omfang, at kredittageren ønsker at modvirke dette, er der mulighed for enten at forbyde banken selv at yde lånet eller, hvad mere hyppigt er, at fremsætte krav om, at en eller flere navngivne banker tillige skal have mulighed for at byde på lånet. Alternativt har kredittageren mulighed for at antage flere banker som arrangerende banks¹².

I henhold til engelsk ret vil det også være muligt at gøre et rådgiveransvar gældende, såfremt banken ikke har udvist "...reasonable care and skill..."¹³ i forbindelse med gennemgangen og udvælgelsen af flere forskellige finansieringsmuligheder. I mangel af egentlige kontraktlige holdepunkter er dette ansvar dog næppe særligt vidtrækkende. Det må således antages, at banken kun vil ifalde et erstatningsansvar i tilfælde af grov uagtsomhed eller i de tilfælde, hvor banken bevidst har frasorteret andre finansieringskilder, for selv at blive tildelt mandatet til at formere et syndikat.

I forlængelse af ovenstående kan det dog overvejes, om banken som rådgiver og dermed agent for kredittageren er underlagt en anden og mere streng ansvarsnorm. Det er således i engelsk ret fast antaget, at en agent som udgangspunkt er underlagt en række *fiduciary duties*, der normalt kan sammenfattes i følgende pligter:

1. En pligt til ikke at have private interesser, der er i modstrid med principalens interesser;
2. En pligt til ikke at påtage sig andre opgaver, hvis varetagelse vil stride mod varetagelsen af principalens interesser;
3. En pligt til ikke at modtage pengebeløb fra tredjemand uden principalens viden herom;
4. En pligt til at behandle modtagne oplysninger fortroligt.

Overtrædelse af ovenstående pligter kan imødegås via fagedforbud, ligesom der kan blive tale om erstatning.

I forhold til den arrangerende bank synes det klart, at denne ofte vil overtræde nr. 1, idet den jo har en klar interessemodsatning i forhold til principalen. Man kunne derfor foranlediges til at antage, at den arrangerende bank også uden en direkte stipulering herom, var afskåret fra selv at deltage i et evt. syndikat af kreditgivende banker, idet den herved ville overtræde sine *fiduciary duties*. Dette er dog ikke umiddelbart tilfældet, i hvert fald ikke i relation til de her omtalte kreditaftaler. Der synes således at være dannet en ganske fast handelsskik på området, indeholdende

¹²⁾ Dette vil den enkelte bank dog normalt modsætte sig eller alternativt forlange at modtage kompensation for de bestræbelser, den måtte udfolde i forbindelse med hvervet som arrangerende bank.

¹³⁾ Jf. R.Cranston: *Principles of Banking Law*, s. 199, med yderligere henvisninger til retspraksis.

en antagelse om, at den arrangerende bank som udgangspunkt godt kan varetage begge roller, og at kredittageren ved at antage banken som udgangspunkt accepterer denne handelsskik, medmindre kredittageren direkte har taget forbehold herfor¹⁴.

På baggrund af ovenstående må det således antages, at der kun er et ganske lille rum for et evt. rådgiveransvar som følge af, at den arrangerende bank ikke har anvist den bedste finansieringsmulighed. Kredittageren må derfor på anden måde sikre sig imod denne konkrete interessekonflikt, såfremt den af kredittageren vurderes at få betydning for det endelige resultat. De praktiske muligheder er som nævnt et forbud mod, at den arrangerende bank selv yder kreditfaciliteten samt antagelse af flere forskellige banker som arrangerende banks.

3.2. Anvendelsen af term sheets – en bindende forpligtelse ?

Efter at kredittager har vurderet de forskellige alternative finansieringsmuligheder, vil næste skridt være en nærmere forhandling med den eller de banker, som umiddelbart kommer i betragtning. Disse forhandlinger vil som altovervejende hovedregel munde ud i, at der udarbejdes et såkaldt *term sheet* mellem den udvalgte bank og kredittageren. Et term sheet er et præliminært dokument, der opsummerer de vigtigste vilkår for den påtænkte kreditfacilitet, deriblandt:

1. Type af kreditfacilitet
2. Hovedstol
3. Løbetid
4. Renter
5. Amortisering
6. Gebyrer
7. Diverse juridiske forhold
8. Bankens forpligtelse til at yde kreditten

Dette term sheet vil blive sendt til kredittageren i form af et egentligt tilbud, som, hvis kredittager accepterer dette, tillige vil være et (eksklusivt) mandant til banken om at etablere et syndikat, såfremt dette er påkrævet under hensyntagen til kreditfacilitetens størrelse¹⁵.

¹⁴⁾ Jf. bl.a. R.Cranston: Principles of Banking Law, s.330.

¹⁵⁾ I det omfang, at det ikke er nødvendigt at etablere et syndikat, vil det udarbejdede term sheet alene indgå som en hensigtserklæring i den videre forhandling mellem banken og kredittager.

I det øjeblik, hvor banken tildeles mandatet, vil denne blive betegnet som *lead bank*¹⁶. Det fremsendte term sheet vil være forholdsvis kortfattet og primært indeholde en gennemgang af de kommercielle vilkår, herunder en specifikation af, hvilken type af kreditfacilitet der tilbydes. I den forbindelse skal det kort anføres, at udover de allerede nævnte term loans vil den anden hovedform for kreditfaciliteter være de såkaldte *revolving credits*. Disse er kendetegnet ved, at kredittageren igennem en periode kan foretage træk på faciliteten op til en vis grænse, tilbagebetale disse lån og på ny foretage træk på faciliteten. Denne mulighed for at foretage løbende indfrielse af det udestående beløb, hvilket ikke er tilladt i forhold til term loans, giver kredittageren en øget fleksibilitet, men bevirker samtidigt, at kreditfaciliteten er dyrere. Banken bærer jo således en risiko for, at man ikke kan genplacere de indbetalte midler til samme rente andetsteds¹⁷.

Uanset, at hovedparten af det fremsendte term sheet vil vedrøre kommercielle vilkår, er dette ikke ensbetydende med, at der ikke er nogle juridiske aspekter forbundet hermed. Punkt 8 påkalder sig i den forbindelse en særlig interesse. Lead banks forpligtelse med hensyn til at etablere et syndikat og yde kreditten på de aftalte vilkår kan i den forbindelse antage en af følgende to former:

- a) Lead bank kan forpligte sig til på en "... best effort basis..." at etablere et syndikat, der vil yde kreditten på de aftalte vilkår, evt. med visse mindre ændringer, eller
- b) lead bank kan forpligte sig på en "... fully..." eller "... partial underwritten basis...", hvilket vil sige, at lead bank er villig til selv at stille hele eller dele af kreditten til rådighed, såfremt det ikke lykkes at sammensætte et syndikat.

I det omfang, at den anvendte stipulering er af type a), kan der opstå tvivl omkring hvilke bestræbelser lead bank præcist skal udfolde i forbindelse med etableringen af syndikatet. Det antages visse steder i den juridiske litteratur¹⁸, at en sådan stipulering alene indebærer en forpligtelse til at udfolde almindelige og rimelige bestræbelser på at etablere syndikatet, hvor graden af rimelighed antageligvis skal ses i forhold til bankens størrelse, dens ressourcer samt muligheder i øvrigt, ligesom

¹⁶) Terminologien på dette område er ikke helt stringent. Således ses det undertiden, at banken også efter at være blevet tildelt et mandat til at etablere et syndikat, benævnes *arranging bank* eller blot *arranger*. Dette er for så vidt også korrekt, i det omfang, at banken ikke forpligter sig til at etablere syndikatet på en *underwritten* basis, jf. herom senere.

¹⁷) En revolving credit bor i øvrigt ikke forveksles med et såkaldt *overdraft*, der svarer til et bevilliget overtræk. Et overdraft skal således indfries på anfordring, mens en revolving kredit kun kan kræves indfriet fortidigt som følge af misligholdelse.

¹⁸) Jf. P. Gabriel: *Legal Aspects of Syndicated Loans*, s. 118.

størrelsen af den påtænkte kreditfacilitet antageligvis skal tages i betragtning. Omfanget af bestræbelserne og de dermed forbundne omkostninger skal således stå i forhold til den påtænkte facilitet.

Andre steder hævdes det, at anvendelsen af stipuleringen "...best effort..." svarer til noget nær en absolut forpligtelse til at etablere syndikatet, således, at kun ganske ekstraordinære omstændigheder kan fritage banken for dens forpligtelser i henhold til det fremsendte term sheet¹⁹.

Spørgsmålet synes at være uafklaret i praksis, idet det dog må antages, at, uanset hvorledes det rent juridisk forholder sig, bevirker de forretningsmæssige realiteter formentlig, at lead bank kun yderst sjældent vil forsøge at blive frigjort fra sin forpligtelse til at etablere et syndikat²⁰.

Såfremt der er anvendt en formulering af type b, er der som udgangspunkt ingen tvivl om omfanget af lead banks forpligtelser. Lead bank forpligter sig således til selv at yde hele lånet (fully underwritten) eller dele af lånet (partial underwritten) i tilfælde af, at det ikke lykkes at etablere et syndikat. Herved opnår kredittager sikkerhed for, at hele eller en bestemt del af den ønskede kreditfacilitet står til rådighed for kredittageren indenfor et nærmere bestemt tidsrum²¹. I det omfang, at lead bank ikke stiller den aftalte kreditfacilitet til rådighed, vil den ifalde et erstatningsansvar overfor kredittageren for det tab, der måtte opstå ved, at denne skal optage et tilsvarende lån andetsteds, evt. til højere omkostninger, såfremt markedet i mellemtiden har ændret sig²².

¹⁹⁾ Jf. således P. Gabriel: Legal Aspects of Syndicated Loans, s.119, hvor der henvises til en ældre udgave af P.R.Wood: Law and Practice of International Finance.

²⁰⁾ I tilfælde af, at kredittagerens økonomiske situation efterfølgende er blevet forringet eller markedet har forandret sig i negativ retning, og lead bank ønsker at komme ud af deres forpligtelse, vil man i stedet for henvise til klausuler i selve det fremsendte term sheet, der gør det klart at a) banken ikke er forpligtet til at etablere et syndikat, såfremt markedet i mellemtiden har gennemgået en "*material adverse change*" eller såfremt b) kredittagerens økonomiske situation er forværret.

²¹⁾ Det aftales således normalt, at lead bank kun har en vis periode til at etablere syndikatet. I det tilfælde, hvor dette ikke lykkes, kan det enten være aftalt, at kredittageren kan tildele mandatet til en anden bank, eller at lead bank på dette tidspunkt selv skal træffe foranstaltninger til at yde lånet. Det sidste vil naturligvis kun være tilfældet, såfremt det fremsendte term sheet indeholder en passus om, at kreditfaciliteten er underwritten, dvs. garanteret.

²²⁾ Skyldes de højere kreditomkostninger derimod, at kredittagers økonomiske situation har ændret sig i negativ retning, vil disse omkostninger ikke være omfattet af lead banks erstatningspligt, jf. således P.R.Wood: International Loans, Bonds and Securities Regulations, s.18 med henvisninger til retspraksis.

Ovenstående kan dog modificeres, såfremt det fremsendte term sheet enten ikke er tilstrækkelig detaljeret til i sig selv at udgøre en kreditaftale, eller såfremt der i det fremsendte term sheet er taget eksplicit forbehold for, at der alene er tale om en hensigtserklæring, der skal følges op af en egentlig aftale. Sidstnævnte vil være tilfældet, såfremt det fremsendte term sheet indeholder en passus a la *"..This offer, on acceptance, is binding in honour only and is not a legally binding agreement.."*. Denne stipulering bevirker, at lead bank ikke vil være forpligtet til at stille en kreditfacilitet til rådighed, selvom den i det fremsendte term sheet tilbyder en "fully underwritten" kreditfacilitet²³. Ligeledes vil en stipulering af, at det fremsendte tilbud er *"..subject to contract"* medføre, at der som udgangspunkt ikke foreligger en bindende aftale, uanset om parterne i realiteten er enige om alle hovedpunkter, og den efterfølgende aftale kun har til formål at formalisere indeholdet af den allerede indgåede aftale. I dette tilfælde vil det således stå lead bank frit, selv i tilfælde af en garanteret facilitet, at undlade at stille faciliteten til rådighed, såfremt der ikke kan opnås enighed om de endelige vilkår²⁴.

Anvendes der en formulering, hvor det fremsendte tilbud er *".. subject to documentation.."* synes det at være mere uklart, om det accepterede term sheet udgør en bindende forpligtelse²⁵. Forholdet skal dog formentlig vurderes på den måde, at anvendelsen af ordet "subject" som udgangspunkt er ensbetydende med, at der ikke er indgået en bindende aftale, før den efterfølgende dokumentation er på plads, med mindre det må antages, at dokumentationen alene har til formål at formalisere allerede aftalte vilkår. I de tilfælde, hvor dokumentationen skal være *"...acceptable to the banks"* er det klart, at banken er berettiget til at foretage en subjektiv vurdering af den fremlagte dokumentation, uden at der kan stilles særlige krav til udøvelsen af denne vurdering²⁶. Er der derimod tale om *"..usual documentation.."* vil der være en vis sandsynlighed for, at en domstol vil påtage sig opgaven og udfylde dette vilkår, således, at der foreligger en bindende aftale allerede på det tidspunkt, hvor det fremsendte term sheet accepteres.

Uafhængigt af, hvad der gælder med hensyn til ovenstående, må det dog ligeledes vurderes, om det fremsendte term sheet i sig selv er detaljeret nok til at udgøre en

²³⁾ Dog må der tages forbehold for de situationer, hvor lead banks efterfølgende adfærd har givet kredittageren rimelig grund til at antage, at der, uanset den nævnte stipulering, var tale om et bindende tilsagn.

²⁴⁾ Dog må der evt. gøres en undtagelse i de tilfælde, hvor lead bank forhandler på skråt for af andre årsager at undgå at skulle stille en facilitet til rådighed på de i tilbudet fremsatte vilkår. Bevisbyrden for, at dette er tilfældet, synes dog at være vanskelig at løfte.

²⁵⁾ Jf. således R.Cranston: Principles of Banking Law, s.328 samt P.Gabriel: Legal Aspects of Syndicated Loans, s.125 ff.

²⁶⁾ Jf. således R.Cranston: Principles of Banking Law, s.328.

aftale. Mens det afgørende i det foregående var at fastslå, om parterne via anvendelse af forskellige formuleringer har udskudt accepttidspunktet til tidspunktet for indgåelse af den endelige kreditaftale, og således undgå at blive successivt bundet, er spørgsmålet nu, hvornår en sådan bundethed indtræder, såfremt der ikke eksplicit er taget højde for denne situation.

Det springende punkt er således at fastlægge, hvilke forhold som minimum skal være aftalt, før der foreligger en kreditaftale. Efter engelsk ret, der så godt som altid vil finde anvendelse både på det præliminære term sheet og på selve kreditaftalen, synes følgende forhold at skulle være reguleret, før der kan tales om en kreditaftale²⁷:

- 1) Parternes identitet
- 2) Hovedstol og renter
- 3) Amortisering

Som det er fremgået af det foregående afsnit, vil det typiske term sheet netop indeholde en regulering af disse punkter. Det interessante er herefter, hvilken betydning det skal tillægges, at det fremsendte term sheet indeholder en række yderligere vilkår, hvis indhold ikke uden videre kan klarlægges. Det vil i den forbindelse typisk være klausuler vedrørende den juridiske regulering, der volder problemer - i modsætning til de kommercielle klausuler. Den nærmere juridiske regulering vil i tilbuddet tit være sammenfattet i en klausul med følgende ordlyd:

"The loan agreement will contain terms usual for this market"

En sådan klausul synes at forudsætte, at parterne eller, i givet fald, domstolene, er bevidste om, hvilke vilkår der må betragtes som værende sædvanlig - om nogen overhovedet. Det springende punkt vil i den forbindelse være, om domstolene er villige til at udfylde en sådan klausul i tilfælde af uenighed mellem parterne. Såfremt domstolene er villig til dette, vil der foreligge en bindende aftale, således, at lead bank kan pådrage sig et erstatningsansvar, såfremt man alligevel ikke er villig til at yde kreditfaciliteten. I modsat fald vil der derimod ikke foreligge nogen aftale overhovedet, uagtet, at det fremsendte term sheet som sådan opfylder "minimumskravene" til en aftale. Det må således antages, at det forhold, at lead bank fremsender et term sheet til kredittageren, der udgør grundlaget for kreditfaciliteten, er en tilkendegivelse af, at de heri indeholdte punkter, i mangel af modsatte tilkendegivelser, er at betragte som værende hovedpunkter, der nødvendigvis skal kunne iagttages, før der foreligger en aftale.

²⁷⁾ Jf. således P.Gabriel: Legal Aspects of Syndicated Loans, s. 125. Noget tilsvarende må gælde i dansk ret, jf. således M.B.Andersen: Praktisk aftaleret, s.409 omend der ikke her tages specifikt stilling til, hvor grænsen for aftale/ikke-aftale går.

En gennemgang af engelsk retspraksis synes at vise, at engelske domstole er villige til at udfylde en klausul af ovennævnte type, således, at et accepteret tilbud med et sådant vilkår vil udgøre en bindende aftale²⁸. Foretages der i forlængelse heraf yderligere en opremsning af sådanne typiske vilkår, eksempelvis ved angivelse af, at disse bl.a. omfatter conditions precedent, representations and warranties samt covenants, fjerner man yderligere risikoen for, at domstolene ikke er bekendt med, hvilke typer af vilkår der refereres til.

Imidlertid indebærer denne fremgangsmåde, at banken nødvendigvis må affinde sig med, at der netop kun tages hensyn til de almindelig forekommende vilkår. Det er således banken, der efterfølgende må løfte bevisbyrden for, at man under forhandlingerne er blevet enige om eksempelvis særlige former for covenants.

Omvendt vil domstolene næppe påtage sig opgaven med at fortolke og udfylde en klausul, der alene gør det klart, at aftalen skal indeholde conditions precedent, representations etc., idet en engelsk domstol i dette tilfælde næppe vil være villig til at antage, at det, der hermed mentes, var, at de sædvanlige vilkår skulle finde anvendelse. I dette tilfælde vil der således ikke foreligge en egentlig aftale, og parterne befinder sig stadigvæk i forhandlingsfasen.

3.3. Informations memorandum – etablering af syndikat

Uanset, på hvilken basis banken har forpligtet sig overfor kredittageren, vil næste skridt, efter modtagelsen af mandatet, være, at banken tager kontakt til en eller flere banker, som kunne tænkes at være interesseret i at deltage i et syndikat²⁹.

Antallet af banker, der kontaktes, vil som udgangspunkt afhænge af kreditfacilitetens størrelse samt af, hvor attraktive vilkårene er. Er det således lykkes kredittageren at forhandle sig frem til nogle fordelagtige kommercielle vilkår, vil det ofte være nødvendigt at kontakte et større antal banker med henblik på at få kreditfaciliteten afsat. Denne første kontakt vil være ganske kortfattet og vil som regel kunne indeholde de absolutte hovedtræk af den påtænkte facilitet. I det omfang, at de

²⁸⁾ Jf. således P.Gabriel: Legal Aspects of Syndicated Loans s. 119 ff.

²⁹⁾ Det bør for god ordens skyld anføres, at, såfremt der er tale om en lille kreditfacilitet, er det ikke sikkert, at der overhovedet etableres et syndikat. I et sådant tilfælde vil der være tale om en kontinuerlig forhandlingsproces mellem parterne, således, at den udvalgte bank og kredittageren med det samme påbegynder forhandlingen om den endelige kreditaftale. I den anden ende af skalaen findes de kreditfaciliteter, der er så store, at en enkelt bank ikke vil påtage sig alene at markedsføre kreditfaciliteten, endsi på en fully underwritten basis. I disse tilfælde vil der allerede initialt blive etableret et *management group*, bestående af et mindre antal banker, der er villige til at markedsføre lånet og evt. villigt til selve at yde hele lånet, såfremt det ikke kan afsættes.

pågældende banker viser interesse for at deltage i syndikatet, vil de modtage et *Information memorandum* - undertiden tillige benævnt et *Placement memorandum*, der normalt vil bestå af følgende:

- 1) det accepterede term sheet;
- 2) en præsentation af den lånsøgende virksomhed samt dens forretningsområder;
- 3) en præsentation af virksomhedens ledelse;
- 4) de seneste regnskaber, normalt suppleret med udtalelse om, at der ikke er indtrådt væsentlige ændringer i virksomhedens økonomiske tilstand fra tidspunktet for seneste regnskab frem til tidspunktet for udarbejdelsen af memorandumet.

I de tilfælde, hvor kredittageren er en kendt aktør på markedet eller evt. er en nationalstat, vil enkelte af punkterne normalt være udeladt, navnlig punkt 2 og 3. Udarbejdelsen af dette memorandum vil som hovedregel ske via et samarbejde mellem kredittageren og lead bank, forstået således, at kredittageren normalt vil fremkomme med de relevante oplysninger, hvorefter lead bank vil sammensætte disse til et memorandum. Efter omstændighederne kan det dog ligeledes være aftalt, at lead bank alene skal fremkomme med et overordnet skema til memorandumet, hvorefter kredittageren selv påtager sig opgaven med at sammensætte memorandumet.

Udarbejdelsen af memorandumet er traditionelt ikke blevet ofret særegen opmærksomhed på og er antageligvis i en del tilfælde sket uden egentlig advokatbistand³⁰.

Imidlertid har fremkomsten af sagen *Colocotronis Tanker Securities Litigation*³¹ vist, at det efter omstændighederne kan være forbundet med endog meget store omkostninger for lead bank, såfremt udarbejdelsen af memorandumet ikke ofres tilstrækkelig opmærksomhed. Sagen vedrørte et såkaldt indirekte syndikat, jf. herom senere, hvor lead bank havde ydet Colocotronis shipping group et betydeligt lån³². Lead bank refinansierede sig herefter ved at sælge andele i dette lån til en række regionale amerikanske banker. Kort tid efter misligholdt kredittageren imidlertid lånet, hvorved andelene i lånet praktisk taget blev værdiløse.

³⁰⁾ Jf. G.A.Penn, A.M.Shear & A.Arora: *The Law and Practice of International Banking*, s. 121.

³¹⁾ Sagen er trykt i 420 F.Supp.998 (S.D.N.Y. 1976). Sagen er citeret hos G.A.Penn, A.M.Shear & A.Arora: *The Law and Practice of International Banking*, s. 121.

³²⁾ Sagsfremstillingen bygger på referater af sagen citeret i G.A.Penn, A.M.Shear & A.Arora: *The Law and Practice of International Banking*, s. 121 samt P.Gabriel: *Legal Aspects of Syndicated Loans*, 129.

De deltagende banker anlagde herefter sag mod lead bank med påstand om tilbagebetaling af de respektive andele i lånet. De deltagende banker gjorde i den forbindelse bl.a. gældende, at 1) lead bank havde markedsført sig selv som værende særligt vidende om international finansiering herunder som værende en ekspert i at analysere og anbefale køb af andele i syndikerede lån, 2) at lead bank havde en forpligtelse til at rådgive de deltagende banker omkring alle relevante forhold vedrørende lånet til kredittager samt 3) at lead bank havde fremlagt urigtige oplysninger vedrørende væsentlige forhold, ligesom 4) lead bank havde undladt at informere omkring væsentlige forhold vedrørende kredittageren.

Sagen, der efterfølgende blev forliget i overensstemmelse med de deltagende bankers påstande, illustrerer forbilledligt, hvilke anbringender lead bank normalt vil blive mødt med, når et engagementet udvikler sig på en uheldig måde. Situationen vil ofte være den, at engagementet har udviklet sig så uheldigt, at det ikke længere er muligt for de deltagende banker at omstrukturere kreditten, eller på anden måde få hel eller delvis dækning for deres tilgodehavende. Ansporet af kredittagers konkurs vil de deltagende banker ofte underkaste det oprindelige memorandum en nærmere analyse med det formål at finde evt. urigtige eller misvisende oplysninger, ud fra en erkendelse af, at den eneste fyldestgørelse, de har udsigt til at opnå, må komme fra lead bank, der oprindeligt sammensatte syndikatet. Lead bank vil omvendt have en interesse i at undgå et sådant ansvar, idet formålet med syndikatet – nemlig risikospredningen – ellers vil være gået tabt.

Omfanget af lead banks ansvar vil afhænge af en række forskelligartede forhold, herunder hvilket lands lov der skal finde anvendelse på forholdet. Den mest afgørende faktor for omfanget af et evt. ansvar er dog antageligvis, om der foreligger et direkte eller et indirekte syndikat. Ved et direkte syndikat forstås i den forbindelse, at lead bank sammen med resten af syndikatet hver for sig yder et lån til kredittageren, som sammenlagt svarer til den ønskede kreditfacilitet. Der vil således være tale om en række separate kreditaftaler mellem de enkelte banker og kredittageren, der af primært praktiske årsager er samlet i et dokument.

I denne situation er det klart, at der alene foreligger en kontrakt mellem den enkelte bank og kredittageren. I det omfang, at kredittageren går konkurs, må et evt. ansvar mod lead bank primært baseres på reglerne om erstatning udenfor kontrakt.

Er der tale derimod tale om et indirekte syndikat, er situationen den, at lead bank i første omgang yder hele lånet til kredittageren, hvorefter lead bank efterfølgende sælger andele i dette lån. Som hovedregel vil dette salg af andele i lånet ske på en sådan måde, at der alene skabes en aftale mellem lead bank og de deltagende banker. Da dette salg ofte vil ske via det allerede omtalte memorandum, vil hovedspørgsmålet herefter ofte være, om de deltagende banker på grund af urigtige

eller misvisende oplysninger i memorandumet kan gøre misligholdelsesbeføjelser gældende mod lead bank.

Uagtet hvilken form for syndikat der foreligger, vil de IP-retlige problemer være de første, der gør sig gældende. Antages det således, at der er tale om en dansk kredittager, der sammen med en engelsk lead bank udarbejder et memorandum til brug for afsætning af lånet til amerikanske banker, kan man i princippet forestille sig, at alle tre landes ret vil kunne finde anvendelse. Dette forhold kan i sig selv give anledning til væsentlige problemer. Af pladsmæssige hensyn skal det i det følgende alene kort skitseres, hvordan problemerne kan tænkes løst.

Såfremt der er tale om et indirekte syndikat, vil problemerne være forholdsvis overskuelige. Således vil der så godt som undtagelsesfrit være foretaget et lovvalg i aftalen mellem lead bank og den deltagende bank, hvorefter spørgsmålet om misligholdelsesbeføjelser i anledning af evt. urigtige oplysninger i forbindelse med kontraktsindgåelsen, herunder selve spørgsmålet om kontraktens gyldighed, som hovedregel vil skulle afgøres i overensstemmelse med den valgte lov henholdsvis den lov, som ville finde anvendelse, såfremt aftalen var gyldig. Da domstolene i såvel England som USA, der må antages at være de mest sandsynlige værning, som altovervejende hovedregel anerkender partsautonomien, vil et sådant lovvalg blive respekteret³³.

I det omfang, at det er tale om et direkte syndikat, er de IP-retlige problemer efter omstændighederne mere vanskelige. Der vil således som udgangspunkt være tale om et deliktsretligt krav mod lead bank, hvorfor der ikke vil være foretaget et lovvalg. Anlægges sagen mod lead bank i USA, vil såvel engelsk som amerikansk ret kunne finde anvendelse, idet det bemærkes, at amerikanske domstole i deres lovvalg i deliktsretlige sager vil følge den individualiserende metode, jf. således *section 145 i US Conflict of Laws Restatement*³⁴. Udfaldet af lovvalget vil således afhænge af en meget konkret vurdering af de samlede omstændigheder.

Anlægges sag i England, er forholdet uklart. Antageligvis vil de engelske domstole basere lovvalget på *lex loci delicti*, hvilket dog ikke umiddelbart skaber klarhed i den konkrete kontekst, idet der vil være problemer med at fastslå "skadestedet", ikke mindst i de tilfælde, hvor memorandumet er sendt pr. fax, og det derfor kan diskuteres, om skadestedet er i England, hvor memorandumet antageligvis er

³³) For amerikansk rets vedkommende følger dette af section 187 i US Conflicts Restatement, hvorefter den valgte lov anvendes, medmindre lovvalget er direkte "evasive". For engelsk rets vedkommende kan henvises til Kontraktskonventionens art. 3 stk. 1., der tillige er tiltrådt af England.

³⁴) Jf. således P.R. Wood: International Loans, Bonds and Securities Regulation, s. 331.

udarbejdet og afsendt, eller om det er i USA, hvor memorandumet er modtaget. Det kan ikke afvises, at domstolene i dette tilfælde reelt vil anlægge en tilgang til problemet, der baserer sig på den individualiserende metode.

Antages det i det følgende, at engelsk ret vil finde anvendelse, vil et evt. ansvar for lead bank skulle baseres på reglerne om *misrepresentation*, dvs. den situation, hvor der fremsættes urigtige oplysninger om et som udgangspunkt faktisk forhold, der bevirker, at modtageren af disse oplysninger efterfølgende indgår en bestemt kontrakt.

Når det primært vil være de generelle regler om *misrepresentation*, der finder anvendelse i stedet for de mere specifikke regler i *Financial Service Act 1986* samt i *Public Offers of Securities Regulations 1995* skyldes dette det forhold, at salg af andele i et lån normalt vil være undtaget fra disse bestemmelser. Med hensyn til bestemmelserne i *Public Offers of Securities Regulations 1995* finder disse normalt ikke anvendelse, fordi der a) ikke er tale om et offentligt udbud, men derimod typisk en *private placement* rettet mod et begrænset antal investorer, jf. reg. 7(2)b og b), fordi der under alle omstændigheder vil være tale om professionelle investorer, jf. reg. 7(2)a samt c) fordi en andel i et lån ikke nødvendigvis vil blive kvalificeret som en "security". Tilsvarende gælder der en undtagelse fra reglerne i *Financial Service Act 1986*, såfremt der er tale om professionelle investorer³⁵.

Dermed er det også klart, at der som udgangspunkt ikke gælder et princip om *full disclosure*, hvilket får betydning for vurderingen af lead banks evt. ansvar for memorandumet. Selve reglerne om *misrepresentation* er som udgangspunkt udviklet i common law, men suppleres delvis af de i *Misrepresentation Act 1967* indeholdte regler om *negligent misrepresentation*. Grundlæggende kan *misrepresentation* defineres som følgende forhold:

*"An operative misrepresentation consists in a false statement of existing or past fact made by one party before or at the time of making the contract which is addressed to the other party and which induces the other party to enter into the contract"*³⁶

I henhold til ovenstående er det således klart, at der foreligger *misrepresentation*, såfremt der findes faktisk forkerte oplysninger i memorandumet, der motiverer en eller flere banker til at deltage i syndikatet, hvorved det bemærkes, at de urigtige oplysninger ikke behøver at være den eneste årsag til, at bankerne valgte at deltage

³⁵⁾ En nærmere gennemgang af anvendelsesområdet for de ovennævnte regelsæt findes i G.Fuller: *Corporate Borrowing*, s.129.

³⁶⁾ Jf. således Anson's Law of Contract s.209, citeret i P.Gabriel: *Legal Aspects of Syndicated Loans*, s.130.

i syndikatet, ligesom de heller ikke nødvendigvis skal være hovedårsagen til deltagelsen.

I forlængelse heraf bemærkes det, at det i retspraksis er antaget, at, såfremt en oplysning er væsentlig, vil den som udgangspunkt have virket motiverende, men mindre der er klare holdepunkter for det modsatte.

Rene fortielser vil som udgangspunkt ikke være udtryk for misrepresentation, idet der netop ikke gælder et princip om full disclosure, men derimod et princip om *caveat emptor*. Denne regel brydes imidlertid i følgende tre tilfælde: 1) Man tilbageholder aktivt oplysninger, der, såfremt den kom til modpartens kundskab, vil ændre dennes opfattelse af situationen, 2) Man fremlægger generelt alle oplysninger, men undlader at oplyse om et enkelt forhold, som har betydning for vurderingen af de fremlagte oplysninger – den såkaldte *partial non-disclosure* samt 3) Man undlader at oplyse modparten om, at allerede afgivne oplysninger, som på oplysningstidspunktet var korrekte, efterfølgende er blevet urigtige.

Er der tale om et af ovenstående tre tilfælde, vil der således ligeledes foreligge misrepresentation, forudsat naturligvis, at de andre betingelser herfor er opfyldt – navnlig at oplysningen har virket motiverende.

Endelig er der antaget, at også rene meningstilkendegivelser, skøn samt budgetter m.v. kan være udtryk for misrepresentation. Ræsonnementet er her, at den uinformerede part i dette tilfælde vil antage, at den, der har udarbejdet memorandumet, har fremsat disse meninger og/eller budgetter på baggrund af nogle for ham bekendte oplysninger, som gør det rimeligt at fremkomme med sådanne meninger eller budgetter. Viser det sig efterfølgende, at dette ikke var tilfældet, kan der foreligge misrepresentation. Denne doktrin, der blev knæsat ved sagerne *Hedley Byrne & Co. Ltd vs. Heller & Partners Ltd.* samt *Esso Petroleum Co. Ltd vs. Mardon*, bør dog anvendes med en vis forsigtighed. Således vil den som udgangspunkt kun finde anvendelse, såfremt en række yderligere betingelser er opfyldt, særligt en betingelse om, at der skal have været et specielt forhold mellem afgiveren og modtageren af disse skøn, budgetter m.m., før der kan blive tale om et evt. ansvar for afgiveren af informationen, jf. herom senere.

Retsvirkningerne af misrepresentation afhænger af, om der foreligger *fraudulent*, *negligent* eller *innocent misrepresentation*. Foreligger der *fraudulent misrepresentation*, dvs. den situation, hvor afgiveren af oplysningerne har været vidende om, at disse var forkerte, eller har udvist meget grov uagtsomhed i forbindelse med kontrollen af disse, kan kontrakten ophæves som følge af denne *material breach*, og der kan kræves erstatning. Erstatningen vil normalt være i form af rescission

damages, der i princippet svarer til den negative kontraktsinteresse³⁷. Derudover vil et egentligt strafansvar kunne komme på tale, hvilket dog må antages at være af mindre interesse i kommercielle forhold. Tilsvarende vil der kunne kræves erstatning, såfremt der foreligger negligently misrepresentation, hvilket omfatter den situation, hvor afgiveren af oplysningerne ikke har udvist den fornødne omhu med hensyn til at kontrollere disse.

Ansvar for negligently misrepresentation vil kunne støttes på såvel section 2(1) i Misrepresentation Act, såvel som efter common law, jf. således den lige ovenfor nævnte sag *Hedley Byrne & Co. Ltd. Vs. Heller & Partners Ltd.*, der vedrørte en banks ansvar i forbindelse med afgivelsen af en soliditetsoplysning.

I det omfang, at der alene er tale om innocent misrepresentation, dvs. den situation, hvor det viser sig, at en oplysning er forkert, uden at det dog er muligt at bebrejde afgiveren herfor, vil der som udgangspunkt ikke være noget ansvar efter reglerne om misrepresentation. I det omfang, at den afgivne representation imidlertid gengives i selve kreditaftalen og således automatisk bliver konverteret til at være en *warranty*, vil kontrakten efter omstændighederne kunne hæves, og der vil kunne kræves erstatning. Langt de fleste kreditaftaler vil således indeholde en bestemmelse om, at det betragtes som misligholdelse med deraf følgende beføjelser, hvis der foreligger brud på en eller flere warranties³⁸.

På baggrund af ovenstående er det derfor klart, at kredittageren så godt som undtagelsesfrit vil ifalde et ansvar, såfremt memorandumet indeholder forkerte oplysninger. Dette får imidlertid ikke den store betydning, såfremt kredittageren er insolvent, hvilket han normalt vil være på det tidspunkt, hvor det opdages, at der foreligger misrepresentation. Interessen samler sig herefter om, i hvilket omfang de ovenstående regler kan bringes i anvendelse overfor lead bank.

I forhold til denne problemstilling er det af afgørende betydning at skelne mellem de to typer af syndikater: I tilfælde af et direkte syndikat kan man umiddelbart forestille sig, at der ifalder lead bank et ansvar i følgende tre tilfælde:

- 1) Lead bank er bevidst om og medvirker aktivt til misrepresentation;

³⁷⁾ Jf. således Black's Law Dictionary, der definerer rescissory damages som "*Damages contemplated to restore a plaintiff to the position occupied before the defendant's wrongful acts*".

³⁸⁾ Det skal herved bemærkes, at uden en sådan stipulering er det mere tvivlsomt, om aftalen kan ophæves, idet en warranty pr. definition betragtes som værende en mindre væsentlig betingelse modsat en "condition". Se dog hertil afsnit 4.2. vedrørende den særlige betydning af warranties i eurokreditaftaler.

- 2) Lead bank optræder uagtsomt og har en særlig forpligtelse overfor de deltagende banker;
- 3) Lead bank optræder direkte eller implicit som agent for de deltagende banker og er derfor underlagt en række fiduciary duties.

Det første tilfælde er relativt klart. Er lead bank bevidst om og medvirker i forbindelse med udarbejdelsen af memorandumet til, at kredittager opnår kredit på baggrund af urigtige, svigagtigt fremsatte oplysninger, ifalder der lead bank et ansvar for fraudulent misrepresentation sammen med kredittager. Denne situation opstår imidlertid næppe i praksis, ikke mindst under hensyntagen til, at lead bank som hovedregel ligeledes selv yder en væsentlig del af lånet. Forholdet er mere uklart, såfremt lead bank – via sin rolle som kredittagers faste bankforbindelse – er i besiddelse af fortrolig information, som bevirker, at lead bank bliver opmærksom på, at nogle af de af kredittageren afgivne informationer enten er forkerte eller i hvert fald misvisende.

Lead banks dilemma vil her være, om den skal informere de andre banker om denne viden og dermed potentielt modvirke, at der overhovedet ydes en kredit, hvilket efter omstændighederne ligeledes kan medføre tab for banken, eller om man skal holde denne viden for sig selv og dermed risikere et evt. erstatningsansvar for at have medvirket til denne misrepresentation.

Det er ikke umiddelbart muligt at fremsætte en generel løsning på dette dilemma, idet en konkret vurdering vil være påkrævet i hvert enkelt tilfælde. Dog er der klart, at to forhold under alle omstændigheder må indgå i denne vurdering: For det første må der tages stilling til, om der er tale om direkte forkerte oplysninger, eller om der alene er tale om, at kredittager har en mere optimistisk opfattelse af sagernes stand end de reelle tal giver belæg for. Det siger i den forbindelse sig selv, at i jo højere grad der er tale om direkte forkerte oplysninger med en deraf følgende risiko for tab, jo mere taler for, at lead bank må informere de deltagende banker om sin viden. I den forbindelse kan der evt. være tale om en balancegang med hensyn til den fortrolighedspligt, der påhviler banken i det almindelige kundeforhold med kredittageren.

Dernæst må der tages stilling til, om lead bank som sådan har en særlig forpligtelse overfor de andre banker i syndikatet, der tilpligter denne at videregive sin viden til de deltagende banker. Ser man bort fra de helt graverende tilfælde af urigtige oplysninger, synes det ikke uden videre at være givet, at lead bank har en sådan forpligtelse.

Som udgangspunkt må det således fastholdes, at et direkte syndikat er kendetegnet ved en række separate kreditaftaler, og at der derfor skal være særlige holdepunkter for at pålægge lead bank en sådan forpligtelse. Det forhold, at den endelige

kreditaftale typisk indeholder bestemmelser om, at de deltagende banker skal træffe visse beslutninger i fællesskab, ændrer ikke herpå. Det springende punkt er herefter at klarlægge, hvilke forhold der evt. kan tale for eksistensen af en sådan forpligtelse. Retspraksis på området er sparsom, men det må antages, at eksistensen af en sådan forpligtelse vil være tæt forbundet med, om de andre banker med rimelighed kunne forvente, at lead bank ville stå som "garant" for memorandumets indhold. Forhold, der taler for dette, vil navnlig være følgende:

- Lead bank er dybt involveret i udarbejdelsen af memorandumet;
- Lead bank optræder som kilde til oplysninger i memorandumet eller har ikke i tilstrækkelig grad distanceret sig fra de i memorandumet indeholdte oplysninger;
- Lead bank er særdeles aktiv i hvervningen af medlemmer til syndikat;
- Selve transaktionen er kompliceret, og lead bank har i denne eller anden forbindelse tilkendegivet, at man netop på dette område besidder en særlig ekspertise;
- De deltagende banker har en begrænset eller ingen adgang til den information, der ligger til grund for memorandumet.

Med hensyn til de tre første forhold vedrører de alle det tilfælde, hvor lead bank har en særlig tæt relation til kredittageren.

Denne tætte relation vil ofte medføre, at de deltagende banker forventer og stoler på, at lead bank til en vis grad fører "opsyn" med kredittageren, således, at unøjagtigheder eller direkte forkerte oplysninger undgås. Viser det sig efterfølgende, at der alligevel er fejl i memorandumet, vil der være en tendens til, at lead bank i højere grad vil kunne gøres ansvarlig. Et tæt forhold til kredittager og en aktiv medvirken i udformningen af memorandumet vil således medføre en særlig forpligtelse for lead bank til at gøre de deltagende banker opmærksom på urigtige eller misvisende oplysninger i memorandumet, såfremt lead bank ønsker at frigøre sig fra den strengere ansvarsmålestok, der ellers er resultatet af et sådant forhold. Alternativt kan lead bank allerede i den indledende fase forsøge at modvirke, at kredittager fremkommer med for optimistiske budgetter m.v. Denne fremgangsmåde kan dog i visse tilfælde vise sig at være af begrænset nytte, såfremt lead bank tillige skal tage hensyn til mulighederne for et fremtidigt eller evt. fortsat samarbejde med kredittageren. I praksis vælger lead bank da også hyppigt at supplere den foregående fremgangsmåde med en eksplicit ansvarsfraskrivelse, der gør det klart, at lead bank 1) ikke har verificeret de i memorandumet indeholdte oplysninger, 2) at kredittager har garanteret for, at de er korrekte, 3) at lead bank alene har medvirket til distributionen af memorandumet og som sådan ikke har noget ansvar for dets indhold samt 4) en opfordring til de deltagende banker om selv at indhente supplerende oplysninger og foretage en selvstændig kreditvurdering.

Om en sådan ansvarsfraskrivelse er effektiv, vil afhænge af en konkret vurdering af de samlede omstændigheder. I denne vurdering vil de to sidste forhold i den ovennævnte liste have en vis betydning. Er der således tale om, at de deltagende banker selv har betydelig erfaring med syndikerede kreditfaciliteter og er der adgang til de i memorandumet anvendte informationer, taler dette umiddelbart imod et ansvar for lead bank. Det skal dog i den forbindelse bemærkes, at det forhold, at de deltagende banker selv har haft mulighed for at gøre sig bekendt med det til grund for memorandumet liggende materiale, ikke i sig selv vil fritage lead bank for ansvar, såfremt lead bank er bekendt med de urigtige oplysninger.

Med hensyn til tilfælde 2 vil der efter omstændighederne kunne indtræde et ansvar for lead bank, såfremt denne optræder uagtsomt og ligeledes har en særlig forpligtelse overfor de deltagende banker. I hvilket omfang lead bank har en særlig forpligtelse overfor de deltagende banker, skal vurderes på baggrund af de allerede nævnte forhold. Ansvarsfraskrivelsen kan her, på samme måde som før, føre til, at en domstol kommer frem til, at lead bank ikke har en særlig forpligtelse overfor de deltagende banker, hvorefter et evt. erstatningskrav mod lead bank kun vanskeligt vil kunne gennemføres.

Endelig kan det tænkes, at lead bank blive erstatningsansvarlig overfor de deltagende banker ud fra et synspunkt om, at lead bank direkte eller implicit har optrådt som agent for de deltagende banker og derfor er underlagt en række fiduciary duties. Det skal dog i den forbindelse bemærkes, at det antageligvis hører til de absolutte undtagelser, at lead bank optræder som agent for de deltagende banker på dette stadie. Tværtimod vil der, som tidligere anført, være en formodning for, at lead bank evt. vil være agent for kredittageren.

I tilfælde af, at syndikatet etableres ved at lead bank yder hele lånet til kredittager og herefter sælger andele, altså et indirekte syndikat, vil lead bank så godt som altid ifalde fuldt ansvar for indholdet af memorandumet, idet det tillige bemærkes, at den ovenfor nævnte ansvarsfraskrivelse sjældent vil blive tillagt fuld effekt.

Sagen er jo således den, at der i realiteten indgås to aftaler; en mellem kredittager og lead bank, og en imellem lead bank og de deltagende banker. Indsigelser om, at oplysningerne stammer fra kredittager, er således som udgangspunkt irrelevante i forhold til de deltagende banker. Lead bank har selv valgt at anvende det udarbejdede informations memorandum som agitationsmateriale og må derfor selv sørge for, at dette er retvisende. Der forhold, at ansvarsfraskrivelse indeholder en opfordring til selv at foretage en kreditvurdering, ændrer som udgangspunkt ikke herpå. Ganske vist gælder princippet om *caveat emptor* også i relation til indirekte syndikater, men forholdet vil ofte være det, at de deltagende banker ikke har mulighed for at undersøge de til grund for memorandumet liggende materiale. Efter omstændighederne vil lead bank endda frabede sig, at de deltagende banker retter

henvendelse til kredittageren med henblik på at modtage supplerende oplysninger. Det kan således ikke afvises, at kredittageren netop har valgt lead bank som sin bankforbindelse, ud fra en forudsætning om, at denne var i stand til selv at tilbyde hele faciliteten, således, at efterfølgende forhandlinger med andre banker ikke var nødvendige.

Derudover vil det forhold, at lead bank selv anvender memorandumet, normalt blive taget som udtryk for, at lead bank indestår for dets indhold eller at lead bank i hvert fald har foretaget en ganske grundig undersøgelse af oplysningerne. Det er i den forbindelse evident, at, i tilfælde af, at lead bank normalt er kredittagers faste bank, vil kravene til lead banks indsats i den forbindelse stige væsentligt. Lead bank vil derfor efter omstændighederne have vanskeligere ved at påstå, at man ikke havde kendskab til, at visse informationer var urigtige.

På baggrund heraf må det lægges til grund, at lead bank som hovedregel vil ifalde ansvar for urigtige oplysninger i memorandumet, uagtet, at man har opfordret de deltagende banker til selv at undersøge forholdet, medmindre det må lægges til grund, at lead bank ikke har haft kendskab til de urigtige oplysninger, og at man i så henseende har foretaget en grundig efterprøvelse af de i memorandumet indeholdte informationer. Supplerende bemærkes, at risikoen for, at lead bank bliver erstatningsansvarlig, stiger proportionalt med omfanget af lead banks normale forretningsforhold med kredittager.

4. Kreditaftalen

Såfremt der er tale om et direkte syndikat, vil den ovenstående procedure med at forhandle de kommercielle vilkår, udarbejde et memorandum samt etablere et syndikat normalt være overstået i løbet af 6-8 uger. På dette tidspunkt vil de deltagende banker ligeledes have fremsat diverse ændringsforslag til den juridiske regulering af forholdet mellem kredittager og syndikat, således, at den endelige kreditaftale kan underskrives. Den typiske kreditaftale kan i den forbindelse underopdeles i følgende hovedpunkter:

- 1) Parternes identitet og definitioner på anvendte udtryk i aftalen
- 2) Facilitetstype
- 3) Renteberegning samt gebyrer
- 4) Tilbagebetaling, førtidig indfrielse
- 5) Beskyttelse af bankens margin
- 6) Conditions precedent
- 7) Representations and warranties
- 8) Covenants
- 9) Misligholdelse

10) Lovvalg og værneting

Som det ses vedrører punkterne 1-5 primært en række tekniske forhold omkring lånet og udbetalingen af dette, hvilket der ikke skal knyttes nærmere kommentarer til. Tilsvarende gør sig gældende med hensyn til punkt 10. Tilbage er selve kernen i den juridiske regulering af forholdet mellem kredittager og syndikatet.

4.1. Conditions precedent

Kreditgivers forpligtelse til at yde lån under faciliteten til kredittager er som altovervejende hovedregel gjort betinget af opfyldelsen af en række yderligere betingelser, de såkaldte *conditions precedent*. Formålet med sådanne conditions precedent er at give kreditgiver sikkerhed for, at en række primært juridiske forhold, der har indflydelse på, i hvilket omfang kredittager er forpligtet i overensstemmelse med aftalen, er opfyldte, inden det første lån under kreditten udbetales. Efter omstændighederne vil det tillige fremgå af aftalen, at disse conditions precedent også skal være opfyldt ved efterfølgende træk på faciliteten, omend der i disse tilfælde vil være tale om et reduceret antal betingelser. En typisk conditions precedent- klausul vil have følgende ordlyd³⁹:

"The obligations of each Finance Party to the Borrower under this Agreement are subject to the condition precedent that the Agent has notified the Borrower and the Banks that it has received all of the documents set out below in form and substance satisfactory to the Agent"

³⁹ Den citerede klausul stammer fra P.R.Wood: International Loans, Bonds and Securities Regulation, s. 413ff. Den i klausulen nævnte agent er en af syndikatet antaget bank, der udfører en række administrative opgaver. Agentbanken der har nedenstående opgaver, vil normalt være identisk med en af bankerne i syndikatet, ofte lead bank:

- 1) udbetaling af lån til kredittager
- 2) modtagelse af renter og afdrag samt fordeling af disse til syndikatets medlemmer.
- 3) modtagelse og gennemgang af formel information fra kredittager i forbindelse med aftalens indgåelse
- 4) modtagelse af løbende finansiell information fra kredittager

Derudover vil agentbanken som officielt talerør for syndikatet. I det omfang, at agentbanken bliver opmærksom på, at kredittager er i misligholdelse, vil agentbanken have en forpligtelse til at meddele dette til syndikatet omgående og efter omstændighederne ligeledes have en forpligtelse til på egen hånd at reagere på denne misligholdelse, i det omfang, at det er nødvendigt for at begrænse syndikatets tab. Agentbanken vil dog ikke have en generel forpligtelse til selvstændigt at undersøge, om kredittager er i misligholdelse eller er i økonomiske vanskeligheder. Denne opgave må deltagerne i syndikatet selve varetage.

I overensstemmelse med ovenstående vil der være vedlagt et skema til kreditaftalen, der indeholder en liste over de dokumenter, som kreditgiver ønsker fremlagt inden forpligtelsen til at låne indtræder. Der vil normalt være tale om følgende dokumenter:

- 1) Vedtægter samt andre selskabsdokumenter;
- 2) Beslutninger, truffet af bestyrelsen, der bemyndiger selskabet til at gennemføre den påtænkte transaktion;
- 3) Bemyndigelser til bestemte personer til at handle på selskabets vegne i forhold til den påtænkte transaktion;
- 4) Liste med autentiske underskrifter fra de i henhold til ovenstående bemyndigede personer;
- 5) En bekræftelse af, at selskabet ikke overskrider nogen grænser for lånoptagelse ved at optage lånet, være sig vedtægtsmæssige eller andre begrænsninger;
- 6) Officielle tilladelser til at gennemføre transaktionen, såfremt sådanne er nødvendige, herunder dispensationer fra valutamæssige begrænsninger (navnlig relevant i forhold til tidligere østlande);
- 7) En bekræftelse af, at alle ovenstående dokumenter er korrekte, komplette og fuldtud gyldige.

I tilknytning til ovenstående dokumenter, der primært har til formål at dokumentere, at kredittager reelt kan påtage sig den påtænkte gældsforpligtelse, vil der tillige skulle udarbejdes en Legal Opinion⁴⁰. Denne Legal Opinion vil normalt blive udarbejdet af en af lead bank antaget advokat og vil primært have til formål at belyse om 1) kredittager overhovedet er i stand til at påtage sig sådanne forpligtelser, 2) om kreditaftalen udgør en gyldig og bindende forpligtelse i kredittagers hjemland, såfremt dette er forskelligt fra kreditgivernes, hvilket det normalt vil være samt 3) hvorledes den påtænkte transaktion vil blive bedømt af domstolene i kredittagers hjemland. Afgivelsen af en sådan Legal Opinion vil normalt ske på baggrund af et af lead bank udarbejdet skema, som i hovedtræk fastlægger, hvilke forhold den afgivne opinion skal tage stilling til.

Ovenstående, der er udtryk for de generelle conditions precedent, skal være "... in form and substance satisfactory to the agent...". Det er uklart, hvad der hermed sigtes til, idet der enten kan være tale om, at dokumentationen alene skal være tilfredsstillende a la at der ikke må foreligge fejl og mangler, der har indflydelse på, om selskabet er forpligtet i overensstemmelse med aftalen eller om dokumentationen skal være fuldtud tilfredsstillende, således, at selv mindre fejl i eksempelvis

⁴⁰⁾ For god ordens skyld bemærkes det, at, såfremt lånet skal sikres med enten tinglig sikkerhed eller en kaution/garanti fra tredjemand, vil listen tillige omfatte pantsætningsdokumenter, kautionserklæringer etc.

selskabsdokumenterne bevirker, at kreditgiver ikke er forpligtet til at yde lån i overensstemmelse med aftalen.

Retspraksis på området er sparsom, men forholdet skal formentlig fortolkes på samme måde som den tilsvarende situation ved køb af virksomheder, hvor der indgås en bindende aftale, der dog er betinget af en efterfølgende due diligence, der skal være "satisfactory", idet køber ellers kan træde tilbage fra aftalen. Sådanne bestemmelser er normalt blevet fortolket på en sådan måde, at mindre fejl eller mangler ikke kan medføre, at køber kan træde tilbage fra aftalen. På samme måde må det være tilfældet med kreditaftaler, medmindre kreditgiver specifikt har taget forbehold for, at dokumentationen skal være tilfredsstillende i enhver henseende.

Retsvirkningen af, at kredittager ikke iagttager conditions precedent vil være den, at kreditgivers ydelse i henhold til aftalen, nemlig forpligtelsen til at stille en kreditfacilitet til rådighed, uden videre suspenderes indtil det tidspunkt, hvor betingelserne opfyldes af kredittager. Conditions precedent er således udtryk for en suspensiv betingelse. Dermed er det også klart, at en manglende iagttagelse af conditions precedent ikke er ensbetydende med, at forpligtelsen til at stille en kreditfacilitet som sådan til rådighed, bortfalder; dette kræver, at der foreligger en egentlig misligholdelsesgrund.

I tilknytning til de ovennævnte generelle conditions precedent vil kreditaftalen tillige indeholde specifikke conditions precedent, der skal iagttages i forbindelse med hvert enkelt træk på kreditten. Disse conditions precedent vil typisk være formuleret på følgende måde:

"The obligation of each Bank to advance loans towards the Borrower is subject to the further conditions precedent that:

1. On both the date of request for a Loan and the date for the advance of the amount:
 - *the representations and warranties to be repeated on those dates are correct and will be correct immediately after the Loan is made; and*
 - *no event of default or event which with giving of notice, lapse of time or other conditions would constitute an event of default has occurred.*
1. *the Agent has received all other documents, opinions, certificates, consents and assurances as it may reasonable request in connection with the Loan".*

Som det ses af ovenstående, tjener de specifikke conditions precedent et dobbelt formål: For det første sikres det, at kreditgiver ikke er forpligtet til at udbetale yderligere lån, såfremt de forhold, der lå til grund for den oprindelige

kreditvurdering, efterfølgende har ændret sig, jf. den første betingelse om, at oplysninger og indeståelser fortsat er korrekte både før og efter at lånet er ydet. For det andet, at kreditgiver ikke er forpligtet til at udbetale et lån under faciliteten, såfremt der er tegn på, at kredittager er i økonomiske vanskeligheder, uden at disse dog på dette tidspunkt har en sådan karakter, at de udgør en egentlig forfaldsgrund, jf. således stipuleringen af "...event which with giving of notice, lapse of time or other conditions would constitute an event of default has occurred".

Meningen med denne passus er at fjerne evt. *grace periods*, dvs. tidsrum, hvori der hjemles kredittager en ret til at afhjælpe et forhold, som i realiteten udgør en forfaldsgrund. At sådanne grace perioder fjernes, hænger naturligvis sammen med, at kreditgiver ikke er interesseret i at forøge andre kreditgiveres dividende, udelukkende som følge af, at kredittager har været i stand til at fremsende en draw down notice, før den anstrengte økonomiske situation har udviklet sig til at udgøre en egentlig forfaldsgrund.

4.2. Representations and warranties

Når der ses bort fra de tilfælde, hvor kreditfaciliteten udelukkende stilles til rådighed af kredittagers faste bankforbindelse, vil syndikatet have behov for yderligere informationer omkring kredittagers økonomiske og juridiske forhold, udover, hvad der følger af det indledningsvis nævnte informations memorandum. Dette behov vil blive tilgodeset ved, at kredittager i selve kreditaftalen afgiver en række oplysninger og indeståelser; de såkaldte *Representations and warranties*. Omfanget og indholdet af disse representations and warranties afhænger naturligvis af syndikatets kendskab til kredittager samt de respektive parter forhandlingsstyrke. Det er dog normalt, at der som minimum afgives følgende juridiske warranties:

- 1) at selskabet er lovligt stiftet og har den fornødne rets- og handleevne;
- 2) at evt. offentlige tilladelser i forbindelse med transaktionen er indhentet;
- 3) at gældsforpligtelsen ikke strider mod nogen vedtægtsmæssige eller kontraktuelle bestemmelser, eksempelvis andre kreditaftaler.

Som det ses, er området for de juridiske warranties tildels sammenfaldende med området for de generelle conditions precedent. Dette er ikke tilfældigt. De generelle conditions precedent har til formål at dokumentere, at de juridiske forudsætninger for ydelsen af kreditten er tilstede, mens de juridiske warranties skal sikre, at disse forudsætninger ikke efterfølgende ændrer sig.

Idet de specifikke conditions precedent normalt indeholder en bestemmelse om, at representations and warranties skal gentages før hvert enkelt træk på kreditten, sikres det, at grundlaget for kredittens ydelse i princippet fastholdes gennem hele

commitment perioden. De juridiske warranties vil i den forbindelse ikke være underlagt en væsentlighedsbetingelse, idet dette ikke har nogen mening i forbindelse med juridiske indeståelser; enten er selskabet lovligt stiftet eller også er det ikke. Derudover vil kreditaftalen normalt indeholde følgende økonomiske/kommercielle representations and warranties:

- 4) at kredittagers økonomiske forhold ikke er forringet væsentligt siden sidste regnskab;
- 5) at det fremlagte informations memorandum i det væsentlige er korrekt og ikke vildledende;
- 6) at kredittager ikke har misligholdt andre gældsforpligtelser eller andre væsentlige kontrakter;
- 7) at der ikke er rejst eller forventes rejst væsentlige krav mod kredittager.

De økonomiske representations and warranties har på samme måde som de juridiske til formål at fastholde det beslutningsgrundlag, der forelå dengang, da kreditten blev bevilliget. Idet kredittagers økonomiske forhold uvægerligt vil gennemgå forandringer, efter omstændighederne endog negative, er det i sagens natur nødvendigt at underlægge disse representations and warranties en væsentlighedsbetingelse⁴¹.

Tilbage står spørgsmålet om, hvilke konsekvenser det har, såfremt det måtte vise sig, at en eller flere af de fremsatte representations and warranties er urigtige. Indledningsvis bemærkes det, at de gennemgåede representations and warranties reelt kun består af warranties. Oplysninger, der fremlægges inden kontraktsindgåelsen og senere hen gentages i kontrakten, er ikke længere kun oplysninger, men bliver automatisk konverteret til at være en indeståelse, hvilket får betydning for informationsmemorandumet.

Kredittager kommer således til at garantere for validiteten af de oplysninger, som informations memorandumet indeholder, i det øjeblik, de indgår i den endelige kontrakt. Dermed er det også klart, at kredittager ifalder ansvar for urigtige oplysninger i dette, selvom kredittageren har udvist den fornødne omhu. Der påhviler således kredittager et objektivt ansvar for de afgivne warranties.

⁴¹⁾ Denne væsentlighedsbetingelse kan være formuleret på forskellig vis. Visse steder ses den formuleret via anvendelse af en beløbsgrænse, således, at eksempelvis krav rejst mod selskabet over denne beløbsgrænse automatisk betragtes som væsentlige krav. Andre steder ses den formuleret mere generelt, hvor væsentlighed defineres som et forhold, der har indflydelse på kredittagerens betalingsevne. En sådan formulering kan dog være problematisk, idet den efter omstændighederne kræver, at der foreligger insolvens, for den er opfyldt. Er dette tilfældet, er formålet med indeståelsen spildt.

I henhold til engelsk kontraktsret vil en forkert warranty normalt give modparten ret til at kræve erstatning, men vil derimod som udgangspunkt ikke give parten ret til at ophæve kontrakten⁴². En warranty er således pr. definition af mindre væsentlig karakter. Derimod vil en *condition* pr. definition udgøre en væsentlig bestanddel af en kontrakt, således, at en tilsidesættelsen af en sådan vil være væsentlig misligholdelse med den konsekvens, at modparten kan hæve kontrakten og kræve erstatning.

Konsekvensen af ovenstående er, at kreditgiver ikke vil blive frigjort fra sin forpligtelse til at yde lån til kredittager selv i det tilfælde, hvor en eller flere af de juridiske eller kommercielle warranties måtte være forkerte. Dette forekommer selvsagt ikke hensigtsmæssigt i en situation, hvor det eksempelvis viser sig, at kredittager ikke har de fornødne tilladelser til at optage lånet. For at håndtere denne situation, vil parterne derfor så godt som undtagelsesfrit have aftalt, at brud på en warranty er at betragte som forfaldsgrund. Dermed konverteres de afgivne warranties i realiteten til conditions.

Denne fremgangsmåde er efterhånden så udbredt på eurokreditmarkedet, at der efterhånden har dannet sig en sædvane for, at warranties, uagtet den konkrete benævnelse, skal betragtes som conditions med deraf følgende retsvirkninger, uanset om parterne ikke eksplicit har vedtaget, at brud på en warranty giver parten ret til at ophæve kontrakten.

Sammenfattende kan det således konkluderes, at, såfremt de afgivne warranties ikke er korrekte, vil dette medføre, at kreditgivers forpligtelse til at foretage yderligere udlån, suspenderes i henhold til de specifikke conditions precedent, ligesom der kan blive tale om, at lånet som sådan forfalder.

4.3. Covenants

Når kreditgiver yder lån til kredittager, sker dette ud fra en antagelse om, at kredittager er i stand til på forfaldstidspunktet at tilbagebetale hovedstolen samt at kredittager løbende er i stand til at honorere de påløbende renter og gebyrer. Denne antagelse vil basere sig på en kreditvurdering, der igen sker på grundlag af kredittagers nuværende finansielle situation. Denne finansielle situation søges fastholdt gennem anvendelsen af representations and warranties, som anført i det foregående afsnit. Dermed sikres det, at kredittagers situation ikke har forringet sig i forhold til udgangspunktet, i hvert fald på det tidspunkt, hvor kredittager foretager yderligere træk på kreditfaciliteten. Denne mekanisme alene er dog ikke

⁴²⁾ Jf. således P.Gabriel: Legal Aspects of Syndicated Loans, s. 53. Se dog R.A.Burgess: Law of Borrowing s. 6023 for den modsatte opfattelse

tilstrækkelig til at kontrollere kredittagers adfærd, den kan alene være med til at begrænse skadens omfang ved at forhindre yderligere træk på kreditten. Kreditgiver må derfor på anden måde sikre sig, at kredittager ikke i perioden fra udbetalingen af lånet til forfaldstidspunktet foretager dispositioner, som kan have en negativ indvirkning på kredittagers mulighed for at tilbagebetale lånet. Idet kreditgiver ikke vil have nogen direkte indflydelse på selskabets ledelse, må indflydelse sikres via selve kreditaftalen. Dette vil konkret ske via anvendelsen af *covenants*, der er vilkår i kreditaftalen, der på den ene eller anden måde regulerer kredittagers forretningsmæssige adfærd. Kredittagers forpligtelser efter kreditaftalen vil herefter primært bestå i betalingsforpligtelsen og forpligtelser i henhold til *covenants*.

Kreditgivers opgave består herefter i at formulere en eller flere *covenants*, som sikrer, at kredittager løbende opnår et afkast, der sikrer, at lånet kan tilbagebetales på forfaldstidspunktet. Ideelt set burde kreditgiver derfor formulere en række *covenants*, der tilpligtede kredittager til at investere i alle projekter med en positiv nutidsværdi, idet dette samlet set ville maksimere værdien af virksomheden og dermed også øge sandsynligheden for, at kredittager på forfaldstidspunktet ville være i stand til at honorere sine betalingsforpligtelser. Anvendelsen af sådanne *covenants* vil imidlertid medføre prohibitivt høje transaktionsomkostninger, idet kreditgiver i forbindelse med kontrollen af overholdelsen af disse *covenants* reelt skulle tage aktivt del i den daglige ledelse af virksomheden - en situation, som hverken ville være i kreditgivers eller kredittagers interesse. Tendensen i udformningen af *covenants* synes da også at gå i retning af, at kreditgiver baserer sig på, at aktionærerne via deres ejerindflydelse er i stand at sikre sig, at der reelt sker en maksimering af virksomhedens værdi.

Kreditgivers opgave er herefter alene at sikre sig, at denne maksimering af værdien ikke sker på kreditorernes bekostning, dvs., at der ikke sker en værdioverførsel til aktionærerne samt at grundlaget for ydelsen af kreditten ikke successivt bliver udhulet - enten ved at eksisterende aktiver afhændes uden at gælden nedbringes tilsvarende, eller ved at andre (senere) kreditorer bliver tillagt en fortrinsret til aktiverne i tilfælde af kredittagers insolvens. Mere præcist vil de anvendte *covenants* skulle sikre følgende⁴³:

- 1) at kredittagers identitet bevarer;
- 2) at kvantiteten og kvaliteten af aktiverne bevarer
- 3) at der ikke sker nogen diskriminering eller underordning af kreditgivers krav

Ovennævnte søges varetaget gennem en række *covenants*, der traditionelt kan inddeles i *positive/affirmative covenants* og *negative covenants*, afhængig af

⁴³⁾ Jf. således P.R.Wood: *International Loans, Bonds and Securities Regulation*, s. 32 ff. der dog foretager en yderligere opdeling af kategorierne.

forpligtelsens karakter⁴⁴. Omfanget og udformningen af de enkelte covenants afhænger i sagens natur af forhold som 1) risikoen ved engagement; dvs. er der tale om et almindeligt term loan, der skal anvendes som driftskapital, eller er der tale om finansiering af et specifikt projekt, 2) kredittagers status, dvs. er der tale om en kommerciel låntager, eller er der eksempelvis tale om en nationalstat samt 3) om lånet er sikret eller usikret. I enkeltstående tilfælde kan det tænkes, at kreditaftalen overhovedet ikke indeholder covenants⁴⁵ eller efter omstændighederne kun ganske vage covenants⁴⁶. Almindeligvis vil en typisk kreditaftale dog indeholde følgende covenants: 1) informations covenant, 2) anti-disposal covenant, 3) change of business covenant, 4) negative pledge 5) pari passu covenant samt 6) financial covenants. Afhængig af den konkrete formulering af klausulerne vil nr. 1. normalt være en affirmative covenant, mens nr. 2,3,4,5 og 6 normalt vil være negative covenants, omend nr. 6 til tider ses som en affirmative covenant. I den forbindelse vil covenant nr. 3 normalt sikre, at kredittagers identitet bevares, covenant nr. 2 og 3 sikrer, at aktiverne bevares, mens covenant nr. 4 og 5 har til formål at modvirke diskrimination af kreditgivers krav mod kredittager.

På baggrund af ovenstående kan det være hensigtsmæssigt i korte træk at beskrive de forskellige covenants. Pladsmæssige hensyn bevirker at beskrivelsen er af rent orienterende karakter⁴⁷.

⁴⁴) Denne opdeling af covenants findes bl.a. i R.A.Burgess: Law of Borrowing, s. 6029 ff. samt i M.D.Fern: Warren's Forms of Agreement s. 30-9. Undertiden ses en mere detaljeret opdeling, der tager direkte udgangspunkt i de enkelte covenants indhold, eksempelvis Information covenant, Financial covenant, Negative Pledge etc. jf. således J.R.Lingard: Commercial Loan Agreements, s. 40 ff. samt P.R.Wood: International Loans, Bonds and Securities Regulation, s. 31 ff.

⁴⁵) Jf. således R.A.Burgess: Law of Borrowing, s. 6029, der anfører, at virksomheder med en kreditrating på AAA (Standard & Poors højeste kreditrating) til tider kan optage lån uden covenants.

⁴⁶) Et eksempel på sådanne vage covenants findes i en kreditaftale med en dansk virksomhed, der har følgende ordlyd:
" *låntager forpligter sig til at opretholde et tilfredsstillende resultat efter skat og udbytte*".

Denne covenant vil af indlysende årsager føre til en betydelig usikkerhed mellem parterne om, hvornår forpligtelsen er tilsidesat og bør derfor undgås.

⁴⁷) For en detaljeret gennemgang af de enkelte covenants og de hermed forbundne problemer henvises til speciallitteraturen, navnlig P.R.Wood: International Loans, Bonds and Securities Regulation samt A.Tamasauskas: Internationale kreditaftaler, hovedopgave cand.merc.jur.

1. *Information covenant*

En forudsætning for, at kreditgiver kan kontrollere, at de i kreditaftalen fastsatte covenants bliver overholdt, samt at den økonomiske udvikling hos kredittager forløber tilfredsstillende, er naturligvis, at kreditgiver er i besiddelse af den fornødne information. Til dette formål vedtages der normalt en information covenant, der pålægger kredittager at fremsende sit årsregnskab til agentbanken umiddelbart efter, at det er udarbejdet og offentliggjort. I det omfang, at kreditgiver består af et syndikat af udenlandske banker, vil der som regel blive fremsat krav om, at regnskabet skal udarbejdes på grundlag af udenlandske regnskabsstandarder, dvs. enten GAAP eller IAS.

I tilknytning hertil vil der normalt være et krav om, at der tillige udarbejdes halvårsregnskaber, evt. kvartalsregnskaber, og at disse tillige fremsendes til agentbanken. Derudover vil klausulen normalt være suppleret med en såkaldt *potentiel default clause*, der pålægger kredittager straks og uden ugrundet ophold at give agentbanken meddelelse om alle forhold, som direkte eller indirekte har eller kan få indflydelse på kredittagers mulighed for at tilbagebetale lånet til kreditgiver. Hovedanvendelsesområdet for denne bestemmelse er de tilfælde, hvor der er indtrådt en misligholdelse, men hvor kredittager har fået tildelt en grace periode, som endnu ikke er udløbet, samt tilfælde, hvor der eksempelvis er indledt retssager mod kredittager. I den forbindelse vil det ofte direkte fremgå af covenanten, at kredittager skal informere agentbanken om truende eller allerede anlagte retssager med et påstandsbeløb over en vis grænse.

Endelig kan det være aftalt, at agentbanken med visse mellemrum kan forlange, at typisk direktøren eller regnskabschefen i debitorvirksomheden afgiver såkaldte *certificates of compliance*, der er standardiserede erklæringer om, at kredittager på tidspunktet for afgivelsen opfylder de i kreditaftalen fastsatte finansielle covenants. Formålet med sådanne erklæringer er utvivlsomt at indskærpe pligten til af fremkomme med korrekte informationer til syndikatet overfor de respektive personer, typisk gennem den implicite trussel om, at et personligt ansvar kan komme på tale, såfremt disse erklæringer ikke er sandfærdige. Alternativt eller som supplement kan der være tillagt typisk agentbanken en ret til at inspicere kredittagers interne regnskabstal og andet materiale, som kan være med til at belyse kredittagers økonomiske situation.

2. *Anti-disposal covenant*

Kredittagers indtjeningssevne vil normalt være baseret på et givet produktionsapparat. Anti-disposal klausulen forhindrer, at kredittager, efter at kreditten er ydet, kan afhænde hele eller væsentlige dele af dette produktionsapparat og dermed

udhule sin indtjeningsevne. En sådan afhændelse af produktionsaktiver kan navnlig komme på tale, når kredittager er i økonomiske vanskeligheder og andre kreditorer presser på for at blive fyldestgjort. Berigtigelsen af købesummen vil i disse situationer ofte ske via modregning, således, at der reelt ikke tilføres kredittager et aktiv af tilsvarende værdi.

Klausulen tager i den forbindelse navnlig sigte på den situation, hvor en række mindre kreditorer hver især får fuld fyldestgørelse, mens de store kreditorer står tilbage med en virksomhed, der kun er i besiddelse af et amputeret produktionsapparat. Klausulen forsøger således at forhindre en forskelsbehandling mellem forskellige grupper af kreditorer. Derudover skulle klausulen gerne gøre det lettere at foretage en omlægning af kredittagers gæld i tilfælde af økonomiske vanskeligheder, forstået således, at enten afhændes hele virksomheden med et intakt produktionsapparat, og tabet på engagementet fordeles mellem kreditorerne, eller også tilføres der ny kapital, og virksomheden fortsætter evt. i en omstruktureret form.

Endelig tager klausulen sigte på at fange de tilfælde, hvor kredittager forsøger at omgå den negative pledge. Såfremt kredittager er i økonomiske vanskeligheder, vil denne normalt kun kunne optage yderligere lån ved at stille egentlig sikkerhed, hvilket den negative pledge forsøger at forhindre. Imidlertid vil dette efter omstændighederne kunne omgås ved, at kredittager afhænder en del af sine aktiver til eksempelvis et datterselskab, som herefter kan anvende disse aktiver til sikkerhed for optagelse af nye lån. Kredittager vil herefter have et tvivlsomt krav på betaling af købesummen mod datterselskabet. Tilbage står kreditorerne med et krav på et selskab, hvis værdi ene og alene afhænger af, om et andet selskab, datterselskabet, er i stand til at honorere sine betalingsforpligtelser. Tilsvarende vil en pantsætning kunne søges kamufleret som et salg.

Der er imidlertid ikke ethvert salg af aktiver, der omfattes af klausulen, idet dette reelt vil gøre det umuligt for kredittager at drive forretning. Formålet med klausulen er alene at forhindre den usædvanlige afhændelse af alle eller store dele af kredittagers aktiver. Anvendelsesområdet af klausulen må derfor indskrænkes. En sådan indskrænkning vil normalt ske ved at klausulen i første omgang formuleres forholdsvis bredt, hvorefter der gøres en række undtagelser, enten ved at undtage hele grupper af aktiver fra klausulen eller ved at fastslå hvad der skal betragtes som værende væsentlige eller usædvanlige afhændelser.

3. Change of business covenant

Change of business klausulen har til formål at bevare kredittagers identitet. Kreditfaciliteten er således stillet til rådighed ud fra en kreditvurdering af

kredittagers virksomhed på tidspunktet for kreditens ydelse. Kreditgiver har derfor en interesse i, at denne virksomhed ikke efterfølgende ændres, med den konsekvens, at den oprindelige risiko ved engagementet ligeledes ændres. Det skal i den forbindelse bemærkes, at selv i de tilfælde, hvor en større forretningsmæssig risiko modsvares af en større forventet profit, vil kreditgiver modsætte sig en sådan udvidelse af virksomheden, al den stund, at kreditgiver er fast aflønnet og derfor ikke får gavn af det større gevinst potentiale. Den eksakte formulering af klausulen varierer naturligvis, men den vil som hovedregel indeholde et forbud imod, at kredittageren skifter forretningsområder eller foretager væsentlige ændringer i sin hidtidige virksomhed.

Spørgsmålet er herefter, hvornår en forandring skal betragtes som værende væsentlig. Problemet er i den forbindelse at finde en balance mellem på den ene side hensynet til kreditgiveren og dennes interesse i at bevare den oprindelige risikoprofil, og på den anden side hensynet til kredittageren og dennes muligheder for løbende at drage nytte af nye profitable forretningsmuligheder. Det er umiddelbart klart, at i de tilfælde, hvor kredittagers udnyttelse af et nyt forretningsområde er i modstrid med selve formålsbestemmelsen i selskabets vedtægter og således kræver en vedtægtsændring, vil forholdet være omfattet af change of business klausulen. I tilfælde af, at formålsbestemmelsen er af typen ”Selskabets formål er at drive handel og anden dermed i forbindelse stående virksomhed”⁴⁸ er denne regel imidlertid næppe til megen hjælp. I sådanne tilfælde må der evt. lægges vægt på selve formålet med lånet. Er det således angivet, at kreditfaciliteten skal benyttes til erhvervelse af et anlæg til tapning af øl, må det have formodningen imod sig, at kredittager kan drive detailhandel med øl, uden kreditgivers accept heraf, uanset, om dette forretningsområde måtte være foreneligt med formålsbestemmelse.

Såfremt formålet med kreditfaciliteten alene er angivet til ”working capital purposes”, må der ved fastlæggelsen af, hvad der skal betragtes som change of business, tages udgangspunkt i beskrivelse af kredittager i selve præamblen i kreditaftalen eller i informations memorandumet, der som allerede nævnt normalt vil indeholde en beskrivelse af kredittagers forskellige forretningsområder.

Er det nye forretningsområde ikke nævnt eller står det ikke i meget nær tilknytning til de allerede nævnte forretningsområder, må hovedreglen være, at der kræves tilladelse fra kreditgiver. Undertiden ses problemet, med at fastlægge betydningen af begrebet ”væsentlig” løst ved, at det direkte aftales, at alle ændringer, der kræver en ændring af formålsbestemmelsen, er væsentlige samt at alle andre ændringer tillige er væsentlige, medmindre, de fremtræder som værende *incidental*, dvs. at

⁴⁸⁾ Se om sådanne formålsbestemmelser E. Werlauff: Kommenteret Aktieselskabslov, s.125 ff.

ændringen af virksomhedens forretningsområde ikke skal betragtes som værende væsentlig, så længe der ikke har været tale om en bevidst ændring.

Området for denne bestemmelse er formentlig de tilfælde, hvor der sker en glidende udvikling indenfor kredittagers virksomhed, således, at området med tiden udvides, uden at der dog er tale om, at kredittager decideret på et tidspunkt vælger at drive forretning indenfor et nyt område.

Ovenstående løsning er ikke ideel henset til, at det undertiden kan være vanskeligt at fastslå, hvornår der er tale om en ubevidst eller tilfældig ændring af kredittagers virksomhed, samt hvornår denne er bevidst. I det omfang, at kredittager ønsker sikkerhed for, at kreditgiver ikke uden videre kan blokere for en udvidelse af kredittagers forretningsområdet, bør change of business klausulen formuleres således, at en ændring stadigvæk kræver tilladelse fra kreditgiver, men at denne ikke må "be unreasonably withheld". En sådan stipulering sikrer, at kreditgiver ikke er fuldstændigt frit stillet med hensyn til, hvornår sådanne tilladelser skal gives, omend det er kredittager, der har bevisbyrden for, at den manglende tilladelse er "unreasonable"⁴⁹.

4. Negative pledge covenant

Når kreditgiver stiller en kreditfacilitet til rådighed, sker dette ud fra en prognose om såvel kredittagers indtjeningsevne samt på baggrund af en antagelse om, at man i værste fald vil kunne tvangsfuldbyrde sit krav i kredittagers aktiver, og at man derved vil være i stand til at begrænse ens tab ved engagementet. Det er på baggrund af denne vurdering, at kreditten ydes og renten fastsættes. Kreditgiver er derfor interesseret i at forhindre, at kredittager efterfølgende er i stand til at udhule dette tvangsfuldbyrdesgrundlag ved at pantsætte sine aktiver til de senere tilkomne kreditorer. Dette sker via anvendelse af negative pledge klausulen, der er en covenant, der forbyder kredittager at stille sikkerhed for fremtidig eller allerede bestående gæld. Efter omstændighederne vil klausulen tillige omfatte et forbud mod transaktioner, der har den samme effekt som sikkerhedsstillelse, eksempelvis *sale-and lease back* arrangementer.

Udover at sikre kreditgiveren mod en efterfølgende udtyndning af aktivgrundlaget, bevirker den negative pledge tillige, at alle kreditorerne har den samme interesse i at medvirke i en rekonstruktion af kredittagers virksomhed i tilfælde af en uheldig økonomisk udvikling. I det omfang, at nogen kreditorer havde pant i kredittagers aktiver, kunne man således forestille sig, at disse ikke var villig til at give afkald på

⁴⁹⁾ Cfr. P.R.Wood: *International Loans, Bonds and Securities Regulation*, s. 36, der generelt indtager en meget kritisk holdning til sådanne stipuleringer.

nogen del af deres tilgodehavende i tilfælde af økonomiske vanskeligheder, uanset, at dette måtte være hensigtsmæssigt, al den stund, at deres pant rækker til. Omvendt vil disse kreditorer være mere velvilligt indstillet på at omlægge kredittagers gæld, såfremt det konkret måtte vise sig, at en sådan omlægning vil være den bedste løsning. Det forhindres således, at der sker stykvis frasalg af virksomhedens aktiver, såfremt virksomheden som helhed er mere værd.

5. *Pari Passu covenant*

Mens den negative pledge forbyder kredittager at stille tinglig sikkerhed overfor andre kreditorer, forbyder *pari passu* klausulen kredittager at optage yderligere lån, der vil have bedre anmeldelsesprioritet i tilfælde af kredittagers konkurs. *Pari passu* klausulen regulerer således de situationer, hvor kredittager på et obligationsretligt plan forsøger at diskriminere mellem de usikrede kreditorer, mens den negative pledge tager sig af situationer, hvor diskrimination finder sted ved, at nogen kreditorer får tinglig sikkerhed, mens andre ikke gør det.

En *pari passu* klausul, der tilpligter kredittager at stille alle fordringshavere lige, sikrede som usikrede, er derfor ikke en *pari passu* klausul, men derimod en forklædt negativ pledge⁵⁰. Anvendelsesområdet for *pari passu* klausulen er antageligvis ganske lille i såvel dansk som engelsk ret, idet det ikke umiddelbart er muligt at skabe fordringer ved aftale, der i tilfælde af konkurs vil have en højere prioritet end simple krav (KL §97), medmindre der er tale om pantesikrede fordringer. *Pari passu* klausulen får derfor kun betydning, såfremt kreditgiver har ydet et ansvarligt lån til kredittager, hvorefter optagelsen af yderligere lån – der ikke ydes som ansvarlig lånekapital – vil være omfattet af forbudet i *pari passu* klausulen. Situationen er næppe udbredt, idet det må høre til den absolutte undtagelse, at der på eurokreditmarkedet ydes lån med efterstillet anmeldelsesret til kommercielle kredittagere. Klausulen har derimod en vis betydning, såfremt kredittager er en nationalstat, idet der ikke på dette niveau findes en konkurslovgivning der regulerer prioriteten mellem forskellige fordringer. I sådanne tilfælde vil det dog normalt være aftalt, at *pari passu* klausulen kun vedrører statens eksterne gældsætning.

6. *Financial covenants*

I tilknytning til de ovenstående covenants vil den typiske kreditaftale tillige indeholde en række finansielle covenants. Formålet med disse er det samme som med de andre covenants, nemlig at forøge sandsynligheden for, at kredittager kan

⁵⁰ Jf. P.R. Wood: *International Loans, Bonds and Securities Regulation*, s. 41.

honorere sine betalingsforpligtelser. Formen er imidlertid anderledes, idet de finansielle covenants direkte griber ind i virksomhedens finansieringsbeslutning, hvilket medfører, at de efter omstændighederne kan være mere byrdefulde end de andre covenants. Kredittager kan således efter omstændighederne bedre leve med, at han ikke må stille sikkerhed for fremtidige lån, end med en covenant, der begrænser hans mulighed for at ændre på virksomhedens kapitalstruktur.

I relation til de finansielle covenants består kreditgivers problem i at formulere et antal covenants, der tilsammen, såfremt de overholdes, er garant for, at kredittagers økonomiske situation er gunstig. Dette kan som udgangspunkt ikke lade sig gøre, idet det reelt vil kræve, at alle kredittagers projekter løbende blev evalueret. Løsningen er derfor, at der som regel vedtages en eller flere covenants, der vedrører kredittagers solvens og likviditet.

En given solvensgrad er ganske vist ingen garanti for, at kredittager kan tilbagebetale lånet til sin tid, men vil dog i en vis grad kunne være en indikator på, om kredittagers økonomiske situation er ved at udvikle sig helt katastrofalt. De typisk anvendte finansielle covenants vil være 1) en covenant, der specificerer, at værdien af kredittagers virksomhed til alle tider skal overstige et vist minimumsbeløb, 2) en covenant, der regulerer kredittagers gearing, dvs. forholdet mellem egenkapitalen og fremmedkapitalen samt 3) en covenant, der specificerer, at overskud før skat og renter skal overstige renteudgifterne. De første to covenants skulle i princippet sikre, at kredittager til alle tider har en given solvensgrad, mens den sidste covenant vedrører kredittagers likviditet.

4.4. Misligholdelse

Modsat almindelig anfordringsgæld, der forfalder til betaling ved kreditors påkrav herom, er et term loan uopsigligt i en længere periode og forfalder først i overensstemmelse med det i kreditaftalen anførte. I tilfælde af misligholdelse kan der dog blive tale om ekstraordinært forfald. I henhold til almindelige obligationsretlige regler vil et lån først forfalde til øjeblikkelig indfrielse, såfremt den udviste misligholdelsen er væsentlig. Med henblik på at skabe større forudsigelighed mellem parterne, vil det normalt direkte af aftalen fremgå, hvilke former for misligholdelse der betragtes som værende væsentlige. I et term loan vil denne stipulering normalt være indeholdt i *Events of default* klausulen. Det skal i den forbindelse bemærkes, at det som alt overvejende udgangspunkt står parterne frit for at aftale, hvilke handlinger eller hvilken adfærd der skal anses for at være misligholdelse, og i den forbindelse tillige aftale, at denne misligholdelse skal betragtes som værende væsentlig. Modsat, hvad der gælder indenfor privatkunde-markedet, kan der ikke på det internationale kommercielle udlånsmarked være plads

til indsigelser om, at en forfaldsgrund skal være sagligt begrundet, eller at anvendelsen af denne skal være sagligt begrundet.

Når det så er sagt, bemærkes det, at et banksyndikat normalt vil være yderst tilbageholdende med at udnytte de ofte vidtgående forfaldsgrunde, der forefindes i de typiske kreditaftaler. Man vil normalt i samarbejde med kredittager forsøge at omlægge gælden i tilfælde af økonomiske vanskeligheder og kun benytte sig af forfaldsklausulerne som et pressionsmiddel overfor en genstridig kredittager eller i tilfælde af, at kredittager ikke står til at redde.

De typiske forfaldsgrunde kan inddeles i tre grupper, afhængig af, hvilken form for misligholdelse der er tale om. De tre grupper er følgende⁵¹:

- 1) forfald som følge af betalingsmisligholdelse;
- 2) forfald som følge af misligholdelse af andre forpligtelser, eksempelvis brud på covenants;
- 3) forfald som følge af anticiperet misligholdelse.

Med hensyn til 1) vil det som i de fleste andre kreditaftaler direkte fremgå af aftalen, at betalingsmisligholdelse er en forfaldsgrund. I det kreditgiver selv skal betale renter på sine eurovalutaindsbud, vil der normalt ikke være aftalt nogen grace perioder, og såfremt sådanne er aftalt, vil de være ekstremt korte, typiske 1-2 dage. Disse grace perioder er således kun beregnet til de tilfælde, hvor rent tekniske vanskeligheder forhindrer kredittager i at overføre pengene til tiden. Forsinkelse med betaling som følge af, at kredittagers egen bank har en vis ekspeditionstid med hensyn til at overføre valuta til agentbanken, og at clearingen af midler efter omstændighederne kan tage længere tid end forventet, vil normalt ikke være en undskyldende omstændighed. Det må med rette forventes, at kredittager er bevidst om sådanne forhold.

Gruppe 2) indeholder normalt en eller flere klausuler, der stipulerer, at, såfremt kredittager misligholder andre forpligtelser end sine betalingsforpligtelser, forfalder lånet ligeledes. Typeeksempel vil i den forbindelse være et brud på en warranty, tilfælde af misrepresentation samt brud på en covenant. Det kan efter omstændighederne være aftalt, at kredittager tildeles en grace periode på 14-30 dage til at rette op på sådanne forhold. I det omfang, at kredittager når at rette forholdet, vil lånet altså ikke forfalde, såfremt det vel at mærke er muligt at rette forholdet. I tilfælde af, at kredittager har forbrudt sig mod den negative pledge, kan det efter omstændighederne være ganske vanskeligt for kredittager at formå den sikrede kreditor til at opgive den herved opnåede sikkerhed. I øvrigt må det i den forbindelse

⁵¹⁾ Jf. P.R. Wood: *International Loans, Bonds and Securities Regulation*, s.46.

antages, at der kun sjældent vil være aftalt en grace periode i forhold til de virkelig vægtige covenants, såsom den negative pledge, pari passu og anti-disposal klausulen. Kredittager vil sjældent ubevidst komme til at forbyde sig mod en sådan covenant. Anderledes stiller det sig med de finansielle covenants, hvor det kan ske, at en eller flere af de aftalte ratios overskrides.

Det bør for god ordens skyld bemærkes, at i tilfælde af, at der foreligger et brud på en warranty, kan kredittager ikke trække yderligere på kreditten, selvom der er aftalt en grace periode og denne endnu ikke er udløbet, jf. således afsnit 4.1. om conditions precedent.

Endelig vedrører gruppe 3) forfaldsgrunde, der relaterer sig til anticiperet misligholdelse.

De mere gængse forfaldsgrunde i denne kategori vil være 1) påbegyndt individual forfølgelse mod kredittager, herunder foretagelse af arrest⁵², 2) kredittager tages under insolvensbehandling, herunder betalingsstandsning⁵³, 3) kredittager indstiller en væsentlig del af sin virksomhed. Kendetegnende for disse forfaldsgrunde, der også forekommer i kreditaftaler med danske banker, er, at de alle vedrører situationer, hvor der er klare indikationer på, at det kun er et spørgsmål om tid, før kredittager også vil misligholde sine forpligtelser overfor kreditgiver. Der opstår derfor sjældent diskussion om, hvorvidt de skal inkluderes i aftalen eller ikke, eller om de eventuelt skal modificeres.

Af de mere specielle forfaldsgrunde, der normalt kun forekommer i internationale kreditaftaler, kan nævnes 4) *cross default* klausuler.

En cross default er en forfaldsgrund, der stipulerer, at, såfremt kredittager misligholder andre af sine (kredit)aftaler, forfalder det aktuelle lån ligeledes, uanset, om dette ikke i sig selv er misligholdt. Rationalet bag en sådan forfaldsgrund er, at i det omfang, at kredittager ikke er i stand til at honorere sine øvrige betalingsforpligtelser, vil det som regel kun være et spørgsmål om tid, før han tillige misligholder den aktuelle kreditaftale. Det skal i den forbindelse anføres, at misligholdelsen, udover at medføre forfald, tillige vil medføre en annullering af

⁵²⁾ Der vil normalt være aftalt en grace periode i relation til denne forfaldsgrund.

⁵³⁾ I dette tilfælde vil der normalt ikke være aftalt nogen grace periode. Derimod er det et forhandlingsspørgsmål, om eksempelvis en konkursbegæring bør være omfattet af klausulen eller ikke.

kreditfaciliteten⁵⁴. Cross default klausulen kommer således også til at virke tabsbegrænsende.

At inkludere en cross default som forfaldsgrund, synes således velbegrundet og vil sjældent give anledning til omfattende forhandlinger mellem kreditgiver og kredittager. Derimod kan selve udformningen af klausulen give anledning til debat, og kan efter omstændighederne føre til, at klausulen virker mindre rimelig. Det første punkt, der skal afklares, er, hvad ordet "andre" skal omfatte. I den mindst indskrænkende form vil "andre" alene referere til andre kreditaftaler med selve syndikatet, evt. andre kreditaftaler med de banker, der deltager i syndikatet⁵⁵. Alternativt kan "andre" omfatte helt andre kreditorer, således, at klausulen reelt kommer til at virke som en cross default. Der kan dog i den forbindelse indsættes visse indskrænkninger, således, at den kun omfatter kredittagers øvrige større kreditorer. Formålet med klausulen er således at sikre en vis lighed mellem de store kreditorer, således, at alle har den samme interesse i at omlægge kredittagers engagementer i tilfælde af økonomiske vanskeligheder.

Formålet med klausulen er ikke, at lånet skal forfalde, udelukkende fordi kredittager måtte undlade at betale en mindre leverandør rettidigt, hvorefter det kan være hensigtsmæssigt at undtage enten visse kreditorer fra klausulen eller at indføre beløbsgrænser. Dernæst skal der tages stilling til, om en ikke påberåbt forfaldsgrund i en anden aftale tillige skal udløse forfald i henhold til cross default klausulen. Typeeksemplet er her, at en anden kreditor undlader at kræve lånet indfriet, selvom kredittager måtte have forbrudt sig mod en covenant. I forlængelse heraf bør det tillige afklares, om misligholdelse, der efter udløb af en grace periode er en forfaldsgrund, tillige kan udløse cross default klausulen, selvom denne grace periode endnu ikke er udløbet. Der er således tale om en balancegang, hvor kreditgiver på den ene side ønsker at sikre sig, at der sker et samlet opgør med kredittager på det tidligste tidspunkt, hvor det bliver klart, at denne er i vanskeligheder, samtidigt med, at kredittager og også kreditgiver har en interesse i, at det ikke er tilfældigheder eller mindre, mere tekniske misligholdelser, der udløser dette opgør.

Endelig bør der tages stilling til, om klausulen bør udvides til også at omfatte misligholdelse af andre aftaler end bare kreditaftaler. Omend en sådan stiplulering i mange tilfælde vil virke meget omfattende, kan den være hensigtsmæssig i de

⁵⁴⁾ Såfremt der er aftalt en grace periode, vil en suspension af trækingsretten komme på tale i henhold til conditions precedent.

⁵⁵⁾ Det kan diskuteres, om en sådan klausul overhovedet er at betragte som en egentlig cross default. Det skal i hvert fald bemærkes, at en sådan formuleret klausul er ganske almindeligt forekommende og tillige vil kunne findes på privatkundemarkedet, hvor det ofte er aftalt, at misligholdelse af andre engagementer med banken kan være forfaldsgrund i relation til det konkrete engagement.

tilfælde, hvor kredittagers indtjeningspotentiale afhænger af at få væsentlige kontrakter. En misligholdelse af en sådan kontrakt kan udhule kredittagers indtjeningssevne og gøre det til et spørgsmål om tid, hvornår han misligholder sine betalingsforpligtelser.

5. Konklusion

Som det er fremgået af de foregående afsnit, kan lånoptagelse i udlandet via anvendelsen af en eurokreditaftale være en kompliceret affære. For den kredittager, der for første gang ønsker at optage et lån på dette marked, vil antallet af aktører, selve forhandlingsproceduren og ikke mindst de omfangsrige krav til dokumentation og løbende kontrol virke overvældende. I de fleste tilfælde vil kredittageren være nødsaget til at indhente ekstern assistance til at rådgive sig samt til at udarbejde den fornødne dokumentation, der kræves af den udenlandske kreditgiver. Dette vil i sig selv medføre ganske betydelige omkostninger, hvortil skal lægges evt. omkostninger forbundet med den løbende udarbejdelse af dokumentation/information, som måtte være påkrævet i henhold til kreditaftales bestemmelser. Dermed er det også klart, at direkte lånoptagelse på eurokreditmarkedet vil være forbeholdt kredittagere med et betydeligt og evt. tilbagevendende kapitalbehov. I modsat fald vil de direkte omkostninger ellers overstige den besparelse, der måtte være forbundet med at optage lån på dette marked.

Privilegerede virksomheder

Den seneste domspraksis
vedrørende art. 86 smh. m. art. 82 EF¹⁾

Af

Ulla B. Neergaard

1. Indledning

I et forslag til domsafgørelse anfører generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer:

*“‘I prefer injustice to disorder’. With these blunt words - the absoluteness of which I hasten to repudiate - Johann-Wolfgang von Goethe [fodnote udeladt] took sides in what is probably the most complex dilemma in law as a whole: the tension between the aspirations of justice and the need for certainty.”*²⁾

I det følgende er hensigten at afklare retsstillingen for privilegerede virksomheder i henhold til art. 86, stk. 1, sammenholdt med art. 82 EF, som denne er kommet til udtryk i domspraksis igennem de seneste tre år.³⁾ Således spores ind på, om denne

¹⁾ Der er ikke inddraget materiale fremkommet efter august 2001.

²⁾ Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse fremlagt den 28. januar 1999 i Sag C-310/97P, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod AssiDomän Kraft Products AB m.fl., Afsnit I.

³⁾ Således gennemføres en opdatering af analyse indeholdt i min tidligere artikel “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 (København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998) 119-132. Artiklen medtog ikke materiale fremkommet efter august 1998. Imidlertid anlægges, som det vil fremgå i det følgende, her et andet analytisk fokus.

praksis er udtryk for "justice" og/eller "certainty" eller måske nærmest ingen af delene. Fokus er i særdeleshed en afklaring af, præcist hvornår en Medlemsstat kan privilegere virksomheder ved tildeling af særlige eller eksklusive rettigheder.⁴⁾

Indledningsvist redegøres nærmere for begrebet privilegerede virksomheder. Dernæst tilvejebringes et overblik over det relevante regelgrundlag. Endvidere opstilles en oversigt over de tilgange, som EF-Domstolen kan vælge iblandt ved sin fortolkning af det relevante regelgrundlag. Endelig analyseres selve de seneste års afgørelser på området i relation til de opstillede mulige tilgange med henblik på at afgøre, hvilken EF-Domstolen følger.

2. Begrebet privilegerede virksomheder

Ved privilegerede virksomheder kan forstås såvel privatejede virksomheder som offentligt ejede virksomheder.⁵⁾ Fælles er, at de udøver en økonomisk aktivitet, der retter sig mod markedet. Offentlige virksomheder kan defineres som:

*"...enhver virksomhed, på hvilke de offentlige myndigheder direkte eller indirekte kan have en dominerende indflydelse som følge af ejerforhold, kapitalindskud eller de regler, der gælder for virksomheden"*⁶⁾

Det er afgørende i relation til den her anvendte forståelse af begrebet privilegerede virksomheder, at der er tale om (enten privatejede eller offentligt ejede) virksomheder, der er tildelt rettigheder af offentlige myndigheder, uanset om disse sidstnævnte måtte befinde sig på statsligt, amtsligt eller kommunalt niveau. Således er disse virksomheders begunstigede position skabt ved offentlige myndigheders mellem-

⁴⁾ Det skal understreges, at art. 86, stk. 2 EF, ikke er genstand for en detaljeret analyse i denne artikel.

⁵⁾ Folgende karakteristik er inspireret af Sierra, J. L. B., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (formerly Article 90) of the EC Treaty* (Oxford/New York: Oxford University Press, 1999), især kap. 1 og 2.

⁶⁾ Definitionen stammer fra Kommissionens direktiv af 25. juni 1980 om gennemsækeligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder og om den finansielle gennemsækelighed i bestemte virksomheder (80/723), som ændret ved Kdir 85/413, Kdir 93/84 og Kdir 2000/52, art. 2, stk. 1, litra b. Jf. samme bestemmelses stk. 2 antages dominerende indflydelse at foreligge: "...når de offentlige myndigheder direkte eller indirekte i relation til en virksomhed: a) besidder majoriteten af virksomhedens tegnede kapital b) råder over mere end halvdelen af de stemmer, som er knyttet til andele, som virksomheden har udstedt, eller c) kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i virksomhedens bestyrelse, direktion eller tilsynsråd."

komst og ikke ved egen kraft eller ved andre virksomheders medvirken. Selve rettighedstildelingen kan være af gængs lovgivningsmæssig eller reguleringsmæssig karakter, men kan også forekomme i mere administrativ eller ligefrem aftalemæssig form.⁷⁾ Det er afgørende, at en offentlig myndighed er involveret i rettighedens opståen ved brug af dennes skønsmæssige myndighedsbeføjelser og at der således ikke er tale om en rettighedstildeling baseret på objektive, forholdsmæssige og ikke-diskriminerende kriterier. Rettighedstildelingen kan gælde på midlertidige eller evigtvarende vilkår. Rettighedstildelingen kan angå såvel tjenesteydelser som fysiske produkter, hvor der i sidstnævnte tilfælde kan være tale om forhold vedrørende produktion, import, eksport, grossist- og detailhandel, m.m. Rettighedens genstand er en økonomisk aktivitet.

Blandt disse rettigheder bør der sondres mellem eksklusive og særlige rettigheder, hvor den umiddelbart mest iøjnefaldende forskel relaterer sig til antallet af privilegerede virksomheder, således henholdsvis én eller flere.

Ved en eksklusiv rettighed kan forstås:

"...a measure taken by a Member State in the exercise of its functions as a public authority, by which exclusivity is granted through any legal instrument in favour of a single undertaking, public or private, such exclusivity being for the exercise of a given economic activity in a given territory for a given period of time." ⁸⁾

Ved særlige rettigheder kan forstås:

"...rettigheder, som en medlemsstat indrømmer et begrænset antal virksomheder ved hjælp af lov eller administrativt fastsatte bestemmelser, der inden for et givet geografisk område:

⁷⁾ Jf. Sierra, J. L. B., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (formerly Article 90) of the EC Treaty* (Oxford/New York: Oxford University Press, 1999) 8ff. Her argumenterer forfatteren - dog kun møntet på begrebet eksklusiv rettighed - for en bred og ikke formalistisk anvendelse under henvisning til omgælseshensynet: "It must not be forgotten that the mere existence of Community rules, and the consequent perception by the Member States of the illegality of certain exclusive rights, has given rise to the appearance of genuine 'legal engineering'. That is, Member States seek to avoid the prohibitions contained in the Treaty without having to give up the benefits inherent in a monopoly situation. The words 'monopoly', 'exclusive right' or 'exclusivity' disappear from legal texts and are substituted by complicated circumlocutions or euphemisms such as 'concessions', 'franchises', 'licences', 'authorizations' and so on." Også i nærværende fremstilling anses indholdet frem for formen for afgørende, både hvad angår definitionen af eksklusive og særlige rettigheder.

⁸⁾ Jf. Sierra, J. L. B., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (formerly Article 90) of the EC Treaty* (Oxford/New York: Oxford University Press, 1999) 6.

- på anden måde end efter objektive, forholdsmæssige og ikke-diskriminerende kriterier begrænser antallet af sådanne virksomheder til to eller flere med tilladelse til at præstere en tjenesteydelse eller udøve en bestemt aktivitet, eller

- på anden måde end efter sådanne kriterier udpeger adskillige konkurrerende virksomheder som havende tilladelse til at præstere en tjenesteydelse eller udøve en bestemt aktivitet eller

• - [på] anden måde end efter sådanne kriterier giver virksomheder lovhjemlede eller administrativt fastsatte fordele, der i væsentlig grad påvirker andre virksomheders muligheder for at præstere samme tjenesteydelse eller udøve samme aktivitet inden for samme geografiske område på i alt ensartede betingelser. " ⁹⁾

Generelt om særlige rettigheder gælder iøvrigt, at disse i lighed med eksklusive rettigheder kan anskues som at angå en eksklusivitet, der dog deles mellem en begrænset mængde virksomheder. I tilfælde af at der er tale om to virksomheder, der deler den eksklusive ret til en given tjenesteydelse vil der i økonomisk forstand være tale om et duopol fremfor et monopol.

Begreberne eksklusive og særlige rettigheder anskues her som ikke at omfatte den form for aktivitet, som kan betegnes som reguleret adgang, herunder eksempelvis adgang til udøvelse af læge- eller advokatgerningen.¹⁰⁾ Begrundelsen er, at denne form for aktivitet er karakteriseret ved ikke at være begrænset til enten en enkelt eller et nærmere bestemt antal aktører, men derimod vil alle, der opfylder nærmere kvalitative betingelser, kunne opnå adgang. Således er det eksempelvis ikke korrekt at antage, at advokater har et monopol på eller en eksklusiv rettighed til forsvarsadvokatydelsen. En hel erhvervskategori opfylder ikke betingelsen i henhold til ovenstående karakteristik om, at der skal være tale om en virksomhed. Selv om hver enkelt advokat kan siges at udgøre en virksomhed, så har hver enkelt ikke en eksklusiv rettighed. Tværtimod konkurrerer disse indbyrdes. I relation til specielle rettigheder gælder eksempelvis, at retten til at køre taxa i et bestemt område eller retten til at drive apotek i et bestemt område vil kunne udgøre en speciel rettighed, fordi ikke alle og enhver kan opnå rettigheden, selv når nærmere betingelser er opfyldt. Derimod er eksempelvis ikke retten til at drive tandlægevirksomhed omfattet af begrebet særlige rettigheder, fordi alle med en tandlægeeksamen i princippet vil

⁹⁾ Definitionen stammer fra Kommissionens direktiv af 25. juni 1980 om gennemsækeligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder og om den finansielle gennemsækelighed i bestemte virksomheder (80/723), som ændret ved Kdir 85/413, Kdir 93/84 og Kdir 2000/52, art. 2, stk. 1, litra g.

¹⁰⁾ Den følgende sondring baserer sig i det væsentligste på Sierra, J. L. B., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (formerly Article 90) of the EC Treaty* (Oxford/New York: Oxford University Press, 1999) 66ff.

kunne drive en tandlægevirksomhed. Med andre ord er det afgørende i vurderingen af, om der er tale om et tilfælde af reguleret adgang eller en særlig rettighed, om en offentlig myndighed udøver et skøn i henseende til hvilken aktør, der kan få adgang. Kun hvis dette er tilfældet, kan der være tale om en særlig rettighed.¹¹⁾ Skønnet vil kunne vedrøre begrænsningen af antallet af operatører og disses udvælgelse.

Begrebet intellektuel rettighed (patent, ophavsret, m.m.) skal her anses for ikke at udgøre en eksklusiv rettighed under henvisning til det forhold, at en sådan rettighed vil kunne opnås automatisk, når blot visse objektive krav i h.t. lovgivning forefindes opfyldt, således at kriteriet, jf. ovenstående karakteristik af en eksklusiv rettighed, om en myndigheds skøn ikke kan anses for tilfredsstillet.

Derimod vil en myndigheds overdragelse af ejerskabet til en væsentlig facilitet, såsom en havn eller et telekommunikationsnetværk, til en virksomhed kunne udgøre en eksklusiv rettighed i henseende til de økonomiske aktiviteter, som udføres med udgangspunkt i den givne facilitet.¹²⁾

Endelig må anføres, at myndigheder kan privilegere virksomheder på anden vis end ved tildeling af eksklusive eller særlige rettigheder. Det vil sige, at der er andre veje for de nationale myndigheder til at stille virksomhederne i en begunstiget konkurrencemæssig position. Eksempelvis kan myndighederne ophøje kartellers prisaftaler til lov og derved forstærke kartellet effektivitet med hensyn til overholdelse af det oprindelige aftaleindhold. Denne form for begunstiging af virksomheder i konkurrencemæssig henseende er ikke denne artikels genstand.¹³⁾ Heller ikke nationale foranstaltninger, der måtte privilegere virksomheder ved en hindring af den frie bevægelighed af varer, tjenesteydelser, m.v., fra andre Medlemsstater er her genstand for nærmere analyse.

¹¹⁾ Sierra anfører herom, at: "Thus, according to the... definition, special rights do not exist where the number of operators and their identity are determined by the State on the basis of objective, proportional and non-discriminatory criteria, and none of them receives privileges which are not based on such criteria." Jf. Sierra, J. L. B., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (formerly Article 90) of the EC Treaty* (Oxford/New York: Oxford University Press, 1999) 67.

¹²⁾ Jf. Sierra, J. L. B., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (formerly Article 90) of the EC Treaty* (Oxford/New York: Oxford University Press, 1999) 11.

¹³⁾ Denne problematik har jeg bl.a. behandlet i *Competition & Competences. The Tensions between European Competition Law and Anti-Competitive Measures by the Member States* (København: DJØF Publishing Copenhagen: 1998).

3. Regelgrundlag

I modsætning til den danske konkurrencelov regelgives der i EF-Traktaten eksplicit om rettighedstildeling. Således bestemmes det i art. 86(1) EF, at:

"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 artiklerne 12 og 81-89 nævnte."

Bestemmelsens fortolkning har i mange år været præget af tvivl med hensyn til grænserne for Medlemsstaternes kompetence til at indrømme særlige eller eksklusive rettigheder. Imidlertid har der i løbet af især de sidste 10-15 år udviklet sig en særlig forståelse af bestemmelsen læst i forening med art. 82(1) EF, hvorefter det er relevant at kende dennes ordlyd:

"En eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf er uforenelig med fællesmarkedet og forbudt i den udstrækning, samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes."

Den kombinerede læsning af art. 86 og 82 EF har givet anledning til en særegen konkurrenceretlig vurdering af traktatmedholdeligheden af såvel tildelingen som udøvelsen af særlige og eksklusive rettigheder. Indholdet heraf vil blive uddybet i det følgende.

Selv om en rettighedstildeling og/eller en rettighedsudøvelse måtte være fundet at være i strid med art. 86(1) og 82 EF, kan en lovliggørelse finde sted i henhold til art. 86(2) EF, der bestemmer følgende:

"Virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, eller som har karakter af fiskale monopoler, er underkastet denne Traktats bestemmelser, navnlig konkurrencereglerne, i det omfang anvendelse af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem. Udviklingen af samhandelen må ikke påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse."

Den typiske analytiske systematik, som EF-Domstolen anvender, tager almindeligvis sin begyndelse ved en afgørelse af, om der foreligger en særlig eller eksklusiv rettighed i art. 86's forstand. I givet fald tages dernæst stilling til, hvorvidt der foreligger dominerende stilling og misbrug deraf i art. 82's forstand. Endelig

overvejes det, om et eventuelt misbrug kan retfærdiggøres i henhold til art. 86, stk. 2 EF.¹⁴⁾

4. Mulige tilgange

Spørgsmålet om grænserne for Medlemsstaternes kompetence til at tildele virksomheder særlige og eksklusive rettigheder og grænserne for udøvelsen heraf har givet anledning til megen debat i litteraturen. Edward & Hoskins har analyseret bidragene og angiver på denne baggrund i en toneangivende artikel, at fire forskellige opfattelser kan udskilles som de herskende:¹⁵⁾

- 1) Tilgangen om absolut suverænitet ("*the Absolute Sovereignty approach*")
- 2) Tilgangen om begrænset suverænitet ("*the Limited Sovereignty approach*")
- 3) Tilgangen om absolut konkurrence ("*the Absolute Competition approach*")
- 4) Tilgangen om begrænset konkurrence ("*the Limited Competition approach*").

Indholdet af disse fire tilgange skal i det følgende uddybes.

4.1. Tilgangen om absolut suverænitet

Den første tilgang, den om absolut suverænitet, anskuer problemstillingen ud fra et kompetenceperspektiv. Tilgangen indebærer, at Medlemsstaternes retsfastsættende kompetence i videst mulig udstrækning bevares, hvorefter det i henhold til tilgangen anbefales, at Medlemsstaterne opretholder en eksklusiv kompetence til at tildele særlige og eksklusive rettigheder.

¹⁴⁾ Hertil vil EF-Domstolen sædvanligvis også betinge, at samhandelen er påvirket, hvilket er forudsætningen for EU-retens anvendelse.

¹⁵⁾ Jf. Edward, D. & Hoskins, M., "Article 90: Deregulation and EC Law. Reflections Arising from the XVI Fide Conference", (1995) 32 *Common Market Law Review* 157-186.

Sacchi-sagen fra 1974 blev i flere årtier af mange anset for at kunne læses som udtryk for EF-Domstolens accept af tilgangen om absolut suverænitet.¹⁶⁾ I sagen, der i øvrigt vedrører det italienske fjernsynsmonopol, pointerer EF-Domstolen, at art. 86, stk. 1 EF, er en ret til, frem for et forbud mod, at Medlemsstaterne indrømmer virksomheder særlige eller eksklusive rettigheder.¹⁷⁾ Således er selve etableringen af offentlige virksomheder samt selve indrømmelsen af særlige eller eksklusive rettigheder ikke i sig selv uforenelig med Traktaten. Konkurrencebestemmelserne finder derimod udelukkende anvendelse i henseende til de privilegerede virksomheders adfærd.¹⁸⁾ Dette indebærer, at sådanne virksomheder i relation til tredjemand må udvise en adfærd, der er i overensstemmelse med konkurrencereglerne, dog med undtagelse af at dette måtte hindre dem i at gennemføre de opgaver, der er blevet dem pålagt.¹⁹⁾ Det er afgørende, at det udelukkende er den måde, hvorpå monopolen, m.m., udøves, der kan være i strid med Traktaten.²⁰⁾ Det er således absolut ikke selve eksistensen af monopolen, m.m., der kan rammes. Denne oprindelige forståelse anses almindeligvis for at have været i overensstemmelse med traktatfædrenes ønsker.²¹⁾

Bruddet på EF-Domstolens støtte til tilgangen om absolut suverænitet antages almindeligvis at indtræde ved teleterminaludstyrssagen fra 1991 vedrørende konkurrence på teleterminalmarkederne. Således anføres det ganske iøjnefaldende i sagen om art. 86 EF, at:

¹⁶⁾ Jf. Sag 155/73, Giuseppe Sacchi, 30. april 1974, s. 409. Det bør bemærkes, at lige præcis Edward & Hoskins forstår Sacchi-sagen som et udtryk for tilgangen om begrænset konkurrence. Denne forståelse har jeg vanskeligt ved at følge, jf. de følgende kommentarer.

¹⁷⁾ Jf. Sacchi-sagens præmis 14: "*Artikel 90, stk. 1 [nu art. 86, stk. 1 EF] tillader blandt andet, at medlemsstaterne giver virksomheder særlige eller eksklusive rettigheder; der findes ikke noget i traktaten, der er til hinder for at medlemsstaterne i offentlighedens interesse unddrager radio og fjernsynsudsendelser, herunder kabeludsendelser fra konkurrencen på markedet ved at unddrage en herpå rettet eksklusiv rettighed til en eller flere virksomheder;... fortolkningen af artikel 86 [nu art. 82] sammenholdt med artikel 90 [nu art. 86] fører til den konklusion, at tilstedeværelsen af et monopol for en virksomhed, som en medlemsstat har indrømmet eksklusive rettigheder, ikke som sådan er uforenelig med artikel 86 [nu art. 82].*"

¹⁸⁾ Jf. Sacchi-sagens præmisser 16-17: "*I det fjerde spørgsmål har den nationale retsinstans nævnt visse eksempler på adfærd, som kan udgøre misbrug i artikel 86's [nu art. 82] forstand. Dette ville givet have været tilfældet, hvis en virksomhed, som har monopol på reklamefjernsyn, pålagde brugerne af sine ydelser ulige afgifter eller betingelser, eller hvis den vedrørende adgangen til fjernsynsreklamer udøvede forskelsbehandling mellem nationale og andre medlemsstaters forretningsdrivende og produkter.*"

¹⁹⁾ Jf. Blum, F. & Logue, A., *State Monopolies under EC Law*, (Chichester: Wiley, 1997) 3-4.

²⁰⁾ Jf. Blum, F. & Logue, A., *State Monopolies under EC Law*, (Chichester: Wiley, 1997) 3-4.

²¹⁾ Jf. Blum, F. & Logue, A., *State Monopolies under EC Law*, (Chichester: Wiley, 1997) 2.

*"...selv om artiklen forudsætter, at der eksisterer virksomheder med visse særlige og eksklusive rettigheder, følger det ikke deraf at samtlige særlige og eksklusive rettigheder er forenelige med Traktaten. Dette skal afgøres på grundlag af de forskellige regler, som artikel 90, stk. 1 [nu art. 86, stk. 1 EF], henviser til."*²²⁾

4.2. Tilgangen om begrænset suverænitet

Også den anden tilgang, den om begrænset suverænitet, anskuer problemstillingen ud fra et kompetenceperspektiv. Tilgangen medfører, at Medlemsstaterne opretholder en kompetence til at tildele særlige og eksklusive rettigheder, dog begrænset derved, at der med disse rettigheder ikke må skabes en situation, som nødvendigvis må føre til, at Traktatens konkurrencebestemmelser overtrædes.

Höfner-sagen fra 1991 antages almindeligvis for at kunne tages til indtægt for EF-Domstolens anerkendelse af tilgangen, idet følgende rettesnor for fortolkningen af art. 86 EF sammenholdt med art. 82 EF etableres i sagen:

*"...den blotte omstændighed, at der skabes en sådan dominerende stilling ved tildeling af en eneret som omhandlet i artikel 90, stk. 1 [nu art. 86, stk. 1], [er] ikke i sig selv... uforenelig med Traktatens artikel 86 [nu art. 82]... En medlemsstat overtræder nemlig kun forbuddene i disse to bestemmelser, såfremt den pågældende virksomhed ved den blotte udøvelse af den eneret, som er indrømmet den, foranlediges til at udnytte sin dominerende stilling på en måde, der er udtryk for misbrug."*²³⁾

I henhold til tilgangen skal det først undersøges, om den involverede virksomhed overtræder art. 82 EF. I givet fald undersøges det dernæst, om overtrædelsen er forårsaget af en Medlemsstats adfærd.²⁴⁾ Såfremt dette er tilfældet, er der mulighed for opretholdelse, jf. art. 86, stk. 2.

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

²³⁾ Jf. Sag C-41/90, Klaus Höfner og Fritz Eiser mod Macroton GmbH, 23. april 1991, s. I-1979, Præmis 29. I det følgende refereres til præmissen som Höfner-princippet. Princippet nævnes af EF-Domstolen i de fleste efterfølgende sager med lignende sagsgenstand.

²⁴⁾ Jf. Edward, D. & Hoskins, M., "Article 90: Deregulation and EC Law. Reflections Arising from the XVI Fide Conference", (1995) 32 *Common Market Law Review* 162, 166.

4.3. Tilgangen om absolut konkurrence

Den tredje tilgang, den om absolut konkurrence, anskuer i modsætning til de to første tilgange problemstillingen ud fra et spørgsmål om, at konkurrencehensynet i videst muligt omfang skal tilgodeses. I henhold til tilgangen anbefales det derfor, at Medlemsstaternes tildeling af særlige og eksklusive rettigheder uden videre skal anskues som en *per se* overtrædelse af art. 86, stk. 1 EF. Baggrunden for tilgangen er, at rettighedstildelingen fører til en i konkurrencemæssig forstand uacceptabel markedsstruktur.²⁵⁾ Derfor skal rettighedstildelingen uden videre anses for at være ulovlig og kan ikke opretholdes under henvisning til legitime nationale formål.

Edward & Hoskins mener at kunne finde støtte for tilgangen i flere af EF-Domstolens afgørelser og nævner ERT- og Merci-sagen.²⁶⁾ Dette forekommer ud fra en bogstavelig forståelse af tilgangen om absolut konkurrence at være en for vidtgående fortolkning.²⁷⁾

4.4. Tilgangen om begrænset konkurrence

Den sidste tilgang, den om begrænset konkurrence, sætter i lighed med den tredje tilgang hensynet til den frie konkurrence højt. Tildeling af særlige og eksklusive rettigheder anses for i sig selv at være i strid med art. 86, stk. 1 EF. Tildelingen vil kun kunne opretholdes, hvis den kan begrundes på grundlag af et legitimt nationalt formål og hvor den af rettighedstildelingen følgende konkurrencebegrænsning begrænses til at opnå det pågældende formål.

Corbeau-sagen fra 1993 anses almindeligvis for at kunne læses som udtryk for tilgangen.²⁸⁾ Det er dommens præmisser 13 og 14, der tages til indtægt for denne forståelse:

²⁵⁾ Misbruget vil af vissetilhængere tillægges en meget vid forståelse. Eksempelvis argumenterer den part i Sacchi-sagen, der ønsker en eneret ophævet, som følger: "*Da monopollet bevirker en ophævelse af konkurrencen, falder misbrug af en dominerende stilling sammen med eksistensen af monopollet.*" Jf. retsmøderapporten i Sacchi-sagen, 423.

²⁶⁾ Jf. Sag C-260/89, Elliniki Radiophonia Tileorassi AE mod Dimotiki Etairia Pliroforissis og Sotirios Kouvelas, 18. juni 1991, I-2926, og Sag C-179/90, Merci convenzionali di Genova SpA mod Siderurgica Gabrielli SpA, 10. december 1991, I-5889.

²⁷⁾ Jf. Edward, D. & Hoskins, M., "Article 90: Deregulation and EC Law. Reflections Arising from the XVI Fide Conference", (1995) 32 *Common Market Law Review* 162-163.

²⁸⁾ Jf. Edward, D. & Hoskins, M., "Article 90: Deregulation and EC Law. Reflections Arising from the XVI Fide Conference", (1995) 32 *Common Market Law Review* 165.

“Artikel 90, stk. 1 [nu art. 86, stk. 1], skal læses i sammenhæng med stk. 2, hvori det hedder, at virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, er underkastet konkurrencereglerne, i det omfang anvendelsen af disse bestemmelser ikke retligt eller praktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem. Sidstnævnte bestemmelse gør det således muligt for medlemsstaterne at indrømme virksomheder, som de overdrager udførelsen af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, eksklusive rettigheder, der kan begrænse anvendelsen af traktatens konkurrenceregler, i det omfang en begrænsning af konkurrencen - eller en udelukkelse af enhver konkurrence - fra andre erhvervsdrivendes side er nødvendig for, at de virksomheder, der er indrømmet eksklusive rettigheder, kan udføre de særlige opgaver, som er betroet dem.”

5. Analyse af de seneste års praksis

Det kan foreløbig iagttages, at der for alle fire tilganges vedkommende i litteraturen er hævdet at kunne findes støtte i domspraksis. I det følgende skal det afklares, om EF-Domstolen i løbet af de forgangne tre år er nået til en præcisering af, hvilken tilgang der foretrækkes. Herved tilnærmes følgende et svar på det i indledningen (afsnit 1) opstillede spørgsmål om, præcist hvornår en Medlemsstat kan privilegere virksomheder ved tildeling af særlige eller eksklusive rettigheder. Fremgangsmåden er, at de i den betragtede periode afsagte ti domme analyseres i kronologisk rækkefølge.

5.1. Becu

Den første afgørelse, som i nærværende fremstilling skal analyseres, er Becu-sagen, der afgøres i efteråret 1999.²⁹⁾ I generelle termer kan sagen siges at angå det problem knyttet til rettighedsindrømmelser, at aftagerne af de privilegerede virksomheders ydelser mener ydelserne for urimeligt højt prissat og derfor ønsker at aftage ydelserne fra en alternativ kilde. Dette er i den pågældende sag imidlertid ulovligt i henhold til national ret.

Indenfor denne ramme besvarer EF-Domstolen et præjudicielt spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 86 EF bl.a. sammenholdt med artikel 82 EF. Spørgsmålet rejses under straffesager mod Becu og Verweire samt mod kornoplagringsvirksomheden Smeg og vikarbureauet Adia. Becu er direktør for Smeg og Verweire forretningsfører for Adia. Alle er tiltalt for i strid med national lovgivning at have ladet havnearbejde udføre på havneområdet i Gent af ikke-autoriserede havnearbejdere.

²⁹⁾ Jf. Sag C-22/98, Straffesag mod Jean Claude Becu m.fl., 16. september 1999, I-5682.

Sagens mere præcise problemstilling er, om den pågældende lovgivning med en forpligtelse til at benytte autoriserede havnearbejdere er tilladelig i henhold til EU-retten. Den praktiske konsekvens af lovgivningen er, at de autoriserede havnearbejdere skal betales et vederlag, der langt overstiger lønnen for virksomhedernes egne ansatte samt den løn, de betaler andre arbejdstagere. Desuagtet dette forhold anerkender EF-Domstolen i den konkrete sag traktatmedholdeligheden af den nationale lovgivning. Kernen i argumentationen er, at de pågældende havnearbejdere ikke kan antages at udgøre virksomheder i art. 86's forstand, men derimod må betragtes som arbejdstagere.³⁰⁾ Således kan art. 86 EF slet ikke finde anvendelse.³¹⁾ Følgelig bidrager sagen ikke med retningslinjer for forståelsen af grænserne for Medlemsstaternes tildeling af eksklusive og særlige rettigheder.

På trods af dette er EF-Domstolens besvarelse af spørgsmålet væsentlig derved, at det indledningsvist statueres, at de omtvistede autorisationer er udtryk for de i artikel 86, stk. 1, omhandlede rettigheder, dog uden at præcisere, hvorvidt der er tale om særlige eller eksklusive rettigheder.³²⁾

"Endelig må det fastslås, at når det i henhold til de nationale bestemmelser, der er omtvistet i hovedsagen, kun er en bestemt kategori af personer, der må udføre nærmere angivne former for arbejde inden for afgrænsede områder, indrømmes de nævnte personer særlige eller eksklusive rettigheder som omhandlet i ovennævnte artikel 90, stk. 1 [nu art. 86, stk. 1]. Dette gælder ikke mindst, fordi den autorisering, det paritetiske underudvalg i Gent meddeler med hjemmel i den kongelige anordning af 1977, kun har gyldighed for havneområdet i Gent og ikke automatisk meddeles alle de havnearbejdere, der opfylder betingelserne for at blive autoriseret, men under hensyntagen til behovet for arbejdskraft."

Sammenholdt med de ovenfor i afsnit 2 præsenterede definitioner af eksklusive og særlige rettigheder forekommer det mest korrekt at antage, at autorisationerne er udtryk for særlige rettigheder. Herved lægges vægt på, at mere end én autorisation tildeles, hvorved der ikke umiddelbart er tale om en eksklusiv rettighed. Herudover er det væsentligt at hæfte sig ved, at EF-Domstolen i den citerede præmis' anden

³⁰⁾ Jf. Becu-sagens præmis 24-30.

³¹⁾ Der kan henvises til Forslag fra generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer, hvori opstilles en oversigt over gældende ret på dette område. Endvidere henvises til følgende nyttige kommentar til dommen: Nihoul, P., "Do workers constitute undertakings for the purpose of competition rules?", (2000) 25 *European Law Review* 408-414.

³²⁾ Det er værd at hæfte sig ved, at EF-Domstolen i sagen finder anledning til at tage stilling til, om de omtvistede autorisationer er omfattet af art. 86's rettighedsbegreber, når henses til, at dette strengt taget ikke ville have været nødvendigt, når det iøvrigt statueres, at bestemmelsen slet ikke finder anvendelse på forholdet.

sætning fremhæver, at der er tale om autorisationer, der ikke automatisk tildeles alle og enhver, der måtte opfylde betingelserne for at blive autoriseret. Herved bekræfter EF-Domstolen det ovenfor angivne særpræg ved særlige rettigheder i forhold til den form for aktivitet, der kan betegnes som reguleret adgang. Dette er, at adgangen i tilfældet særlige rettigheder er begrænset og afhængigt af et vist myndighedsskøn, der dog i denne sag er temmelig influeret af de berørte arbejdstager- og arbejdsgiverorganisationer. Det sidste væsentlige forhold, som EF-Domstolen fremhæver i den citerede præmis, er, at der er tale om en rettighed, der udelukkende gælder for et bestemt geografisk område, nemlig havneområdet i Gent. Dette er et karakteristiskum, som gælder for både eksklusive og særlige rettigheder, jf. ovenstående definitioner.

Det skal også fremhæves, at EF-Domstolen betegner art. 86, stk. 1, som en forbudsbestemmelse.³³⁾ Dette udtryk kan ses som konsekvens af den efter teleterminaludstyrssagens mere begrænsede legalitetsformodning for eksklusive og særlige rettigheder, jf. ovenfor.

5.2. September-trilogien (Albany, Drijvende Bokken og Brentjens)

De tre sager, Albany, Drijvende Bokken og Brentjes, afsiges alle den 21. september 1999 og vil derfor, og fordi de i indhold er nærvædet identiske, i det følgende analyseres i forening under betegnelsen september-trilogien.³⁴⁾ Sagerne har givet anledning til megen opmærksomhed, fordi de helt overordnet angår det for pensionssystemerne i de enkelte Medlemslande vigtige spørgsmål om tilladeligheden af obligatorisk tilslutning til pensionskasser. I mere populær terminologi kan trilogien især siges at vedrøre det problem, som rettighedsinddrømmelser ofte afføder, nemlig at visse aftagere foretrækker en alternativ kilde, men hvor dette dog uværgeligt er i strid med rettighedsinddrømmelsen. "Sælger" kan så at sige ikke frit vælges.

De tre sager er alle indgået til EF-Domstolen i medfør af art. 234 EF (tidligere art. 177 EF) og dommene indeholder følgerig en besvarelse af en række præjudicielle spørgsmål. Disse er alle af konkurrenceretlig karakter, uden dog alle at være af

³³⁾ Jf. Becu-sagens præmis 24.

³⁴⁾ Jf. Sag C-67/96, Albany International BV mod Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, 21. september 1999, I-5751; Sag C-219/97, Maatschappij Drijvende Bokken NV mod Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven, 21. september 1999, I-6121; og De forenede sager C-115/97, C-116/97 og C-117/97, Brentjens' Handelssonderneming BV mod Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen, 21. september 1999, I-6025.

relevans for nærværende analyse. Her skal kun berøres EF-Domstolens stillingtagen til det spørgsmål, som vedrører fortolkningen af art. 86 og 82 EF.³⁵⁾ Således ønsker de forelæggende retter det oplyst, om art. 86 og 82 EF er til hinder for, at de offentlige myndigheder giver en pensionsfond eneret til at administrere en tillægspensionsordning inden for en bestemt branche.

I sin besvarelse af spørgsmålet statuerer EF-Domstolen indledningsvist, at der er tale om en eneret, idet:

*"...en beslutning fra de offentlige myndigheders side om at gøre tilslutning til en erhvervspensionsfond obligatorisk - som i det foreliggende tilfælde - nødvendigvis indebærer, at der gives fonden en eneret til at opkræve og administrere de bidrag, der betales med henblik på erhvervelse af pensionsrettigheder. En sådan fond må derfor betragtes som en virksomhed, som de offentlige myndigheder har indrømmet eksklusive rettigheder som omhandlet i traktatens artikel 90, stk. 1 [nu art. 86, stk. 1 EF]."*³⁶⁾

Som forskel i forhold til Becu-sagen anfører EF-Domstolen, at der udelukkende er tale om eksklusive rettigheder. Således anvendes ikke her den mere upræcise angivelse, at der er tale om eksklusive eller særlige rettigheder.

Dernæst statueres det uden anvendelse af en økonomisk analyse, at den pågældende eneretsindehaver kan anses for at indtage en dominerende stilling, som omhandlet i art. 82 EF.³⁷⁾ Herefter tager EF-Domstolen stilling til det vanskelige spørgsmål om, hvorvidt et misbrug foreligger. I denne forbindelse henvises til det ovenfor citerede Höfner-princip, dog gengivet i følgende mere udvidede version:

*"En medlemsstat overtræder kun forbuddene i disse to bestemmelser [art. 86 og 82 EF], såfremt den pågældende virksomhed ved den blotte udøvelse af de eksklusive rettigheder, som er indrømmet den, foranlediges til at udnytte sin dominerende stilling på en måde, der er udtryk for misbrug, eller såfremt rettighederne må antages at skabe en retstilstand, som medfører, at virksomheden gør sig skyldig i et sådant misbrug."*³⁸⁾

³⁵⁾ Et andet af de præjudicielle spørgsmål vedrører samspeilet mellem art. 3, 10 og 81-82 EF, hvilket er behandlet i følgende artikel: Neergaard, U. B., "Kollektiv arbejdsret og den europæiske *state action* doktrin", der er under udgivelse i bog redigeret af Fejo, J. & Nielsen, R. (2001).

³⁶⁾ Jf. Albany-og Brentjens-sagens præmis 90 og Drijvende Bokken-sagens præmis 80.

³⁷⁾ Jf. Albany-og Brentjens-sagens præmis 91-92 og Drijvende Bokken-sagens præmis 81-82.

³⁸⁾ Jf. Albany-og Brentjens-sagens præmis 93 og Drijvende Bokken-sagens præmis 83.

Det er andet led i formuleringen, som ikke er indeholdt i den oprindelige formulering af Höfner-princippet.

Herefter inddrages, hvad der i litteraturen er blevet betegnet som efterspørgselsdoktrinen, som ligeledes blev etableret i Höfner-dommen.³⁹⁾

*“Det bemærkes, at Domstolen i dommen i sagen Höfner og Elser, a.st., præmis 34, fastslog, at en medlemsstat, som har givet et offentligt arbejdsformidlingskontor en eneret til arbejdsformidling, tilsidesætter traktatens artikel 90, stk. 1 [nu art. 86, stk. 1 EF], når den skaber en situation, hvor det pågældende kontor nødvendigvis foranlediges til at overtræde traktatens artikel 86, bl.a. fordi det åbenbart ikke er i stand til at dække efterspørgslen på markedet for sådanne tjenesteydelser. I det foreliggende tilfælde er den af Fonden tilbudte tillægspensionsordning baseret på den gældende norm i Nederlandene, nemlig at enhver arbejdstager, der har betalt bidrag til ordningen i den maksimale tilslutningsperiode, får en pension, inklusive pensionen i henhold til AOW, svarende til 70% af slutlønnen. Visse virksomheder inden for branchen kan ganske vist have et ønske om at sikre deres ansatte en pensionsordning, der er mere omfattende end den, Fonden tilbyder. At disse virksomheder ikke har mulighed for at overlade det til ét forsikringselskab at administrere en sådan pensionsordning, og den hermed forbundne konkurrencebegrænsning, følger imidlertid direkte af den eneret, der er indrømmet erhvervspensionsfonden.”*⁴⁰⁾

³⁹⁾ Jf. eksempelvis Sierra, J. L. B., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (formerly 90) of the EC Treaty* (Oxford/New York: Oxford University Press, 1999) 163-165. I henhold til efterspørgselsdoktrinen anser EF-Domstolen det for et misbrug, såfremt virksomheder tildelt særlige eller eksklusive rettigheder ikke er i stand til at dække efterspørgslen efter den pågældende aktivitet på tilfredsstillende vis. Det fremgår iøvrigt af Forslag til afgørelse fra generaladvokat Jacobs, I-5842, at: *“Med hensyn til det ene argument, hvorefter de pensionsydelse, fondene tilbyder, ikke opfylder, eller ikke længere opfylder, virksomhedernes behov, har sagsøgerne hævdet, at de tilbudte pensionsydelse er for lave, at de ikke er relateret til lønnen, og at de derfor er systematisk utilstrækkelige. De mener også, at systemet har andre, sekundære skadevirkninger, idet arbejdsgiverne er nødsaget til at træffe ekstra pensionsforanstaltninger og ikke kan indgå én samlet pensionsaftale med et forsikringselskab. Virksomhederne må derfor operere med flere pensionsordninger samtidig, hvilket øger administrationsomkostningerne og medfører andre former for effektivitetstab.”*

⁴⁰⁾ Jf. Albany- og Brentjens-sagens præmis 95-97 og Drijvende Bokken-sagens præmis 85-87. Om gældende ret vedrørende efterspørgselsdoktrinen redegør generaladvokat Jacobs i Forslag til afgørelse, I-5848, iøvrigt som følger: *“En medlemsstat kan kun holdes ansvarlig i tilfælde af en mangel i systemet, dvs. hvis et misbrug er en ‘direkte følge’ af dets intervention i form af regler eller beslutninger, hvorimod virksomheder, som er tildelt eksklusive eller særlige rettigheder, er eneansvarlige for overtrædelser af konkurrencereglerne, som udelukkende kan tilregnes dem. Artikel 90, stk. 1, og artikel 86 er derfor ikke tilsidesat, når den eneste årsag til, at en fond ‘åbenbart ikke er i stand til at dække efterspørgslen’, er dens egen dårlige ledelse eller investeringspolitik. For det andet skal de nationale domstole være opmærksomme på, at spørgsmål af denne art altid er gradspørgsmål, at de giver anledning til meget komplicerede problemstillinger, og at de indebærer vurderinger, der vedrører væsentlige*

Efterfølgende denne konstatering fortsætter EF-Domstolen med en undersøgelse af, om erhvervspensionsfondens eneret til at administrere tillægspensionsordninger inden for en bestemt branche og den hermed forbundne konkurrencebegrænsning måtte være begrundet i art. 86, stk. 2 EF.⁴¹⁾ Med andre ord kan dette tages som udtryk for, at EF-Domstolen finder - dog uden eksplicit at angive dette - at art. 86 EF læst i forening med art. 82 EF er overtrådt. EF-Domstolen konkluderer, at den nationale ordning må anses for at være begrundet i art. 86, stk. 2 EF og dermed er lovlig.

Herefter tages spørgsmålet om misbrug - således ikke i absolut logisk rækkefølge - endnu engang op, denne gang i henhold til hvad der i litteraturen er blevet betegnet som interessekonfliktsdoktrinen.⁴²⁾ Således tager EF-Domstolen stilling til, om hvorvidt det forhold, at Fonden både administrerer pensionsordningen og er den myndighed, der har kompetence til at meddele fritagelser fra obligatorisk tilslutning, kan give anledning til en uretfærdig udøvelse af denne kompetence.⁴³⁾ I givet fald ville der være tale om et misbrug i art. 86 og 82's forstand. Dette afvises imidlertid af EF-Domstolen, der dog overlader den endelige konkrete vurdering til de nationale domstole af: om fonden ikke har benyttet sin kompetence til at meddele fritagelse vilkårligt, om der ikke er sket forskelsbehandling og om de øvrige betingelser for beslutningens lovlighed er opfyldt.⁴⁴⁾

Argumentationen i sagerne kan, hvad angår selve den obligatoriske tilslutning, ses som følgende Corbeau-sagen ved den manglende eksplicitte formulering af, at der er tale om en overtrædelse af art. 86, stk. 1 EF, sammenholdt med art. 82 EF, men

økonomiske og sociale valg. Det skal derfor understreges, at Domstolen har begrænset sin og de nationale domstoles prøvelsesret i sager af Hofner og Elser-typen til kun at omfatte åbenbart mangelfulde nationale systemer."

⁴¹⁾ Jf. Albany- og Brentjens-sagens præmis 98 og Drijvende Bokken-sagens præmis 98-111.

⁴²⁾ Jf. eksempelvis Sierra, J. L. B., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (formerly 90) of the EC Treaty* (Oxford/New York: Oxford University Press, 1999) 165f.

⁴³⁾ Om dette forhold fremgår det af Forslag til afgørelse fra generaladvokat Jacobs, jf. I-5842, at sagsøgerne hævder, at fondene er stillet således, at de selv kan vælge, hvor megen konkurrence, de vil udsættes for. Hertil fojer generaladvokaten selv meget tankevækkende, jf. I-5854, at: "Når en fond ud fra sit eget skøn træffer afgørelse om en begæring om individuel fritagelse, bestemmer den faktisk selv omfanget af sit lovbestemte monopol. Denne uddelegering af beslutningskompetence er ikke en nødvendig og integrerende del af reglerne om enerettens materielle omfang. Den kan derfor adskilles fra disse regler og anfægtes separat."

⁴⁴⁾ Jf. Albany- og Brentjens-sagens præmis 121 og Drijvende Bokken-sagens præmis 111.

hvor dette dog må antages at være tilfældet begrundet i EF-Domstolens inddragen af art. 86, stk. 2 EF. Denne følgeslutning formuleres af Gyselen som følger:

*"...the Court's reasoning concerning the alleged infringement of Article 86(1) juncto Article 82 comes close to its reasoning in Corbeau [fodnote udeladt] (although there is no reference to that case). The Court concedes that the granting of the exclusive rights leads to a situation in which some companies might face an unattractive level of pension rights. In effect, this amounts to a form of output restriction within the meaning of Article 82 sub a. However, the Court does not conclude that the State measures granting these exclusive rights infringe Article 86(1) juncto Article 82, subject to the applicability of Article 86(2). Instead, it immediately 'jumps' to an assessment of the possible justifications behind the State measures in light of Article 86(2). [fodnote udeladt] This is where the analogy with Corbeau becomes apparent. In Corbeau the Court points out that Article 86(1) must be read in combination with Article 86(2) and that no final conclusion can be drawn as to the possible infringement of Article 86(1) until the State measure granting the exclusive right has been properly assessed under Article 86(2). Here, without saying it in so many words, the Court follows the same line of reasoning."*⁴⁵⁾

5.3. Deutsche Post

Den 10. februar 2000 afgøres to forenede sager om Deutsche Post mod henholdsvis GZS (Gesellschaft Zahlungssysteme mbH) og CKG (Citicorp Kartenservice GmbH).⁴⁶⁾ Udtrykt i overordnede termer er problemet ved rettighedsindrømmelsen i disse sager især en urimelig prispolitik. Sagerne er indgået til EF-Domstolen i medfør af art. 234 EF (tidligere art. 177 EF).

Mere præcist drejer sagerne sig om spørgsmål opstået i relation til omdeling af post fra udlandet, der er genstand for ikke-fysisk remail. Således har virksomhederne GZS og CKG, begge beliggende i Tyskland, via edb overført data, der i en anden Medlemsstat og af en anden virksomhed er blevet trykt, lagt i konvolutter og frankeret med henblik på forsendelse. Konvolutterne er herefter indleveret til den pågældende Medlemsstats postvæsener (henholdsvis Danmark og Holland). Adressaterne er imidlertid bosiddende i Tyskland, hvorefter de pågældende postvæsener har måttet overlevere forsendelserne til Deutsche Post med henblik på den videre postbesørgelse i Tyskland.

⁴⁵⁾ Jf. Gyselen, L., "Case C-67/96, Albany v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie...", (2000) 37 *Common Market Law Review* 445.

⁴⁶⁾ Jf. De forenede sager C-147/97 og C-148/97, Deutsche Post AG mod Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH (GZS) og Citicorp Kartenservice GmbH, 10. februar 2000, I-825.

Hele denne lettere snørklede forsendelsesvej er bl.a. iværksat med henblik på at udnytte de i de pågældende andre Medlemsstater lavere frankeringstakster.⁴⁷⁾ I Tyskland udgør indlandstaksten 1 DEM pr. brev, hvorimod det hollandske postvæsen kun opkræver ca. 0,55 DEM pr. forsendelse til udlandet. Det oplyses ikke i dommen, hvad det danske postvæsen præcist opkræver pr. forsendelse, kun at beløbet er lavere end den i Tyskland gældende indlandstakst. Som en delvis kompensation til Deutsche Post betaler både det hollandske og det danske postvæsen til Deutsche Post såkaldte terminalafgifter, som andrager mellem 0,36 og 0,40 DEM pr. postforsendelse.

Deutsche Post fremsætter med hjemmel i verdenspostkonventionen og national lovgivning krav overfor GZS og CKG om betaling af indenlandsk porto for hvert af de i Tyskland omdelte breve, imidlertid uden fradrag af de terminalafgifter, som Deutsche Post har modtaget af det danske og hollandske postvæsen. GZS og CKG afviser betalingskravet, hvorefter Deutsche Post indbringer sagerne for først Landgericht Frankfurt am Main og sidenhen Oberlandesgericht Frankfurt am Main. Sidstnævnte indbringer i alt fem spørgsmål for EF-Domstolen. Disse sammenfatter EF-Domstolen som at måtte forstås således, at den nationale ret nærmere bestemt ønsker oplyst, om det er i strid med Traktatens art. 86, sammenholdt med art. 82 og 49 EF (tidligere art. 86 og 59 EF), at en enhed som Deutsche Post udover retten efter verdenspostkonventionen til at opkræve sin indenlandske porto for forsendelser, som indleveres i stort antal til postvæsenet i en anden Medlemsstat end den, som den pågældende enhed henhører under.⁴⁸⁾

Ved EF-Domstolens besvarelse af dette spørgsmål følges et atypisk argumentationsmønster. Indledningsvist fastslås det, at Deutsche Post er tillagt en eneret til indsamling, befordring og omdeling af post, hvorefter enheden må anses for en virksomhed, der af den pågældende Medlemsstat har fået tillagt eksklusive rettigheder i art. 86, stk. 1's forstand.⁴⁹⁾ Ydermere statueres det - dog ikke på basis af en økonomisk analyse - i såvel dommens præmis 38 som 57, at Deutsche Post indtager en dominerende stilling i art. 82's forstand. Herefter bliver argumentationen

⁴⁷⁾ Bartosch anfører herom: "...the use of non-physical remailing services is primarily driven by the synergies new technology allows with regard to centralizing certain activities, such as data-processing, printing, packaging and mailing. The fact that a lot of remailing companies are situated in countries with low postage charges is arguably more a side-effect than the main point of these activities." Jf. Bartosch, A., "Joined Cases C-147/97 and C-148/97, Deutsche Post AG v. Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH (GZS) and Citicorp Kartenservice GmbH CKG. Judgment of the Full Court of 10 February 2000", (2001) 38 *Common Market Law Review* 197.

⁴⁸⁾ Jf. Deutsche Post-sagens præmis 36.

⁴⁹⁾ Jf. Deutsche Post-sagens præmis 37.

mere springende, idet EF-Domstolen først opridser, hvad der kan betegnes som et slags *effet utile*-princip:

*"Domstolen har i denne forbindelse udtalt, at selv om det ikke i sig selv er uforeneligt med artikel 86, at en medlemsstat skaber en dominerende stilling ved indrømmelse af eksklusive rettigheder, følger det dog af traktaten, at medlemsstaterne ikke må indføre eller opretholde foranstaltninger, der kan ophæve den tilsigtede virkning af denne bestemmelse..."*⁵⁰⁾

Uden en eksplicit afgørelse af om art. 86 læst i forening med art. 82 EF er overtrådt, hvilket bør være den logiske forudsætning for, at det overhovedet er nødvendigt at tage stilling til art. 86, stk. 2, følger nu i dommen en længere analyse, der fører frem til, at denne sidstnævnte bestemmelse finder anvendelse.⁵¹⁾ EF-Domstolen lægger vægt på, at verdenspostkonventionens forudsætning er, at postvæsenene i de forskellige kontraherende stater ikke konkurrerer med hinanden og at dens formål er at sikre befordring og omdeling af internationale forsendelser. Det statueres, at der er tale om en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse i art. 86, stk. 2's forstand. Det statueres ydermere, at det forhold, at den grænseoverskridende post behandles som indenlandsk post, og at der således opkræves indenlandsk porto, må betragtes som berettigede foranstaltninger med henblik på udførelsen af den opgave af almindelig interesse, der er tildelt Deutsche Post i henhold til verdenspostkonventionen, under økonomisk forsvarlige vilkår.⁵²⁾

EF-Domstolen fremkommer dog med den indsigelse, at det ikke er rimeligt, at Deutsche Post opkræver *fuld* indenlandsk porto, eftersom en del af befordrings- og omdelingsudgifterne opvejes af, at postvæsenene i andre Medlemsstater betaler terminalafgifter.⁵³⁾ I denne forbindelse tager EF-Domstolen nu eksplicit stilling til misbrugsspørgsmålet i art. 82's forstand:

"Det kan derfor betragtes som et misbrug af en dominerende stilling i traktatens artikel 86's [nu art. 82] forstand, at en sådan enhed [som Deutsche Post] udover retten til at opkræve fuld indenlandsk porto uden at tage hensyn til, at omkostninger-

⁵⁰⁾ Jf. Deutsche Post-sagens præmis 39.

⁵¹⁾ Jf. Deutsche Post-sagens præmisser 41-47 og 49-54.

⁵²⁾ Jf. Deutsche Post-sagens præmis 52. Se iøvrigt vedr. kritisk analyse af EF-Domstolens anvendelse af art. 86, stk. 2 EF i sagen: Bartosch, A., "Joined Cases C-147/97 and C-148/97, *Deutsche Post AG v. Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH (GZS) and Citicorp Kartenservice GmbH CKG*, Judgment of the Full Court of 10 February 2000", (2001) 38 *Common Market Law Review* 197.

⁵³⁾ Jf. Deutsche Post-sagens præmis 56.

ne ved befordring og omdeling af forsendelser, der indleveres i stort antal til postvæsenet i en anden medlemsstat end den, hvor såvel afsenderne som adressaterne for disse forsendelser er bosiddende, til dels opvejes af de terminalafgifter, som betales af det nævnte postvæsen. Afsenderne har nemlig ikke andre muligheder end at betale den fulde indenlandske porto, hvis de vil undgå, at en enhed som Deutsche Post udover retten til efter verdenspostkonventionen... at tilbagesende forsendelserne til afsendelsesstedet. Som fastslået af Domstolen i relation til en leveringsnægtelse fra en virksomhed, der har en dominerende stilling i traktatens artikel 86's forstand, vil en sådan adfærd være i strid med det mål, der er fastlagt ved EF-traktatens art. 3, litra g)... og nærmere angivet i artikel 86, navnlig i litra b) og c)... ”⁵⁴⁾

Alt i alt konkluderer EF-Domstolen, at det er acceptabelt, at Deutsche Post opkræver sin indenlandske porto for forsendelser, der indleveres i stort antal til postvæsenet i en anden Medlemsstat end den, som enheden selv er beliggende i. Det er imidlertid i strid med art. 86 EF sammenholdt med art. 82 EF at opkræve den fulde indenlandske porto uden at fradrage de omtalte terminalafgifter.

Det fremgår, at det i sagerne fundne misbrug ikke er direkte afledt af den eksklusive ret, som er tildelt Deutsche Post til indsamling, befordring og omdeling af post. Derimod er misbruget affødt af den ret, som Deutsche Post i henhold til verdenspostkonventionen og den nationale implementering deraf har til at afkræve betaling af indenlandsk porto i tilfælde af den pågældende form for ikke-fysisk remail. Dette kan forklare, hvorfor EF-Domstolen ikke henviser til Höfner-doktrinen, der netop vedrører misbrug foranlediget af den eksklusive ret. Det er dog omvendt klart, at uden den eksklusive ret kunne Deutsche Post ikke gennemføre den pågældende form for misbrug. Misbrugets art kategoriseres iøvrigt af EF-Domstolen som leveringsnægtelse, og der henviser til art. 82, stk. 2, litra b) og c).

5.4. Sydhavnens Sten og Grus

Problematikken i denne sag er nærmest af klassisk karakter: tre virksomheder tildeles et privilegium, som en fjerde virksomhed føler sig snydt for.⁵⁵⁾ Sidstnævnte søger derfor også om tildeling af et tilsvarende privilegium, men afvises. Derefter anlægger den pågældende virksomhed sag i håbet om ad rettens vej at opnå tildeling af det pågældende privilegium.

⁵⁴⁾ Jf. Deutsche Post-sagens præmisser 58-60.

⁵⁵⁾ Jf. Sag C-209/98, Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) mod Københavns Kommune, 23. maj 2000, I-3743.

Den markant største af rettighedsindehaverne i sagen er selskabet, RGS, der forestår driften af det såkaldte Grøften-anlæg. De andre to rettighedsindehavere er ikke angivet ved navns nævnelse i dommen. Der er tale om tre modtageanlæg, som er tildelt retten til at modtage og behandle ikke-miljøfarligt bygge- og anlægsaffald fra Københavns Kommunes område. Det er kommunen selv, der helt i overensstemmelse med gældende ret, er rettighedstildeleren. Sydhavnens Sten og Grus er det selskab, der ikke kan opnå ret til at behandle den pågældende form for affald fra Københavns Kommunes område. Selskabet anlægger sag mod kommunen ved Østre Landsret, der indbringer en række præjudicielle spørgsmål for EF-Domstolen, hvoraf blot ét er af direkte relevans for denne artikels problemfelt.

EF-Domstolen omformulerer det pågældende spørgsmål som, at det ønskes oplyst, om EF-Traktatens art. 86 EF, sammenholdt med art. 82 EF, er til hinder for etablering af en kommunal ordning som den i hovedsagen omhandlede, der giver et begrænset antal særligt udvalgte virksomheder adgang til at behandle ikke-miljøfarligt byggeaffald til nyttiggørelse fra det pågældende område, således at der kan sikres en tilstrækkelig stor tilgang af sådant affald til disse virksomheder, mens andre virksomheder udelukkes fra at behandle det pågældende affald, selv om de er miljøgodkendte.⁵⁶⁾

Afgørelsen markerer sig ved at være rimeligt systematisk, idet EF-Domstolen indledningsvist tager stilling til, om der er tale om rettighedstildeling i art. 86's forstand og derefter vurderer spørgsmålene om dominerende stilling og misbrug.

Om rettighedstildelingen anfører EF-Domstolen følgende:

*„...tre virksomheder [har] i henhold til de i hovedsagen omhandlede regler... fået tilladelse til at modtage byggeaffald fra Københavns Kommunes område med henblik på nyttiggørelse af affaldet, mens andre virksomheder og navnlig Sydhavnens Sten & Grus er afskåret herfra. Ud over disse tre virksomheder må ingen virksomheder i Danmark modtage byggeaffald fra kommunens område til behandling. Det følger heraf at de nævnte tre virksomheder skal anses for virksomheder, der af den pågældende medlemsstat har fået tillagt en eksklusiv rettighed i henhold til traktatens artikel 90. stk. 1 [nu art. 86, stk. 1]...“*⁵⁷⁾

EF-Domstolen hæfter sig således ved det ekskluderende element ved rettighedstildelingen. Der afviges fra definitionerne i ovenstående afsnit 2, der ville medføre en kategorisering af rettighederne som særlige og ikke, som anført af EF-Domstolen,

⁵⁶⁾ Jf. Sydhavnens Sten og Grus-sagens præmis 52.

⁵⁷⁾ Jf. Sydhavnens Sten og Grus-sagens præmisser 53 og 54..

som eksklusive.⁵⁸⁾ Dette skyldes, at der er tale om indrømmelse af rettigheder til et begrænset antal virksomheder frem for blot en enkelt virksomhed.

Hvad angår spørgsmålet om dominerende stilling, overlades den endelige stillingtagen til den forelæggende ret, men EF-Domstolen opstiller adskillige udførlige retningslinjer, der synes at lægge op til, at der foretages en grundig økonomisk analyse.

Endelig hvad angår spørgsmålet om misbrug, tilkendegiver EF-Domstolen - efter en gengivelse af den udvidede version af Höfner-princippet - i dommen at sondre mellem, om rettigheden i sig selv udgør et misbrug eller om den fører til et misbrug. Herefter anføres det:

*"Domstolen har således fastslået, at en medlemsstat uden at overtræde traktatens artikel 86 [nu art. 82 EF] kan tildele eksklusive rettigheder til bestemte virksomheder, såfremt disse ikke misbruger deres dominerende stilling og ikke nødvendigvis foranlediges til at begå et sådant misbrug... Det skal i denne forbindelse bemærkes, at tildelingen af en eksklusiv rettighed på en del af det nationale område af miljøhensyn, som f.eks. tilvejebringelsen af den nødvendige kapacitet til genanvendelse af byggeaffald, ikke i sig selv udgør et misbrug af en dominerende stilling. Det skal dernæst undersøges, om den eksklusive rettighed ikke desto mindre fører til et misbrug af en dominerende stilling."*⁵⁹⁾

Som det fremgår af citatet, finder EF-Domstolen ikke rettigheden for i sig selv at udgøre et misbrug, men finder behov for nærmere at undersøge, om den fører til et misbrug. Undersøgelsen af dette spørgsmål tager sin begyndelse ved en anvendelse af art. 86, stk. 2 EF, hvilket, som angivet ovenfor under bl.a. afsnit 5.2. om september-trilogien, ikke synes at være en absolut logisk systematik. Når denne argumentationsrække anvendes, er det i litteraturen som nævnt blevet set som en implicit tilkendegivelse fra EF-Domstolen af, at der er tale om misbrug. EF-Domstolen statuerer konkret, at de tre privilegerede virksomheder er betroet en opgave af almindelig økonomisk interesse, og at rettighedstildelingen må anses for nødvendig for, at de kan udføre opgaven på acceptable økonomiske vilkår.⁶⁰⁾

⁵⁸⁾ Se også Sydhavnens Sten og Grus-sagens præmis 62, hvor der anvendes en analog formulering, nemlig at de tre virksomheder er tildelt en "eneret". Generaladvokat Léger er mere præcis i forhold til definitionerne opstillet i afsnit 2 end EF-Domstolen i sit Forslag til afgørelse fremsat den 21. oktober 1999, afsnit 35, hvor han betegner rettigheden tildelt RGS som *tilnærmelsesvist* eksklusiv.

⁵⁹⁾ Jf. Sydhavnens Sten og Grus-sagens præmisser 67-69.

⁶⁰⁾ Jf. Sydhavnens Sten og Grus-sagens præmisser 74-81. En væsentlig del af argumentationen er indeholdt i præmisserne 78-79: "Det fremgår af de oplysninger, der er fremkommet for

Herefter anfører EF-Domstolen imidlertid, at der formentlig næppe foreligger et misbrug:

*"I øvrigt giver sagsakterne ingen holdepunkter for at antage, at den tildelte eneret nødvendigvis foranlediger de pågældende virksomheder til at misbruge deres dominerende stilling."*⁶¹⁾

Denne fremgangsform antyder, at det rent argumentationsmæssigt er mere uproblematisk at give en "fritagelse" i henhold til art. 86, stk. 2 EF, end specifikt at tage stilling til det vanskelige spørgsmål om misbrug.

Alt i alt er dommens konsekvens, at Sydhavnens Sten & Grus ikke ved hjælp af art. 86 EF, sammenholdt med art. 82 EF, opnår selv at få adgang til den eftertragtede rettighedstildeling.

5.5. Carra

Denne sag omhandler den situation, hvor visse markedsdeltagere ønsker at få del i et forretningsområde, som er forbeholdt andre.⁶²⁾ Det pågældende forretningsområde vedrører arbejdsformidling, som i Italien indtil begyndelsen af 1998 er forbeholdt

Domstolen, at da Groften-anlægget blev oprettet, og der blev givet et begrænset antal virksomheder en eneret, stod Københavns Kommune over for et miljøproblem, som blev anset for alvorligt, nemlig at størstedelen af byggeaffaldet blev nedgravet, selv om det kunne være genanvendt. Affaldet kunne ikke genanvendes, fordi der ikke var virksomheder, der kunne behandle det. Kommunen fandt, at det var nødvendigt at oprette et anlæg med stor kapacitet med henblik på at håndtere affaldet fra kommunen og genanvende det med en høj genbrugskvalitet. Endvidere fandt kommunen, at den med henblik på at gøre det nye anlæg rentabelt måtte sikre anlægget en betydelig tilgang af affald ved at give det eneret til behandling heraf. Eneretten medfører ganske vist, at andre virksomheder, der ønsker at træde ind på markedet, som f.eks. Sydhavnens Sten & Grus, afskæres herfra, selv om de er miljøgodkendte, men da der ikke var nogen virksomheder, der kunne behandle det i hovedsagen omhandlede affald, kunne Københavns Kommune med rette anse det for nødvendigt at oprette et anlæg med stor kapacitet. Det var også berettiget, at der med henblik på at gøre det interessant for virksomhederne at deltage i driften af et anlæg med stor kapacitet fandtes at være et behov for en eneret, der tidsmæssigt var begrænset til en normal afskrivningsperiode for investeringerne, og som geografisk var begrænset til kommunens område."

⁶¹⁾ Jf. Sydhavnens Sten og Grus-sagens præmis 82. Sammenhold med generaladvokat Léger, der i sit Forslag til afgørelse fremsat den 21. oktober 1999, afsnit 93-95, synes at komme til det modsatte resultat, idet vægten her lægges på begrænsningen af markedsadgangen.

⁶²⁾ Jf. Sag C-258/98, Straffesag mod Giovanni Carra m.fl., 8. juni 2000, I-4217.

offentlige arbejdsformidlingskontorer.⁶³⁾ Dommen indeholder en besvarelse af et par præjudicielle spørgsmål, der er indbragt for EF-Domstolen i forbindelse med en straffesag mod personerne Carra, Colombo og Gianassi, der er tiltalt for at have drevet virksomhed i form af arbejdsformidling på arbejdsmarkedet.

Dommen udgør i det væsentlige en bekræftelse af Job Centre-II-dommen.⁶⁴⁾ Det bør nævnes, at EF-Domstolen ikke anvender den nye udvidede version af Höfner-princippet, men kun den oprindelige korte.⁶⁵⁾ EF-Domstolen anfører, at en Medlemsstat skaber en situation, i hvilken offentlige arbejdsformidlingskontorer nødvendigvis foranlediges til at tilsidesætte bestemmelserne i Traktatens art. 82 EF, når følgende betingelser alle er opfyldt:

"- De offentlige arbejdsformidlingskontorer er klart ikke i stand til for alle slags virksomhed at imødekomme efterspørgslen på arbejdsmarkedet.

- Private selskabers arbejdsformidlingsvirksomhed gores faktisk umulig ved opretholdelsen af lovbestemmelser, der indeholder et forbud mod en sådan virksomhed, der er sanktioneret ved strafferetlige og administrative sanktioner.

*- Den pågældende arbejdsformidlingsvirksomhed vil kunne omfatte andre medlemsstaters statsborgere eller områder."*⁶⁶⁾

Den første betingelse er udtryk for den i afsnit 5.2. om september-trilogien omtalte efterspørgselsdoktrin.⁶⁷⁾ Det skal bemærkes, at EF-Domstolen ikke tager stilling til, om der er tale om særlige eller eksklusive rettigheder, men i henhold til definitioner-

⁶³⁾ Fra begyndelsen af 1998 kan arbejdsformidling også udøves af andre, såfremt forudgående tilladelse fra Arbejds- og Socialministeriet er erhvervet. Denne lovændring synes dog ikke at være af relevans i hovedsagen.

⁶⁴⁾ Jf. Sag C-55/96, Job Centre coop. arl, 11. december 1997, I-7119.

⁶⁵⁾ Jf. Carra-sagens præmis 13.

⁶⁶⁾ Jf. Carra-sagens præmis 13.

⁶⁷⁾ EF-Domstolen henviser endelig i præmis 15 til spørgsmål fra den forelæggende ret om, hvorvidt den direkte virkning af traktatens artikel 86 og 82 EF, læst i sammenhæng, må medføre, at de nationale retter skal anse enhver form for privat arbejdsformidling for lovlig og derfor skal undlade at anvende de nationale bestemmelser om straf for en sådan virksomhed. Dette besvares i præmis 16 således: "...ifølge Domstolens faste praksis har den nationale ret, der inden for sit kompetenceområde skal anvende fællesskabsretlige forskrifter, pligt til at sikre disse reglers fulde virkning, idet den i påkommende tilfælde af egen drift skal undlade at anvende en modstridende - selv nyere - bestemmelse i national lovgivning, uden at den behøver at anmode om eller afvente en forudgående ophævelse af denne bestemmelse ad lovgivningsvejen ved noget andet forfatningsmæssigt middel..."

ne ovenfor i afsnit 2 er der tale om særlige rettigheder, såfremt det forudsættes, at de pågældende rettigheder ikke er territorielt opdelte.

5.6. Pavlov

Disse forenede sager bør ses som analoge til september-trilogien, som analyseret ovenfor.⁶⁸⁾ De er i lighed med trilogien udtryk for den situation, at en gruppe aftagere ønsker at "købe" et produkt hos en anden "sælger" end den, som har retten til at "sælge" det pågældende produkt. Mere præcist er der tale om fem hollandske speciallæger, der ophører med at betale bidrag til Speciallægernes Pensionsfond på trods af den i lovgivning hjemlede obligatoriske tilslutning. Speciallægerne mener sig alternativt berettiget til at være tilsluttet en erhvervspensionsfond for social- og sundhedsvæsenet. Da Speciallægernes Pensionsfond herefter udsteder et betalingspålæg til de fem speciallæger, anlægges de sag ved Kantongerecht, Nijmegen, til prøvelse af dette. Denne ret forelægger EF-Domstolen en række præjudicielle spørgsmål, hvoraf især ét er af særlig interesse her.⁶⁹⁾ Det omfortolkes af EF-Domstolen til, at det ønskes oplyst, om art. 86 og 82 EF er til hinder for, at de offentlige myndigheder giver en pensionsfond eneret til at administrere en tillægspensionsordning for udøvere af et liberalt erhverv.⁷⁰⁾

Ved besvarelsen af dette spørgsmål overvejes det først, om der er tale om en rettighed i art. 86's forstand, dernæst om der foreligger dominerende stilling og endelig, om der foreligger misbrug. Det statueres således indledningsvist, at der er tale om, at den pågældende fond må betragtes som en virksomhed, som de offentlige myndigheder har indrømmet eksklusive rettigheder som omhandlet i EF-traktatens art. 86, stk. 1.⁷¹⁾

Dernæst finder EF-Domstolen uden at foretage en nærmere økonomisk analyse, at der er tale om dominerende stilling.⁷²⁾

⁶⁸⁾ Jf. De forenede sager C-180/98 og C-184/98. Pavel Pavlov m.fl. Mod Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, 12. september 2000, I-6451.

⁶⁹⁾ EF-Domstolens besvarelse af ét af de andre spørgsmål er analyseret i Neergaard, U. B., "Kollektiv arbejdsret og den europæiske *state action* doktrin", der er under udgivelse i bog redigeret af Fejo, J. & Nielsen, R. (2001).

⁷⁰⁾ Jf. Pavlov-sagens præmis 120.

⁷¹⁾ Jf. Pavlov-sagens præmis 121-122.

⁷²⁾ Jf. Pavlov-sagens præmisser 123-126. Der lægges, jf. præmis 126, især vægt på, at: "*Fonden har... et lovbestemt monopol på leveringen af visse forsikringstjenester inden for en bestemt*

Endelig opstiller EF-Domstolen den udvidede version af Höfner-princippet samt henviser til efterspørgselsdoktrinen. På grundlag af sidstnævnte doktrin når EF-Domstolen frem til, at misbrug ikke foreligger:

“Det fremgår hverken af de sagsakter, den nationale ret har fremlagt, eller af de skriftlige og mundtlige indlæg, som Fonden, de regeringer, der er interveneret i sagen, og Kommissionen har indgivet, at Fonden ved den blotte udøvelse af de eksklusive rettigheder, som er indrommet den, foranlediges til at udnytte sin dominerende stilling på en måde, der er udtryk for misbrug, eller at de pensionsydelse, Fonden tilbyder, ikke svarer til speciallægenes behov.”⁷³⁾

På dette grundlag konkluderer EF-Domstolen, at art. 86 og 82 EF læst i forening ikke er overtrådt. Det skal bemærkes, at art. 86, stk. 2 EF, ikke inddrages, idet EF-Domstolen etablerer, at misbrug ikke foreligger. Denne eksplicitte tilkendegivelse står i modsætning til september-trilogien, i hvilke sager det ikke fremgår utvetydigt, om EF-Domstolen finder, at der foreligger misbrug eller ej. Det skal ydermere bemærkes, at misbrugsdiskussionen er forholdsvist overfladisk. Der er ingen analyse af prisniveau, vilkår eller andre væsentlige spørgsmål.

5.7. De portugisiske lufthavne

Denne sag drejer sig om den situation, at en eneretsindehavers priser og rabatter fastsættes ved national lovgivning, hvor især rabatterne kan synes at være udtryk for misbrug af dominerende stilling.⁷⁴⁾

Konkret er eneretsindehaveren i sagen ANA-EP, som er en offentlig virksomhed, der står for driften af tre lufthavne på det portugisiske fastland (Lissabon, Faro og Porto), fire lufthavne på Azorerne og andre flyvepladser. I henhold til portugisisk lovgivning betales der en landingsafgift ved hver landing, hvor indenrigsflyvninger er berettiget til en rabat på 50%. Der gælder en årligt ajourført rabatordning, der medfører, at der ydes en rabat på 7,2% i Lissabons lufthavn (18,4% i de øvrige lufthavne) efter den 51. landing i en given måned. Efter 101 landinger og 151 landinger ydes der en rabat på henholdsvis 14,6% og 22,5% i Lissabon (24,4% og 31,4% i de øvrige lufthavne). Efter 200 landinger og derover ydes der en rabat på

erhvervsgren i en medlemsstat og derfor på en væsentlig del af fællesmarkedet.”

⁷³⁾ Jf. Pavlov-sagens præmis 128.

⁷⁴⁾ Jf. Sag C-163/99, Den Portugisiske Republik mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, 29. marts 2001, Endnu ikke i Saml.

32,7% i Lissabon (40,6% i de øvrige lufthavne). Der er med andre ord tale om kvantumsrabatter.

Kommissionen indleder en undersøgelse af rabatordningerne, som fører til en beslutning den 10. februar 1999 om en procedure i henhold til Traktatens art. 86 EF. Beslutningens indhold er i det væsentligste: a) at ANA-EP findes at være en offentlig virksomhed i art. 86, stk. 1's forstand, der er indehaver af eneretten til at drive diverse portugisiske lufthavne, b) at ANA-EP's afgiftspolitik findes at hvile på lovbestemmelser og bekendtgørelser, der udgør en statslig foranstaltning som omhandlet i art. 86, stk. 1 EF, c) at ANA-EP indtager en dominerende stilling på markedet for tjenesteydelser, der leveres i tilknytning til flyvemaskiners start og landing, for hvilke der opkræves en afgift, d) at den omtvistede ordning med landingsafgifter bevirker, at der over for luftfartsselskaberne anvendes ulige vilkår for ydelser af samme værdi, hvorved de stilles ringere i konkurrencen, således at ordningen udgør et misbrug af dominerende stilling, jf. art. 82, stk. 2, litra c, samt d) at den i art. 86, stk. 2, fastsatte bestemmelse ikke finder anvendelse. Alt i alt er beslutningens konklusion, at ordningen udgør en overtrædelse af art. 86 sammenholdt med art. 82 EF.

Den Portugisiske Republik anlægger sag i medfør af art. 230, stk. 1 EF (tidligere art. 173 EF) om annullation af Kommissionens beslutning. Især ét af Portugals anbringender er af relevans for nærværende analyse, idet det gøres gældende, at betingelserne for en tilsidesættelse af bestemmelserne i Traktatens art. 86, stk. 1, sammenholdt med art. 82 EF, ikke er opfyldt, dels fordi den portugisiske ordning med landingsafgifter ikke indebærer en forskelsbehandling på grund af nationalitet og dels fordi ordningen ikke udgør et misbrug af dominerende stilling.

Generelt fører EF-Domstolens betragtninger imidlertid til en frifindelse af Kommissionen. Blandt betragtningerne er det væsentligt for det første at iagttage, at det er ubestridt, at ANA-EP er indehaver af en eksklusiv ret, som nævnt i art. 86, stk. 1, for hver lufthavn den driver, og som følge heraf har en dominerende stilling på markedet for de tjenesteydelser, der er forbundet med flys landing og start.⁷⁵⁾ Herudover er spørgsmålet om misbrug af væsentlighed for nærværende analyse. Det fremgår, at EF-Domstolen tager stilling til to forskellige ordninger, hvor den første vedrører de rabatter, der tildeles under hensyntagen til antallet af landinger, og den anden vedrører reduktionen med 50% til fordel for indenrigsflyvninger i forhold til udenrigsflyvninger. Begge findes at være af kritisk karakter i henseende til art. 86 læst i forening med art. 82.

⁷⁵⁾ Jf. Sagen om de portugisiske lufthavne, præmis 45.

Hvad angår den første ordning bekræfter EF-Domstolen, at der er tale om rabatter i strid med art. 82, stk. 2, litra c. Mere præcist angives det, at en markedsdominerende virksomhed er berettiget til at yde sine kunder kvantumsrabatter, der udelukkende har sammenhæng med de indkøbte mængder hos vedkommende virksomhed, men reglerne for beregning af disse rabatter må ikke medføre, at der i strid med nævnte bestemmelse anvendes ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelsparterne.⁷⁶⁾ Således anføres det i afgørelsen, at selve idéen med en ordning med kvantumsrabat er, at de største købere eller brugere af et produkt eller en tjenesteydelse opnår en lavere gennemsnitlig enhedspris eller, hvilket bliver det samme, en gennemsnitlig reduktionssats, der er højere end de satser, der gives til mindre købere eller til mindre vigtige brugere af dette produkt eller denne tjenesteydelse.⁷⁷⁾ Imidlertid er en kvantumsrabatordning ikke acceptabel, hvis:

*"...der anvendes ulige vilkår for ydelser af samme værdi, når de tærskelværdier, der udløser de forskellige rabatprocenter, sammenholdt med de praktiserede satser, fører til, at rabatfordelen eller de supplerende rabatter forbeholdes visse handelspartnere, der gives en økonomisk fordel, der ikke begrundes i den tilførte aktivitetsvolumen eller i de eventuelle stordriftsfordele, som handelspartnere gør det muligt for leverandøren at opnå i forhold til sine konkurrenter. Hvis der ikke findes objektive begrundelser, kan indicier for en sådan forskelsbehandling bestå deri, at tærskelværdien for ordningens ikrafttræden er høj, at ordningen kun vedrører nogle få partnere, der er særligt vigtige for den dominerende virksomhed, eller i at rabatsatsen ikke stiger lineært med mængderne."*⁷⁸⁾

Konkret finder EF-Domstolen det for påvist af Kommissionen, at det kun er luftfartsselskaberne TAP og Portugalia, der modtager den højeste rabatsats, og at de anvendte rabatsatsers progression - uden objektiv begrundelse - er betydeligt højere for den sidste rabatprocent end for de forudgående.⁷⁹⁾

Hvad angår den anden ordning, opretholder EF-Domstolen ligeledes i det store hele den anfægtede beslutning. Mere præcist anfører EF-Domstolen, at ordningen fører til, at der indrømmes de transportører, der i et større forhold end andre sikrer den interne befordring i forhold til internationale transportere, en fordel, og således medfører en ulige behandling for de samme tjenesteydelser, hvilket berører

⁷⁶⁾ Jf. Sagen om de portugisiske lufthavne, præmis 50.

⁷⁷⁾ Jf. Sagen om de portugisiske lufthavne, præmis 51.

⁷⁸⁾ Jf. Sagen om de portugisiske lufthavne, præmisserne 52-53.

⁷⁹⁾ Jf. Sagen om de portugisiske lufthavne, præmis 54.

konkurrencen.⁸⁰⁾ Ydermere anføres det, at i denne sag følger forskelsbehandlingen af, at der anvendes differentierede afgifter for det samme antal landinger med fly af samme type.⁸¹⁾

Afgørelsen er karakteristisk ved, at det ikke er eneretten i sig selv, der bevirker misbruget, men tværtimod en forsåvidt uafhængig national foranstaltning.⁸²⁾ Dette er antageligvis årsagen til, at EF-Domstolen ikke henviser til Höfner-princippet.

5.8. TNT Traco

Den sidste sag blandt de her analyserede vedrører som Deutsche Post posttjenesten i én af Medlemsstaterne.⁸³⁾ I generelle termer kan sagen udtrykkes som at vedrøre den situation, at en virksomhed tildelt en eneret til sin kernevirksomhed tillige er beskyttet vedrørende et afledt forretningsområde.

Mere præcist drejer sagen sig om det italienske postvæsen, Poste Italiane, der er tildelt eneretten til indsamling, transport og omdeling af brevforsendelser. Derudover gælder den ordning, at enhver anden end Poste Italiane, som indsamler, transporterer eller omdeler brevforsendelser, straffes med bøde, medmindre der for disse brevforsendelser er betalt postafgift eksempelvis ved påsætning af stempel fra en frankeringsmaskine eller af behørigt stemplede frimærker. På trods af denne ordning forestår virksomheden TNT Traco kurér- og ekspresydelser bestående i hurtig, sikker og personlig overbringelse til modtageren. Selv om der således er tale om en aktivitet, der klart adskiller sig fra den almindelige omdeling af post, som Poste Italiane varetager inden for rammerne af den almindelige posttjeneste, tildeles TNT Traco en bøde for overtrædelse af ordningen. Virksomheden anlægger derfor sag ved Tribunale civile di Genova mod bl.a. Poste Italiane i protest mod bøden. Det gøres især gældende, at den pågældende ordning er uforenelig med Traktatens art. 86 og

⁸⁰⁾ Jf. Sagen om de portugisiske lufthavne, præmis 66.

⁸¹⁾ Jf. Sagen om de portugisiske lufthavne, præmis 66. Generaladvokat Mischo forklarer i sit Forslag til afgørelse, afsnit 89 og 91, fremsat den 19. oktober 2000, at art. 82 EF næsten ikke giver plads til tvivl, idet en virksomhed med en dominerende stilling ikke, jf. art. 82, stk. 2, litra c), har ret til at anvende ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen. Hertil føjes, at det er utvivlsomt, at de ydelser, der udgør modydelsen for landingsafgifterne, er de samme for en indenrigsflyvning som for en EF-intern flyvning over en sammenlignelig afstand.

⁸²⁾ Dog er det klart, at misbruget ikke havde kunnet gennemføres uden den eksklusive rettigheds eksistens.

⁸³⁾ Jf. Sag C-340/99, TNT Traco SpA mod Poste Italiane SpA, 17. maj 2001, Endnu ikke i Saml.

82 EF. I forbindelse med dette sagsanlæg forelægger den pågældende ret EF-Domstolen et præjudicielt spørgsmål vedrørende ordningens overensstemmelse med art. 86 og 82 EF. Spørgsmålet opsummeres af EF-Domstolen på følgende vis:

*"[Det ønskes oplyst], om traktatens artikel 86 og artikel 90 [nu art. 86 og 82] sammenholdt, er til hinder for, at en ordning i en medlemsstat, hvorefter en privatretlig virksomhed får eneret til at udføre almindelig posttjeneste, gør alle andre erhvervsdrivendes ret til at levere kurer- og ekspresydelser, der ikke henholder under den almindelige posttjeneste betinget af betaling af en postafgift svarende til sædvanlig frankering til den virksomhed, der har fået overdraget den almindelige posttjeneste, men hvori der ikke fastsættes en udlignings- eller kontrolmekanisme til at forhindre, at denne virksomhed foretager en krydssubsidiering af sine egne aktiviteter, der ikke henholder under den almindelige posttjeneste. "*⁸⁴⁾

Besvarelsen tager sin indledning ved, at EF-Domstolen påpeger, at Poste Italiane i sin egenskab af offentligt erhvervsselskab og senere aktieselskab, hvor staten er eneaktionær, er en offentlig virksomhed i art. 86's forstand.⁸⁵⁾ Endvidere må Poste Italiane betragtes som en virksomhed, som er indrømmet særlige eller eksklusive rettigheder i bestemmelsens forstand, da den har fået eneret til at indsamle, transportere og omdele brevforsendelser i Italien uden at være forpligtet til som alle andre, der yder de samme tjenesteydelser, at betale en postafgift, der svarer til sædvanlig frankering.⁸⁶⁾

Der næst anfører EF-Domstolen i henseende til forbudet indeholdt i art. 86, stk. 1 EF, at det er ubestridt, at Poste Italiane indtager en dominerende stilling i art. 82's forstand. Den korte version af Höfner-princippet opridses, og hvad angår misbrugs-elementet ræsonneres som følger:

"Det konstateres, at den statslige lovgivning, der er genstand for hovedsagen, forpligter de erhvervsdrivende, der leverer kurer- og ekspresydelser, til at betale Poste Italiane en postafgift svarende til den frankering, som Poste Italiane's kunder normalt betaler, uden at Poste Italiane er forpligtet til at præstere nogen ydelse over for de nævnte erhvervsdrivende. Domstolen har imidlertid tidligere fastslået, at der er tale om misbrug af en dominerende stilling, når den virksomhed, der har den dominerende stilling, opkræver urimelige priser eller priser, der ikke står i et rimeligt forhold til den økonomiske værdi af de præsterede ydelser... Dette gør sig så meget

⁸⁴⁾ Jf. TNT Traco-sagens præmis 38.

⁸⁵⁾ Jf. TNT Traco-sagens præmis 39.

⁸⁶⁾ Jf. TNT Traco-sagens præmis 40. Bemærk, at EF-Domstolen igen anvender den upræcise definition "særlige eller eksklusive rettigheder", hvorved altså ikke tages stilling til, hvilken af de to rettighedstyper, der findes at være på spil i den konkrete sag.

*desto mere gældende, når en sådan virksomhed modtager betaling for tjenesteydelser, som den ikke selv har præsteret. Det følger heraf at en ordning som den i hovedsagen omhandlede, skaber en situation, hvor den virksomhed, der har fået særlige eller eksklusive rettigheder, nødvendigvis kommer til at misbruge sin dominerende stilling i traktatens artikel 86's forstand."*⁸⁷⁾

Det overlades til den forelæggende ret at undersøge, hvorvidt forudsætningen for art. 86 og 82's anvendelse om, at samhandelen skal være påvirket, er opfyldt.⁸⁸⁾ Endvidere overlades det til denne ret at undersøge, om ordningen alligevel måtte være berettiget i kraft af art. 86, stk. 2 EF.⁸⁹⁾

I nærværende sag følger EF-Domstolen den logiske systematik først at konstatere om dominerende stilling og misbrug foreligger, for derefter at tage art. 86, stk. 2 EF, i anvendelse. Således giver sagen ikke anledning til tvivl om, hvorvidt EF-Domstolen mener, at misbrug foreligger eller ej. Der er med andre ord tale om en klar tilkendegivelse af, at den nationale ordning er udtryk for et misbrug i art. 86 og 82's forstand. Det kan i denne sammenhæng overraske, at EF-Domstolen ikke tillige inddrager efterspørgselsdoktrinen, for det forekommer sandsynligt, at Poste Italiane ikke selv var i stand til at honorere efterspørgslen for kurér- og ekspresydelser.

Sagen illustrerer iøvrigt en vanskelig problematik indenfor retsområdet for privilegerede virksomheder.⁹⁰⁾ På den ene side overdrages disse oftest særlige eller

⁸⁷⁾ Jf. TNT Traco-sagens præmisser 45-48.

⁸⁸⁾ Jf. TNT Traco-sagens præmisser 49-50.

⁸⁹⁾ Jf. TNT Traco-sagens præmisser 51-62. Som retningslinjer anføres bl.a.: "Traktatens artikel 90, stk. 2 [nu art. 86, stk. 2], tillader følgelig ikke, at de samlede indtægter fra en postafgift som den i hovedsagen omtvistede, der er betalt af alle erhvervsdrivende, der leverer kurér- og ekspresydelser, som ikke henhører under den almindelige posttjeneste, overstiger det beløb, der er nødvendigt for den virksomhed, der har fået den overdraget. Det er i denne forbindelse af betydning, om den virksomhed, der har fået overdraget den almindelige posttjeneste også er forpligtet til at betale postafgiften, når den selv præsterer en kurér- og ekspresydelse, som ikke henhører under den almindelige posttjeneste. Det er ligeledes af betydning, at den sikrer, at aktiviteterne inden for den almindelige posttjeneste ikke dækker alle eller dele af udgifterne til kurér- og ekspresydelserne, idet omkostningerne ved den almindelige posttjeneste og dermed et eventuelt tab derved ellers stiger." Jf. TNT Traco-sagens præmisser 57 og 58.

⁹⁰⁾ Edward & Hoskins definerer de i denne sammenhæng relevante begreber således: "Undertakings responsible for the provision of universal supply ('universal providers') often use profits raised from certain geographical areas or types of activity to subsidize less-profitable areas or activities. This is known as 'cross-subsidization'. If private undertakings, unburdened by the obligation to provide a uniform supply, are permitted to concentrate their efforts on providing specialized and highly profitable services to limited sectors of society,

eksklusive rettigheder til at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, men andre virksomheder kan være interesserede i den mere lukrative del heraf - i sagen altså på den ene side den almindelige posttjeneste og på den anden side kurér- og ekspresydelser. Oftest kan det være væsentligt for rettighedsindehaveren, at der fastholdes en mere bred definition af dennes forretningsområde med henblik på at finansiere den mere omkostningstunge opfyldelse af rettighedsindehaverens forpligtelse. Alternativt kan det være væsentligt, at et arrangement som i sagen etableres således, at leverandører af posttjenester, der ikke henhører under den almindelige posttjeneste, forpligtes til ved betaling af en postafgift at bidrage til finansieringen af den almindelige posttjeneste. Således bliver det muligt for den, der har opgaven af en almen økonomisk interesse, at opfylde denne på økonomisk afbalancerede vilkår.⁹¹⁾ Dette indebærer, at selve retten til almen posttjeneste ikke helt kan adskilles fra retten til kurér- og ekspresydelser. Set i dette lys må det statuerede misbrug anses for at være foranlediget af den primære ret til almen posttjeneste og altså ikke udtryk for en autonom handling fra rettighedsindehaveren eller for en selvstændig foranstaltning fra Medlemsstatens side.

5.9. Sammenfatning

På baggrund af ovenstående analyse af de ti sager, hvori EF-Domstolen har afsagt dom i løbet af de sidste tre år vedrørende samspillet mellem art. 86 og 82 EF, er det nu muligt at fremkomme med en sammenfatning. Som angivet i afsnit 1 ovenfor er fokus i særdeleshed en afklaring af, præcist hvornår en Medlemsstat kan privilegere virksomheder ved tildeling af særlige eller eksklusive rettigheder, herunder en vurdering af, hvilken af de i afsnit 4 opstillede tilgange, som EF-Domstolen må antages at følge.

Det fremgår, at Medlemsstaterne fortsat må anses for berettigede til at tildele virksomheder særlige og eksklusive rettigheder. Indrømmelse af disse betragtes således ikke som en *per se* overtrædelse af art. 86, stk. 1 EF, hvorefter tilgangen om absolut konkurrence ikke kan anses for at være i anvendelse. Visse begrænsninger for indrømmelsen gælder imidlertid, således at heller ikke tilgangen om absolut suverænitet kan anses for at være udtryk for gældende ret.

there is a risk that the universal provider will not be capable of fulfilling its universal supply obligations. This is known as 'creaming-off'." Jf. Edward, D. & Hoskins, M., "Article 90: Deregulation and EC Law. Reflections Arising from the XVI Fide Conference", (1995) 32 *Common Market Law Review* 176-177. Om begrebet krydssubsidiering i almindelighed, se eksempelvis Abbamonte, G. B., "Cross-subsidation and Community Competition Rules: Efficient Pricing Versus Equity?" (1998) 23 *European Law Review* 414-433.

⁹¹⁾ Jf. TNT Traco-sagens præmis 55.

Rammerne for gældende ret er derimod fortsat, at såvel selve eksistensen af rettigheden som den adfærd, som de privilegerede virksomheder udviser, kan rammes af art. 86 sammenholdt med art. 82 EF. Det nærmere indhold af disse rammer forekommer dog endnu ikke helt klare. Sikker er det imidlertid, at den overordnede rettesnor fortsat er Höfner-princippet. Dette princip opstilles således også i størstedelen af de analyserede afgørelser. Det forekommer imidlertid vilkårligt, om EF-Domstolen opstiller den udvidede eller den korte version af Höfner-princippet. Dermed synes det heller ikke indlysende, at den udvidede version skal læses som udtryk for, at EF-Domstolen måtte have etableret en ny forståelse af art. 86 og 82 EF læst i forening. Det synes derfor på indeværende tidspunkt ikke korrekt at tillægge indholdet af den udvidede version nogen særegen betydning.

I størstedelen af de analyserede sager følger EF-Domstolen den systematik at vurdere: 1) om der foreligger en rettighed i art. 86, stk. 1's forstand; 2) om der foreligger dominerende stilling i art. 82's forstand; 3) om der foreligger misbrug af dominerende stilling i art. 82's forstand og 4) om det eventuelle misbrug kan retfærdiggøres i henhold til art. 86, stk. 2 EF. I disse seneste sager statuerer EF-Domstolen oftest klart, at misbrug af dominerende stilling foreligger. I visse sager kommer dette imidlertid ikke nødvendigvis eksplicit til udtryk. Snarere springer EF-Domstolen pkt. 3 over og går direkte i gang med en stillingtagen til pkt. 4. Når denne systematik er taget i anvendelse, er det i litteraturen taget til indtægt for, at EF-Domstolen mener rettighedstildelingen for i sig selv utilladelig, hvis ikke den kan begrundes på grundlag af et legitimt nationalt formål. Med andre ord vil disse sager kunne anses for udtryk for en anvendelse af tilgangen om begrænset konkurrence. I andre sager - hvilket er de fleste og allernyeste - anvendes den nævnte fire-punkts-systematik, og disse vil dermed kunne ses som at følge tilgangen om begrænset suverænit. Min vurdering er, at fortolkningen i litteraturen af, at såfremt EF-Domstolen ikke eksplicit anfører, at et misbrug foreligger, at da anerkender den tilgangen om begrænset konkurrence, er for vidtgående. Snarere må gældende ret være tilgangen om begrænset suverænit. Implikationen er en større mulighed for Medlemsstaterne til at indrømme særlige eller eksklusive rettigheder, end hvis disse uden videre ville kunne anses for at udgøre en overtrædelse af art. 86, stk. 1.

Til ovenstående bør føjes følgende yderligere iagttagelser af mere generel karakter:

Den første af disse er, at de analyserede sager er tilstrækkeligt mangeartede til at bidrage til forståelsen af de konkurrencemæssige problemer, som indrømmelsen af særlige og eksklusive rettigheder giver anledning til: Eksempelvis viser sagen om Sydhavnens Sten og Grus, at det kan være problematisk, når en aktør udelukkes fra at få markedsadgang. Fra den modsatte synsvinkel, købersiden, demonstrerer eksempelvis september-trilogien problemerne ved, at en kundegruppe ikke frit kan vælge den aktør, som den ønsker at handle med. I september-trilogien behandles

iøvrigt også den situation, at virksomheder ud fra sit eget skøn kan træffe afgørelse om, hvor megen konkurrence, de vil udsættes for. Endvidere fremgår det eksempelvis af Carra-sagen, hvorledes rettighedstildelingen ganske uhensigtsmæssigt kan medføre, at efterspørgslen efter særlige ydelser ikke kan opfyldes af de privilegerede virksomheder. Hertil behandles i TNT Traco-sagen problemerne omkring krydssubsidiering og "*creaming-off*". Endelig viser eksempelvis sagen om de portugisiske lufthavne, hvorledes en Medlemsstat kan føle sig fristet til at privilegere en virksomhed mere end nødvendigt ved at legitimere ved hjælp af lovgivning en ud fra en konkurrenceretlig vurdering ikke ønskværdig rabatpolitik.

En anden iagttagelse er, at afgørelserne synes at pege på, at misbrug af dominerende stilling i form af udelukkelse af markedsadgang kun er ulovlig, hvis efterspørgslen ikke kan tilfredsstilles. Ellers er markedsadgangsbegrænsningen, som jo er selve de særlige og eksklusive rettigheders egentlige formål, tilladelige og vil ikke kunne anfægtes af en utilfreds kunde, der ønsker en alternativ udbyder, eller af en utilfreds aktør, der ønsker markedsadgang. Endvidere synes afgørelserne at pege på, at når misbruget kan isoleres fra selve rettigheden, enten i form af virksomhedens autonome adfærd eller en Medlemsstats foranstaltning, hvorefter adfærden hjemles, vil denne ofte betragtes som uacceptabel.⁹²⁾ Den vanskeligste vurdering synes at vedrøre de tilfælde, hvor misbrug og rettighed ikke helt kan holdes adskilt uden dog til fulde at være sammensmeltet.

En tredje iagttagelse er, at EF-Domstolen fortsat ikke har opstillet en selvstændig definition af særlige rettigheder. Snarere synes det som om, at når der er involveret, hvad der må kunne kategoriseres som særlige rettigheder, at da betegner EF-Domstolen dem som "særlige og eksklusive rettigheder". Dette er tilfældet i Becu-sagen. I sagen om Sydhavnens Sten og Grus statuerer EF-Domstolen, at de i sagen omtvistede rettigheder er eksklusive. Dette synes overraskende, idet tre - og ikke blot én - virksomheder er tildelt rettigheder, hvilket i henhold til de i afsnit 2 ovenfor opstillede definitioner snarere peger på, at der er tale om særlige rettigheder. Gennemgående er der iøvrigt i overvejende grad tale om sager, hvor det er eksklusive rettigheder, der er genstand for undersøgelse.

En fjerde iagttagelse er, at alle sager på nær sagen om de portugisiske lufthavne, der er et annulationssøgsmål, er præjudicielle afgørelser.

⁹²⁾ Det skal dog understreges, som formuleret af generaladvokat Léger i Forslag til afgørelse i sagen om Sydhavnens Sten & Grus fremsat den 21. oktober 1999, afsnit 90, at det principielle udgangspunkt er følgende: "...hvis virksomheden handler fuldstændig selvstændigt, uden at staten medvirker, er virksomheden eneansvarlig for misbruget af den dominerende stilling, og dens adfærd skal i så fald undersøges på grundlag af artikel 86 [nu art. 82EF]. Hvis staten derimod medvirker, skal virksomhedernes adfærd undersøges på grundlag af artikel 90 og 86."

En sidste iagttagelse er, at statuering af dominerende stilling altid foretages uden økonomisk analyse. Dog lægger EF-Domstolen i sine anvisninger i en enkelt sag, hvor vurderingen overlades den forelæggende domstol, vægt på, at denne skal forestå en grundig økonomisk analyse. Det overordnede indtryk er imidlertid, at EF-Domstolen således synes at sætte lighedstegn mellem en eksklusiv rettighed og dominerende stilling.

6. Konklusion

Under henvisning til Goethe-citatet, opstillet i afsnit 1 må EF-Domstolens praksis anses for at tilfredsstille en norm om "justice", men ikke til fulde om "certainty". Afgørelserne i de analyserede sager synes i udpræget grad at være af *ad hoc*-mæssig karakter. Samtidig synes EF-Domstolen ikke i de analyserede domme afsagt i de forgangne tre år at være kommet nærmere en opstilling af klare principper for retsstillingen for privilegerede virksomheder. Eller med Holbergs ord i *Lovtale over Dommeren Rufus*:⁹³⁾

*"En stor Forsigtighed udgjør vor Rufs hæder;
Thi han sin egen Dom fast aldrig følge tør.
For ej at snuble selv, i Andres spor han træder,
For ej at handle dumt, slet ingen Ting han gior."*

⁹³⁾ Jf. Epigrammer nr. V, 9, Citeret fra Neiiendam, K. & Tamm, D., *Holberg og juristerne* (København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1984) 114.

Tag dit glas, min ven

Af

Kjeld Hemmingsen

I dansk skatteret sondres mellem to nærtbeslægtede typer af omsætningsfremmende udgifter – reklame- og repræsentationsudgifter – hvoraf kun den første ydes fuld retfærdighed gennem fradragsret for hele den afholdte udgift.

For repræsentationsudgifternes vedkommende begrænses fradragsretten til 25 pct. af udgiftsbeløbet.

Det er ligningslovens § 8, stk. 1, der som en selvfølge giver fuld fradragsret for afholdte reklameudgifter, mens samme bestemmelses stk. 4¹ måske mindre indlysende begrænser fradragsretten for udgifter til repræsentative formål, selvom også sidstnævnte udgifter bidrager til den løbende indkomsterhvervelse.

Den følgende fremstilling har ikke til hensigt at foretage en analyse eller beskrivelse af retstilstanden på de to områder. Dette er gjort på udmærket vis i de foreliggende lærebøger og i en række artikler samt i forskellige cirkulærettekster, som vil blive omtalt nedenfor.

I lyset af et par nyere retsafgørelser synes der derimod at være grund til at kommentere valget af kriterier for grænsedragningen mellem reklame- og repræsentationsudgifter.

¹⁾ Tilsvarende for lønmodtagere ligningslovens § 9, stk. 3. Den særlige regel i ligningslovens § 8, stk. 4. 2. pkt., om fuldt udgiftsfradrag ved repræsentation over for udenlandske forretningsforbindelser vil ikke blive berørt i det følgende

De salgsfremmende aktiviteter

Det er i nogen grad en akademisk diskussion, om begrebet repræsentation skal inkorporeres som en særlig lovreguleret undergruppe i reklamebegrebet, eller om de to aktionsformer blot bør betragtes som nærtbeslægtede. Under begge synsvinkler er der tale om foranstaltninger, der skal skaffe omsætning i virksomheden gennem kundepåvirkning, og udgifter forbundet med sådanne aktiviteter er utvivlsomt af driftsomkostningskarakter, jf. statsskattelovens § 6, litra a.

Reklameudgifter afholdes for at skaffe omsætning gennem udbredelse af kendskab til eller anbefaling af en vare eller virksomhed, hvorved virksomhedens almindelige omdømme søges opretholdt eller dens interesser fremmet gennem positiv omtale.

Repræsentationsudgifter afholdes med samme sigte, men typisk mere målrettet over for enkelte kunder eller en snævrere personkreds. Repræsentationsudgifter afholdes således typisk for at få afsluttet konkrete forretninger eller for at tilknytte eller bevare en nærmere angiven forretningsforbindelse. Repræsentation får herved karakter af opmærksomhed eller kommerciel gæstfrihed over for forretningsforbindelserne.²

Det er ikke vanskeligt at forestille sig, at den typisk tættere forbindelse mellem parterne i disse tilfælde kan udvikle sig til mere personlige relationer, og at den heraf flydende risiko for sammenblanding af private og forretningsmæssige motiver har været den umiddelbare anledning til den skærpede holdning over for repræsentationsudgifterne.

Det er også forståeligt, at den skatteretlige term repræsentation på den skitserede baggrund får samme undertone af selskabelighed som anden anvendelse af udtrykket.³

Repræsentationsudgifter vil ofte være udgifter til måltider, restaurationsbesøg, opmærksomheder over for forretningsforbindelser og deres familier, jubilæer og forretningsindvielser. Der er dog intet, der forhindrer, at sådanne udgifter efter en helhedsbedømmelse kan få karakter af reklameudgifter, når de afholdes over for en

²⁾ På linie hermed Ligningsvejledningen 2000 afsnittene E.B 3.6 og 3.7 og cirkulære nr. 72 af 17/4 1996 (ligningslovcirkulæret) punkterne 14.2 og 14.3

³⁾ "Deltagelse i selskabelighed på den institutions eller virksomheds vegne, man arbejder i" (Nudansk ordbog, Politikens forlag)

mere ubestemt kreds af kunder eller potentielle kunder eller med åben adgang for offentligheden til deltagelse i afholdte arrangementer.

Med disse bemærkninger er det understreget, at det først og fremmest er bevismæssige vanskeligheder, der begrunder sondringen mellem de to udgiftstyper, men at det på det foreliggende lovgrundlag er nødvendigt at udskille repræsentationsudgifterne til særlig behandling også i tilfælde, hvor der ikke eksisterer nogen bevisusikkerhed.

Afgrænsningskriterier

Vestre landsret fik i den forgangne sommer lejlighed til i to tilfælde at foretage en grænsedragning mellem reklame- og repræsentationsudgifterne.

I den første sag⁴ var der tale om en ekspanderende trykkerivirksomhed i Skive, som var flyttet til nye lokaler og i den anledning havde afholdt en reception. Receptionen blev annonceret i Skive Folkeblad med følgende ordlyd:

”Reception/Åbent hus

Efter at pladsen gennem 10 år er blevet for trang på Østerbro er vi nu flyttet til nye og tidssvarende lokaler på Marius Jensens Vej 6. I den anledning afholder vi reception/åbent hus fredag den 21/11 1997 kl. 13-17 hvor det vil glæde os at se kunder, leverandører og forretningsforbindelser til en hyggelig eftermiddag med lidt godt til ganen.

Med venlig hilsen og på gensyn
Pan Tryk A/S”

Desuden blev der sendt personlige invitationer til de personer, der fremgik af trykkeriets kartotek over nuværende og tidligere kunder og leverandører.

Ved receptionen, hvori der skønsmæssigt deltog 175 personer, blev der serveret et tag-selvbord med pålæg, pølser, salat, ost og kiks, som ejeren selv havde indkøbt hos en lokal handlende, samt fadøl, vand og vin ad libitum. Kuvertprisen for mad og drikkevarer kunne efterfølgende gøres op til henholdsvis 37,28 kr. og 32,48 kr. pr. person.

Mad og papservice var opstillet på et bord på lageret, således at gæsterne kunne stå og spise her, og i receptionen kunne gæsterne tilsvarende stå ved opsatte caféborde. Af hensyn til usikkerheden om gæsternes antal var der desuden lejet et telt med

⁴ TfS 2001, 652 V

borde og blomster, men uden at bordene var dækket. I teltet var der mulighed for at sidde ned.

Ikke mindst dette sidste skulle ved Landsskatterettens behandling af sagen vise sig at være fatalt.

I Landsskatteretten var der enighed om, at arrangementet havde haft den fornødne direkte og umiddelbare tilknytning til indkomsterhvervelsen, og at der havde været adgang for en ubekendt kreds af kunder eller potentielle kunder. Der var også enighed om, at kuvertprisen måtte karakteriseres som lav.

Disse omstændigheder samt hele arrangementets tilrettelæggelse var nok for det ene retsmedlem, som dermed ville anse udgifterne for fuldt fradragsberettigede reklameudgifter.

To af rettens medlemmer, herunder retsformanden, fandt det imidlertid afgørende, at traktementet trods den lave kuvertpris havde haft en sådan størrelse og karakter, at det måtte betragtes som en egentlig bespisning. Maden var indtaget ved frokosttid, og man havde haft mulighed for at sidde ned.

Det skal hertil bemærkes, at kriteriet "egentlig bespisning" ikke er grebet ud af den blå luft, idet det af forarbejderne til ligningslovens § 8 fremgår, at sondringen mellem reklame- og repræsentationsudgifter i relation til receptioner blandt andet må bygge på en sondring mellem mindre serveringer og egentlig bespisning.

Uanset hvad man i øvrigt måtte mene om lovgivning i motiverne, synes denne meget bastante understregning af måltidsproblematikken uheldig.

Efter forfatterens opfattelse ligger 175 menneskers indtagelse af privat indkøbte pølser og fadøl – indtaget stående eller siddende – milevidt fra de situationer, der oprulledes i dagspressen og var politisk medbestemmende for indførelsen af den begrænsede fradragsret for repræsentationsudgifter i 1985.

Det, der dengang vakte politisk furore, var ikke mindst en række beretninger om A, der inviterede sin forretningsforbindelse (og gode ven) B på frokost sammen med deres fælles leverandør (og gode bekendte) C, hvorefter B og C i vilkårlig rækkefølge fremtrådte som værter ved tilsvarende frokoster på byens bedste restauranter. Trods alle dokumentations- og specifikationskrav var det almindelig antaget, at der formentlig fandt et vist misbrug sted i sådanne og lignende tilfælde.

Den senere udvikling med Landsskatterettens afgørelse i den refererede sag som eksempel illustrerer imidlertid med al tydelighed faren ved at lade nok så velmente

og behjertede forsøg på en objektivisering af bevisbedømmelsen tage overhånd i skønsspørgsmål.

Det skulle på denne baggrund være interessant at erfare, hvilke betragtninger landsretten ville lægge til grund for sagens afgørelse.

Landsretten berørte ikke bespisningsspørgsmålet. Allerede med henvisning til at arrangementet ikke kunne siges at give åben adgang for offentligheden eller en større og ubestemt kreds af personer, fandt landsretten, at de afholdte udgifter skulle betragtes som repræsentationsudgifter med begrænset fradragsret efter ligningslovens § 8, stk. 4. Landsretten henviste herved til ordlyden af annoncen i Skive Folkeblad, som henvendte sig til kunder, leverandører og forretningsforbindelser, og bemærkede, at der ikke forelå oplysninger om, at der rent faktisk ved receptionen deltog personer, der ikke var særskilt indbudt.

Dette sidste spørgsmål om sammensætningen af deltagerkredsen ved receptionen ses ikke nærmere undersøgt i sagen, men landsretten må have lagt til grund, at eksempelvis en kreds af handlende fra byen, der kunne overveje at vælge trykkeriet som forretningsforbindelse, ville være blevet betragtet som et fremmedelement og måske afvist ved døren.

Om dette kan udledes af den foretagne annoncering i Folkebladet kan nok diskuteres.

I den anden sag,⁵ der blev afgjort af landsretten tre dage senere, var der ikke tvivl om arrangementets åbne karakter, hvorfor landsretten måtte forholde sig til traktementet.

Det drejede sig i dette tilfælde om en ejendomsmæglervirksomhed i Horsens, som havde afholdt en reception i anledning af sit 20 års jubilæum og en udvidelse af nogle forretningslokaler.

Receptionen blev annonceret i Radio Horsens, hvoraf det fremgik, at alle var velkomne, og ved en annonce i Horsens Folkeblad med følgende ordlyd:

"Reception Åbent hus

I anledning af vort 20 års-jubilæum og udvidelsen af vor Sundvej afdeling vil det glæde os at se kunder og forretningsforbindelser i de nye omgivelser fredag den 1/11 kl. 13-17 hvor vi byder på lidt godt til hals og gane.

På gensyn Kirkegaards Ejendomskontor, Sundvej 9Danbolig....."

⁵⁾ TfS 2001, 666 V

Der blev desuden udsendt indbydelse til 30-40 kunder og forretningsforbindelser, borgmesteren, pengeinstitutter, advokater og bygmestre, og på receptionsdagen blev der opstillet et skilt foran forretningen med påskrift om, at der var åbent hus.

Til receptionen var der budgetteret med 275 kuverter, og indehaveren anslog, at der havde været omkring 250 personer til stede. Det var ikke muligt efterfølgende at udarbejde en deltagerliste.

Traktementet bestod af diverse tærter, skinke, kold kartoffelsalat, frikadeller, fisk, ost og brød leveret fra en kro, og kuvertprisen var 59,90 kr. med tillæg af udgifter til øl og vand.

Der var lejet borde, men ikke dækket op ved disse. Bordene var stillet op på første sal i kontorlokalerne og på den til lejligheden overdækkede terrasse. Der var ikke lejet stole, men forretningens 7 kontorstole, 10 konference stole og 4 kundestole blev taget i brug af nogle af gæsterne.

I Landsskatteretten var der enighed om, at arrangementet havde den fornødne tilknytning til indkomsterhvervelsen, og et af rettens medlemmer fandt, at udgifterne herefter kunne betragtes som fuldt fradragsberettigede reklameudgifter, idet traktementet prismæssigt måtte sidestilles med pindemadder og ikke skulle betragtes som et måltid med flere retter.

To retsmedlemmer, herunder retsformanden, fandt imidlertid, at der havde været tale om en egentlig bespisning, idet man lagde vægt på, at serveringen fandt sted ved frokosttid, at traktementet blev indtaget siddende, samt at dets omfang og karakter tilsagde, at der havde været tale om en egentlig bespisning.

Også i dette tilfælde vil man bemærke den lidt pudsige understregning af, at traktementet blev indtaget siddende, idet siddefaciliteterne efter det oplyste var om muligt endnu mere interimistiske end i den foregående sag. Man vil også bemærke fremhævelsen af det fremdeles suspekte forhold, at serveringen fandt sted ved frokosttid, selvom dette serveringstidspunkt vel strengt taget også kunne være valgt, hvis der havde været tale om pindemadder.

Landsretten tilsluttede sig Landsskatterettens flertal, idet retten ikke fandt, at receptionsudgifterne opfyldte de krav, der måtte stilles for undtagelsesvis at anse receptionsudgifter som reklameudgifter. Retten fremhævede, at serveringen fandt sted fra kl. 13, at den bestod af en buffet med grønsagstærter, skinke, kold kartoffelsalat, frikadeller, røget ørred, ost og brød, og at det var muligt at sidde ned og spise.

Sammenholdes de to afgørelser, må indtrykket blive, at landsretten går ganske langt i sin accept af de tommelfingerregler, der er opstillet på området.

Muligheden for misbrug af fradragsreglerne ved bespisning i mere eller mindre privat regi, som historisk ligger bag fradragsbegrænsningsreglen, skal naturligvis ikke undervurderes, men i sager med masseopbud af receptionsgæster som i de refererede tilfælde, og med de meget beskedne receptionsudgifter, der her var tale om, synes misbrugsmuligheden nærmest at være af teoretisk karakter.

Kravet om helt åbne arrangementer eller meget brede deltagerkredse som en forudsætning for fuld fradragsret fastholdes tilsyneladende lige så strengt som kravet om en ydmyg servering uden for spisetid og uden mulighed for at sidde ned.

De spor, der har skræmt, er nok, at mange skatterådgivere tilsyneladende er af den opfattelse, at en formel "Åbent hus" annoncering er tilstrækkeligt til at sikre udgifterne reklamestatus. Det er derfor på sin plads, at domstolene understreger, at der skal være realiteter bag de åbne indbydelser, hvilket i praksis vil sige, at det ikke må virke påfaldende, hvis andre end de direkte indbudte indfinder sig til festlighederne. Men også denne misbrugsmulighed kan overvurderes, som det måske var tilfældet i Skive-sagen.

Et forfængeligt håb kunne være, at domstolene ville anlægge en helhedsbetragtning på disse forhold som i så mange andre situationer, hvor driftsomkostningspåstande efterprøves.

Hverken sagsområdets vigtighed eller dets kompleksitet synes at kunne retfærdiggøre, at de ulovbestemte støttekriterier ophøjes til elementer i selve begrebsindholdet.

Anden kundepleje

Hovedvægten har ovenfor været lagt på receptioner og andre selskabelige sammenkomster, som kan indbyde til opstilling af ensartede støttekriterier til brug for skønsudøvelsen.

Ønsket om reklamering for virksomheden eller pleje af kundeforbindelser kan dog have mange andre skikkelser.

Lidt godt til ganen og halsen forudsætter ikke nødvendigvis et formaliseret selskabeligt samvær, men kan f.eks. bestå i en opmærksomhed i form af nogle flasker vin ved juletid eller ved anden lejlighed.

Er der tale om ydelser, der er fremstillet eller indkøbt i et større antal eksemplarer og ikke er særligt kostbare, betragtes gaverne – gerne påført firmanavn eller logo for at understrege reklamemomentet – som udgangspunkt som en særlig type opmærksomheder, der ifølge forarbejderne til ligningslovens § 8 og senere administrative forskrifter accepteres som reklameudgifter uden nærmere efterprøvelse. Der tænkes især på askebægre, papirknive, kalendere etc., som uden reelle kontrolmuligheder udleveres på messer og udstillinger eller udsendes til en uoverskuelig kreds af aktuelle og potentielle kunder, leverandører, rådgivere og andre med en mere eller mindre perifer tilknytning til virksomheden.

Den praktiske lettelse ved at acceptere fuld fradragsret for opmærksomheder af den nævnte art er åbenbar. Men også her lurder en slange i paradiset.

For det første opererede lovforarbejderne i 1985 med en beløbsgrænse på 100 kr. ekskl. moms for de favoriserede gaveydelser. Denne beløbsgrænse er ikke siden hævet, selvom det må antages, at lovens fædre ikke har forestillet sig en så ærbødig holdning over for beløbsstørrelsen.

For det andet viser praksis, at selv den, der omhyggeligt følger de administrative forskrifter, i nogle tilfælde må se skattemyndighederne anfægte den fulde fradragsret. Som forventeligt sker dette især, når det er føde- eller drikkevarer, der er gaveobjektet.

En ejendomsmægler lod i 1987 et vinfirma aftappe 600 flasker bordvin, som blev forsynet med skatteyderens firmanavn og logo.⁶ Hver flaske havde en indkøbspris på 31,60 kr. ekskl. moms.

50 flasker vin blev foræret som præmier ved offentlige bankospil og andre 50 flasker udskænket eller foræret væk ved en byggeudstilling. Af de resterende 500 flasker blev 210 uddelt til kunder, efter at handel var formidlet, andre 290 flasker blev uddelt til potentielle købere og sælgere af ejendomme i tilfælde, hvor handel endnu ikke var formidlet.

Skatteyderen henviste til, at samtlige betingelser for indrømmelse af fuld fradragsret i skattedepartementets daværende cirkulære var opfyldt. Gaverne var påført firmanavn og logo, de var fremstillet i et større antal eksemplarer, og indkøbsprisen var væsentligt under 100 kr. ekskl. moms. I tilfælde, hvor han havde indkøbt anden vin til receptioner og fødselsdage, havde han bogført udgifterne som kun delvis fradragsberettigede repræsentationsudgifter.

⁶⁾ TfS 1994, 253 V

Landsskatteretten fandt imidlertid, at kun de flasker, der var givet til bankospil og anvendt ved byggeudstillingen, havde karakter af reklamegaver. Vinflaskerne, der var givet til kunderne i ejendomsmæglervirksomheden, måtte – uanset prisen – anses for repræsentationsudgifter, idet de var givet til forretningsforbindelser og ikke til en ubestemt kreds af kunder. Disse gaver var derfor efter deres karakter ikke omfattet af de mindre gaver med påtrykt firmanavn, som efter cirkulæret kan anerkendes som reklamegaver.

Landsretten lagde ligesom Landsskatteretten afgørende vægt på, at vinflaskerne var givet til kunder og potentielle kunder, der henvendte sig i hans forretning, og henviste herved til bemærkningerne til forslaget til ligningslovens § 8. Påsætningen af etiket med skatteyderens logo kunne ikke føre til, at flaskerne dermed kunne anses som fremstillet udelukkende eller overvejende i reklameøjemed, og de kunne derfor ikke ligestilles med de genstande, der var nævnt i bemærkningerne.

Til landsrettens afgørelse skal bemærkes, at retten – når der lægges så stor vægt på bemærkningerne til lovforslaget – måske burde have været opmærksom på, at meningen med at sætte en beløbsgrænse for artikler fremstillet i større antal og forsynet med virksomhedens navn eller logo var, at man derved ville udelukke alle de afgrænsningsvanskeligheder, der ellers ville opstå i praksis. Med de valgte støttekriterier legitimerede man helt bevidst også gaver til den aktuelle kundekreds som reklamegaver.

Man kan derfor ikke helt frigøre sig fra den tanke, at andet end føde- og drikkevarer kunne være accepteret som reklameartikler under de foreliggende omstændigheder, og at den bagved liggende skepsis over for alt spiseligt og drikkeligt over et vist minimum lever i bedste velgående.

Bespisning af personale og rådgivere

Bag reglerne om fradrag for reklame- og repræsentationsudgifter ligger almindelige driftsomkostningssynspunkter, og på en række tilgrænsende områder bliver det derfor statsskattelovens § 6, litra a, der afgør fradragsspørgsmålet, når ligningslovens § 8 ikke kommer i anvendelse.

Dette gælder blandt andet repræsentationsudgifter, der afholdes over for virksomhedens personale og rådgivere.

Personaleudgifter er udgifter, der afholdes direkte til fordel for de ansatte i en virksomhed, og som knytter sig til velfærdsforanstaltninger, eller som tager sigte på at forbedre arbejdsmiljøet eller arbejdsklimaet.⁷

Under denne beskrivelse falder blandt andet udgifter til personalefester og kantinedrift, hvorfor sådanne udgifter er fuldt fradragsberettigede efter statsskatteoven. Dette gælder uden hensyn til beløbsstørrelser og uden hensyn til, under hvilke ydre omstændigheder bespisning eller anden fortæring finder sted.

I nogle tilfælde kan det være diskutabelt, om f.eks. forhandlere og agenter skal betragtes som medarbejdere eller som forretningsforbindelser.

I bilbranchen er problemet løst salomonisk, idet bilforhandlere normalt betragtes som forretningsforbindelser i forhold til importøren med tilsvarende begrænset fradragsret for afholdte repræsentationsudgifter. Er der imidlertid tale om udgifter til nødvendige demonstrationer og instruktion af hovedforhandlerne i forbindelse med lanceringen af en ny bilmodel, betragtes forhandlerne i denne forbindelse som importørens medarbejdere.⁸

Virksomhedens rådgivere advokater, revisorer og konsulenter, der ikke er ansat i virksomheden, betragtes som forretningsforbindelser med begrænset udgiftsfradrag til følge, mens aktionærer og bestyrelsesmedlemmer sidestilles med medarbejdere.

Afgrænsningsproblemerne illustreres i en sag om en fabrikationsvirksomheds fradrag for udgifter til møder med virksomhedens forhandlere og disses ansatte.⁹

Det pågældende selskab drev virksomhed med produktion af og engroshandel med helseprodukter og afholdt blandt andet udgifter til møder, hvortil Matas-forretninger, apoteker og helsekostforretninger var indbudt. Der var på møderne foredrag om virksomheden og dens muligheder som samhandelspartner, rundvisning og produktinformation og forslag til sammensætning af varesortiment. Under møderne serveredes en frokostbuffet til 160 kr. pr. kuvert. Selskabet afholdt desuden udgifter til morgen- og eftermiddagskaffe og til frugt samt deltagernes udgifter til fly- og bustransport.

Efter skattemynders opfattelse omfattedes arrangementerne af den ovenfor omtalte sidestilling af forhandlere m.v. med medarbejdere, idet der var tale om en nødvendig

⁷⁾ Ligningsvejledningen 2000 afsnit E.B.3.7.1

⁸⁾ Ligningslovcirkulæret punkt 14.3.3

⁹⁾ TfS 1999, 126 V

instruktion om virksomhedens produkter, og idet arrangementerne ikke havde karakter af selskabelighed.

I Landsskatteretten fandt et retsmedlem, at den almindelige bestemmelse om driftsomkostninger i statsskattelovens § 6, litra a, eller ligningslovens § 8, stk. 1, om reklameudgifter hjemlede fuld fradragsret for de afholdte udgifter.

To medlemmer, herunder retsformanden, fandt derimod, at udgifterne måtte henføres under ligningslovens § 8, stk. 4, som repræsentationsudgifter, idet det ikke fandtes så nødvendigt for de pågældende forhandlere at deltage i møderne for at varetage deres salgsopgaver, at de kunne sidestilles med virksomhedens medarbejdere. Udgifterne var desuden afholdt for en særlig indbudt kreds af personer, og der var på møderne sket egentlig bespisning i form af en buffet til 160 kr. pr. kuvert.

Landsretten fastslog, at der ikke var tale om reklameudgifter, idet møderne ikke kunne anses for afholdt over for en ubestemt kreds af kunder eller potentielle kunder, og der desuden var sket bespisning af deltagerne, som også havde fået deres rejseudgifter betalt.

Det afvistes dernæst, at statsskattelovens § 6, litra a, kunne komme i anvendelse, idet det ikke var godtgjort, at møderne havde haft karakter af kurser eller en undervisning, der var påkrævet, for at forhandlerne kunne varetage deres salgsopgaver vedrørende selskabets produkter.

Udgifterne fandtes herefter omfattet af ligningslovens § 8, stk. 4, om begrænset fradrag for repræsentationsudgifter.

Med andre ord en konfirmering af kravene om brede og ubestemte adressatkredse og enkle traktementer som forudsætning for reklamefradrag også når det gælder løsere tilknyttede samarbejdspartnere, som ikke umiddelbart kan sidestilles med medarbejdere. Den alternative diskussion om fuldt fradrag efter almindelige driftsomkostningssynspunkter forudsætter en umiddelbar sammenhæng mellem kursusaktiviteter og konkrete salgsbestræbelser.

Opfyldes ingen af disse krav, kan kun repræsentationsfradrag komme på tale.

Alt, lidt eller intet

I det foregående har der været sandsynliggjort en sådan sammenhæng mellem de afholdte udgifter og den pågældende virksomheds drift, at der ikke i noget tilfælde

har været tale om helt at nægte fradragsret. Spørgsmålet har kun været, om fradragsretten skulle være begrænset eller ubegrænset.

I tilfælde, hvor udgifterne repræsenterer et privatforbrug, vil fradragsretten derimod blive nægtet helt.

Det vil i nærværende forbindelse føre for vidt at komme ind på den righoldige praksis, der foreligger om afgrænsningen af privatforbrugsområdet,¹⁰ men et eksempel kan vise, at reklamespøgelset også i denne sammenhæng kan have mange skikkelser.

Ved første øjekast kan således en udadventt sponsorering af idrætssklubber eller kulturelle arrangementer ligne andre reklameaktiviteter, og der er da også mangan idrætsmand, der med dekoreret bluse, bukser, pandebånd eller sokker optræder som levende reklamesøjle og derved synes at bekræfte de afholdte udgifters berettigelse under reklameetiketten.

Hvis reklameværdien efter en nøjere granskning imidlertid må formodes at være lille eller dog mindre end de afholdte udgifter, kommer sponsor i bevismæssige vanskeligheder.

Sponsorerer en slagtermester i Ribe en danseturnering i byen på betingelse af opsætning af reklameskilte for slagtervarer i salen, kan han formentlig påregne fradragsret for de afholdte udgifter. Sker sponsoreringen derimod ved et landsdækkende stævne i København, må hans veneration for sportsdansen – med eller uden reklamer, som næppe kan påvirke hans omsætning i Ribe væsentligt – antages at have været udslagsgivende.

Der er grund til at understrege, at det ikke er den manglende reklamemæssige effekt, der i et sådant tilfælde afskærer fradragsretten, idet det i princippet er ligegyldigt, om en driftsmæssigt begrundet disposition viser sig lønsom eller ej.

Den manglende effekt kan derimod være et bevisdatum i spørgsmålet, om dispositionen overhovedet er af driftsmæssig karakter, eller om den er udtryk for privatforbrug.

Valget af støttekriterier kan altid diskuteres, således også i dette tilfælde.

Formålet med overhovedet at opstille støttekriterier er imidlertid i alle tilfælde at afdække skatteyderens motiver og intet andet. Har motivet været at tilgodese private

¹⁰⁾ Fra grænseområderne kan nævnes udgifter til jagtleje og i et nyere tilfælde udgifter til køb af spillemærker i et kasino i forbindelse med leverandør- og kundebesøg (TIS 2001, 382 O)

interesser, skal fradragsret nægtes. Har motivet været af forretningsmæssig karakter, skal fradragsret indrømmes.

Tilbage står den for så vidt uinteressante – men praktisk vigtige – sontring mellem helt og delvis fradragsberettigede udgifter, som lovgivningen nødvendiggør.

I en sådan teknisk betonet proces er det let at give de valgte kriterier en teknisk karakter under devisen: Det er bedre at få eller give et beskåret udgiftsfradrag end slet intet fradrag.

For retsopfattelsen synes det dog mere væsentligt at opnå materielt rigtige resultater, og selv om processen er besværlig, bør det tilstræbes at undgå afgrænsningskriterier, der først og fremmest appellerer til omverdenens humoristiske sans.

”Vertikal eller horisontal retsdannelse”

En komparativ analyse af retten i USA og EU med særlig henblik på realdelsesbegrebets indplacering i den internationale privatret i forbindelse med elektronisk handel.

Af

Kim Østergaard

1. Indledning.

Kommissionen har i en meddelelse¹ anmodet om bidrag til en udvikling af den europæiske aftaleret. I nærværende artikel drøftes indledningsvis de metodiske overvejelser, der i den sammenhæng bør overvejes, særligt når der henses til, at realdelsesbegrebet i dag har en mangfoldighed og kompleksitet, der ikke er set tidligere. I retsdannelsen er det ligeledes til stadighed nødvendigt at inddrage forbrugerhensynet, som ikke har været en del af den oprindelige kodifikation af køberetten i medlemsstaterne, ligesom betydning af elektronisk handel må inddrages konsekvent.

Der gives efterfølgende en kortfattet introduktion til amerikansk aftaleret med særlig henblik på de retskilder, som omfatter de forskellige typer af realdelser. Det overordnede formål med den komparative analyse er således at undersøge, hvorvidt retsudviklingen i USA kan anvendes som en del af beslutningsgrundlaget for

¹⁾ Jf. KOM (2001) 398.
Det fundamentale spørgsmål, der rejses i meddelelsen er, hvorvidt en veludviklet fællesskabsretlig ramme for aftaleretten kan medvirke til, at der ikke indtræder negative markedseksTERNALiteter.

moderniseringen af den europæiske aftaleret.² Under henholdsvis 2 og 3 følger fastlæggelsen af de centrale realydelser i den internationale privatret i forbindelse med indirekte og direkte elektronisk handel i USA og EU i forbindelse med aftaler mellem erhvervsdrivende.³ Formålet med denne eksemplificering er at bidrage til grundlaget for om den ene eller anden retsdannelsesmodel, der gennemgås nedenfor, vil være at foretrække i udviklingen af den europæiske aftaleret.⁴ Den komparative analyse vil ligeledes kunne indgå i forbindelse med den forestående revidering af Romkonventionen. Afslutningsvis gives der under 4 en vurdering af, hvorledes den komparative analyse videre kan anvendes for retsudviklingen af aftaleretten i EU.

1.1. Realydelsesbegrebets udvikling.

Realydelsesbegrebet defineres negativt i denne sammenhæng ved at bestå i noget andet end penge.⁵ De realydelser, der ved begyndelsen af det sidste århundrede var omdrejningspunktet for markedstransaktioner, var i hovedsagen begrænset til landbrugsprodukter, varer i varierende forarbejdningsgrad og fast ejendom. Hovedparten af disse aftaler havde udelukkende tilknytning til ét retsområde. Ved indgangen til dette århundrede er de realydelser, der indgås nationale som internationale aftaler om, som følge af den teknologiske og økonomiske udvikling, blevet mere heterogene og ofte mere komplekse. Den elektroniske handel indebærer en yderligere forøgelse af heterogeniteten og kompleksiteten.

Den i indledning omtalte meddelelse fra Kommissionen omfatter købekontrakter, og alle former for kontrakter om tjenesteydelser, herunder finansielle tjenesteydelser, hvor der dog i nærværende artikel ses bort fra sidstnævnte.⁶ Den hidtil anvendte sondring mellem løsørekøb og tjenesteydelser, hvor tjenesteydelser typisk har omfattet de realydelser, der ikke kunne anses som omfattet af løsørebegrebet og fast

2) Artiklen forfølger således et af de primære formål med komparativ ret. At fremme forskningen heri med henblik på at skabe et bedre beslutningsgrundlag for en harmonisering. Se ligeledes KOM (2001) 398, side 15.

3) Forbrugerhensynet inddrages dog ikke direkte i den sammenhæng i forhold til realydelsesbegrebet og den internationale privatret.

4) Undersøgelsen er således ganske partiel og er ingenlunde et fuldstændigt grundlag for en modernisering af den europæiske aftaleret.

5) Se bl.a. Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky, Lærebog i Obligationsret, 1. udg., 2000, side 37.

6) Jf. KOM (2001) 398, side 6.

ejendom bør overvejes.⁷ Tjenesteydelsesbegrebet omfatter i dag på rettens nuværende udviklingstrin et meget stort antal forskelligartet realydelse, som f.eks. rådgivning, undervisning, transport og licensaftaler. En forbrugers køb af en DVD i en fysisk butik vil henhøre under et løsrækøb, men hvis erhvervelsen foregår i forbindelse med direkte elektronisk handel, hvor forbrugeren eller en virtuel mellemmand downloader en DVD til henholdsvis personligt brug eller videre distribution, vil en sådan erhvervelse omfattes af tjenesteydelsesbegrebet, og hvor en sådan aftale må karakteriseres som en licensaftale.⁸ Distributionsformen kan således blive afgørende for den retlige rubricering af realydelsen, men i internationale aftaler vil det ligeledes kunne ændre på, hvilke nationale materielle regler (retsgrundlaget), der skal finde anvendelse.⁹ Om realydelsen skal kategoriseres som en løsrøgenstand eller en tjenesteydelse har ligeledes betydning for hvilke internationale privatretlige regler, der vil finde anvendelse.¹⁰ Efter E-handelsdirektivet¹¹ kompliceres retstilstanden yderligere med indførelsen af begrebet informationssamfundstjenester¹², der indenfor direktivets anvendelsesområde kan betragtes som et overbegreb til varer, tjenesteydelser m.v.¹³

⁷⁾ I EU-Retten er den retlige afgrænsning i det indre marked i vid udstrækning "parallel" i den forstand, at såfremt den fri bevægelighed ikke kan henføres til varer, jf. art 28 EF, personer, jf. art. 39 EF og art 43 EF og kapital, jf. art 56 EF, henføres en given sag som omfattet af tjenesteydelsesbegrebet, jf. art 49 EF, hvor bestemmelsen om tjenesteydelser er subsidiær i forhold til bestemmelserne om den fri bevægelighed for varer, personer og kapital. For en nærmere gennemgang heraf, se Ruth Nielsen, EU-Ret, 2. udg., 1999, side 326 ff.

⁸⁾ I forbindelse med den digitale erhvervelse af musik, bøger og film fremfører Jon Bing i artiklen "Lovely Rita Meter Maid..." The trade in intellectual property within af digital enviroment, Legal Aspects of Electronic Commerce, 1. udg. 2001, side 113: "In discussing these examples, one should be careful not to lift metaphors from the trade in goods. The user does not purchase "copies" rather the user purchases a limited license to a copyrighted work: We have a trade in rights rather than copies."

⁹⁾ Vel at mærke under forudsætning af, at der eksisterer lovgivning eller andre retskilder, hvis anvendelsesområde dækker det pågældende retsområde.

¹⁰⁾ I forhold til medlemsstaterne i EU har det betydning i alle medlemsstater med hensyn til hvilke internationale privatretlige regler, der skal lægges til grund med undtagelse af England, Irland og Portugal.

¹¹⁾ Jf. 2000/31/EF.

¹²⁾ Se særligt Ruth Nielsen, Julebog 1999, 1. udg., 1999, side 256 ff. om denne problemstilling.

¹³⁾ I Kommissionens Status Report on European Telecommunications Policy fra marts 1999 nævnes eksempler på informationssamfundstjenester: "It would cover all information society services, both business to business and business to consumer services, including services provided free of charge to the recipient e.g. funded by advertising or sponsorship revenue and services allowing for on-line electronic transactions such as interactive teleshopping of goods and services and on-line shopping malls. Examples of sectors and activities covered include on-line newspapers, on-line databases, on-line financial services, on-line professional services (such as lawyers, doctors, accountants, estate agents) on-line entertainment services such as

Hvad angår privatretten findes der, så vidt vides, i dag i de enkelte medlemsstater nationale lovgivninger om køb¹⁴, og når der ses bort England, Irland og Portugal, har alle de øvrige medlemsstater ratificeret den internationale købelovgivning CISG. Disse købelovgivninger finder selvsagt anvendelse på køb af løsøre, som historisk har været den mest fremherskende kontrakttype, men det må særligt overvejes i lyset af den udvikling som realdelsesbegrebet undergår, hvorvidt det er hensigtsmæssigt, at de respektive lovgivninger i de enkelte medlemsstater kan anvendes analogt eller vejledende i forbindelse med tjenesteydelser.¹⁵ Fastlæggelsen af det retlige indhold i begrebet tjenesteydelser er således ganske vanskelig og er antagelig forskellig afhængig af om der anlægges en EU-retlig synsvinkel, eller udgangspunktet er national materiel privatret. Anvendelsesområdet for tjenesteydelsesbegrebet er i dag meget bredt, således at eksempelvis rådgivning, charterrejser, undervisning, bilvask, aftaler baseret på en arbejdsindsats og licensaftaler¹⁶ omfattes af begrebet. De realdelser, der således ikke kan henføres til løsørekøbsbegrebet eller fast ejendom, er således i vid udstrækning omfattet af tjenesteydelsesbegrebet. I dansk privatret, har købeloven i relation til den del, der kan henføres til andre realdelser, stadig en betydning.¹⁷

video on demand, on-line direct marketing and advertising and services providing access to the World Wide Web." Se <http://www.ipsj.cce.be/infosoc/telecompolicy/en/testatus.htm>.

- ¹⁴⁾ Den danske købelovgivning kan ses som bestående af en almindelig del af obligationsretten, der er blevet kodificeret, og en speciel del, der angår bestemte situationer i forhold til handels-, civil- og forbrugerkøb.
- ¹⁵⁾ Anvendelsesområdet for tjenesteydelsesbegrebet giver ligeledes anledning til vanskeligheder ved implementeringen i national ret af sekundære retsakter. I bemærkningerne til lovforslaget til Lov om ændring af lov om visse forbruger aftaler, markedsføringsloven og visse andre love (L 213. 2000), 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."
- ¹⁶⁾ Jens Schovsbo, Immaterialretsaftaler – fra kontrakt til status i kontraktretten, 1. udg., 2001, side 64. f. drøfter eksempelvis den retlige usikkerhed, der er forbundet med, hvorvidt den danske købelovgivning kan finde analog anvendelse på immaterialretsaftaler.
- ¹⁷⁾ Mads Bryde Andersen og Joseph Lookofsky, Lærebog i Obligationsret I, 1. udg., 2000, side 23: "Den uskarpe grænse mellem den almindelige og den specielle del illustreres med den position, KBL indtager i dansk obligationsret. Da loven i vid udstrækning har karakter af en kodifikation af obligationsrettens *almindelige* grundsætninger, anvendes KBL ofte *analogt* uden for lovens egentlige anvendelsesområde, eksempelvis ved køb af fast ejendom og ved aftaler om tjenesteydelser. Ligesom obligationsrettens almindelige – i sin tid uskrevne – grundsætninger oprindeligt var hovedretskilden til KBL (af 1906), og dennes kodificerede grundsætninger nu som en af de *primære retskilder* til obligationsrettens almindelige del." Referencer i citatet er ikke medtaget i denne sammenhæng.

Retsgrundlaget herfor har generelt undergået meget små forandringer.¹⁸ Kommissionen anfører i sin meddelelse, at der er foretaget bestræbelser på at harmonisere indenfor aftaleretten, herunder at der i forbrugerretten i tidsrummet fra 1995 til 1999 er vedtaget syv direktiver af betydning for aftaleretten, og at der indenfor andre dele af aftaleretten ligeledes er iagttaget tiltag med henblik på en harmonisering.¹⁹ Hvad angår de syv direktiver om forbrugerforhold er det dog karakteristisk, at de i hovedsagen angår enkeltspørgsmål indenfor kontraktretten og dermed fremtræder relativt fragmenteret.

Det kan således slås fast, at realydelsesbegrebets mangfoldighed og kompleksitet kan give anledning til "terminologiske" og afgrænsningsmæssige problemer, når der henses til den traditionelle sondring i privatretten mellem varer, tjenesteydelser og fast ejendom, at købelovgivningernes anvendelsesområde i hovedsagen er udfærdiget med løsøre for øje, at e-handelsdirektivet indfører et nyt overbegreb i form af informationssamfundstjenester, der vil finde anvendelse på hovedparten af alle typer realydelser, der omsættes på markedet i forbindelse med elektronisk handel, og at retsgrundlaget for realydelser, der kan karakteriseres som tjenesteydelser, kan give anledning til tvivl.

Retten er således på sit nuværende udviklingstrin ikke en afspejling af den virkelighed, hvori den skal indgå, hvilket bevirker, at retsanvendelsen set fra medkontrahenternes synsvinkel alt andet lige bliver mindre forudsigelig.²⁰ Dette har flere negative eksternaliteter. Eksempelvis, at medkontrahenternes transaktionsomkostninger øges, såfremt den relevante baggrundsret ikke er veludviklet, ligesom parterne på grundlag af en lovvalgsaftale vælger, at kontrakten skal være underlagt

¹⁸⁾ Det formentlig vigtigste bidrag i forhold til den internationale omsætning af varer er den internationale købelovgivning, CISG, der p.t. er ratificeret af 59 stater. For en oversigt se www.cisg.law.pace.edu/.

¹⁹⁾ Jf. KOM (2001) 398, side 5 med relevante henvisninger i fodnote 10 og 11.

²⁰⁾ Søren Friis Hansen, *Europæisk Koncernret – Bør koncernretten reformeres?*, 1. udg., 1996, side 48 fremfører "Det logiske udgangspunkt er, at en lov eller anden retsforskrift så vidt muligt bør afspejle de faktiske forhold, der søges reguleret. Ved vurdering af, om en regulering kan betegnes som en succes eller en fiasko, må det undersøges, hvorvidt lovens systematik og indhold svarer til den virkelighed, loven søger at regulere. En regulering, der ikke lever op til dette krav, vil nødvendigvis skabe vanskeligheder ved retsanvendelsen."

de materielle retsregler i et land beliggende udenfor EU²¹ eller i værste fald afstår fra at kontrahere.²²

Overordnet synes der at være fire ”nye” dimensioner, der skal holdes for øje ved den fremtidige retsdannelse, som adskiller sig fra den oprindelige retsdannelse i form af de nationale købelovgivninger i medlemsstaterne. *Realydelsebegrebets* stigende mangfoldighed og kompleksitet. *Forbrugerhensynet*, der ikke blev henset til ved eksempelvis de oprindelige købelovgivningers vedtagelse i de nordiske lande, da udgangspunktet på dette tidspunkt i langt videre udstrækning end i dag, var det uindskrænkede princip om aftalefrihed. Fremkomsten af den *elektroniske handel* og særligt den direkte elektroniske handel²³, der indebærer, at alt hvad der foregår inden for den kommercielle kæde kan ske on-line, har stor betydning for realydelsesbegrebet og forbrugerhensynet. Ligeledes indebærer den elektroniske handel muligheden for, at omfanget af *internationale aftaler* vil stige.²⁴

Realydelser, der tidligere har manifisteret sig som løsøregenstande fremstår nu som immaterielle digitale produkter. Hvorledes skal forbrugerhensynet varetages effektivt fra et juridisk synspunkt, når forbrugeren i stigende omfang får muligheden for at indgå internationale aftaler? Der er selvsagt ikke mulighed inden for rammerne af nærværende artikel at give noget endegyldigt svar herpå, men det er evident, at disse forhold står som centrale retlige områder, der nødvendigvis må holdes for øje i den fremtidige udvikling af den europæiske aftaleret.

Som det vil fremgå nedenfor i den korte redegørelse for amerikanske aftaleret, indeholder de aftaleretlige ”lovgivninger” i USA ligeledes bestemmelser af betydning for den internationale proces- og privatret, hvilket ikke er tilfældet i EU.²⁵ Der er således ”tradition” for i medlemsstaterne at sondre mellem lovgivninger af aftaleretlig karakter (formueret) og lovgivning af international proces- og privatretlig (procesret) karakter. Det er dog værd at holde for øje, at der eksisterer en meget tæt relation, som det ligeledes vil fremgå under 2 og 3, mellem aftaleretten og den

21) Parterne vil antagelig ligeledes i lyset heraf indsætte en værnetingsklausul, hvor retten, der er udpeget til at løse tvisten, er beliggende i ét retssystem, der er veludviklet.

22) Der kan således tænkes, at der indenfor privatretten vil opstå en ”konkurrence” mellem retssystemerne, hvor retsdannelsen yderligere hæmmes i de lande/regioner, der ikke har en veludviklet baggrundsret.

23) Jf. KOM (97) 157, side 3. ”Et europæisk initiativ inden for elektronisk handel.”

24) I nærværende artikel ses der bort fra retlige problemstillinger i forbindelse med aftalers indgåelse.

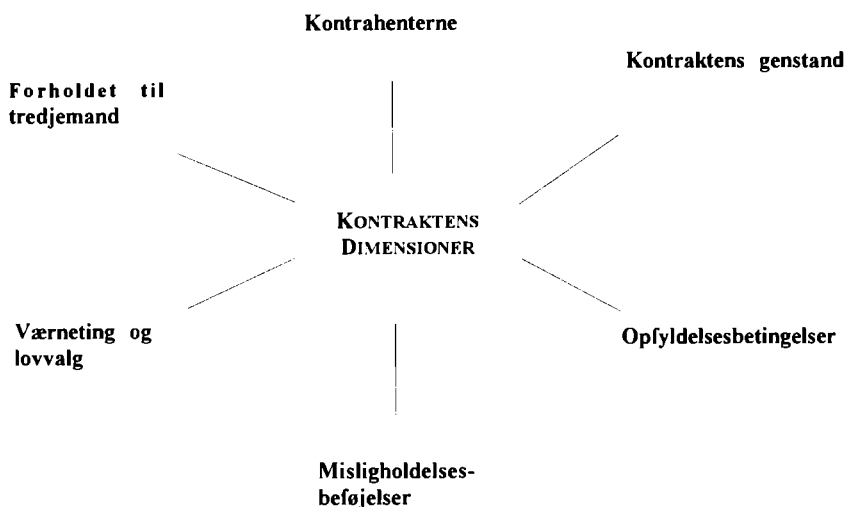
25) CISG, der i overvejende grad har aftaleretlig karakter, indeholder dog i art. 1 en bestemmelse af international privatretlig karakter.

internationale privatret, da det er nødvendigt at udfinde det korrekte *sagled*²⁶ for at anvende de internationale privatretlige regler korrekt. Nærværende undersøgelse omfatter således kontraktstatutet. Sagledet refererer til hvilken type kontrakt eller realydelse, der foreligger i den konkrete situation. Er der eksempelvis tale om et løssørekøb eller en licensaftale, kan det betyde, at der i henhold til de internationale privatretlige regler skal anvendes forskellige bestemmelser til at fastlægge hvilke nationale materielle regler, der skal finde anvendelse på sagen. I dag må det ligeledes anses som nødvendigt at tage hensyn til medkontrahenternes status.

Nedenfor er der i figur 1 opstillet de centrale dimensioner, en kontrakt regulerer. I de tilfælde, hvor medkontrahenterne ikke har vedtaget nogen lovvalgsklausul, kan det være nødvendigt at inddrage kontrahenternes status, og hvor de er hjemmehørende, kontraktens genstand, hvilket sige en fastlæggelse af kontraktens realydelse og opfyldelsesbetingelserne, idet stedet for opfyldelsen af realydelsen indgår som et tilknytningsmoment, hvis den individualiserende metode anvendes. Der er således en tæt sammenhæng mellem kontraktens dimensioner, som er nødvendige at udfinde i forhold til anvendelsen af de internationale privatretlige regler.

²⁶⁾ Ved anvendelse af en lovvalgsregel sondres der mellem reglens sagsled og henvisningsled/tilknytningsmoment(er). Sagsledet refererer til hvilken kontrakttype, der foreligger. Henvisningsledet eller tilknytningsmomentet, hvor sidstnævnte er det begreb, der anvendes i den juridiske litteratur i dag, angår identifikationen, hvilke(t) tilknytningsmoment(er), der skal lægges til grund i forbindelse med lovvalget. Det kan eksempelvis være det sted, hvor sælgeren har sit forretningssted eller det sted, hvor kontrakten mellem parterne er indgået. Det bemærkes, at hovedparten af alle disse tilknytningsmomenter er knyttet til et fysisk sted, hvilket kan give anledning til vanskeligheder i forbindelse med elektronisk handel. Se Kim Østergaard, "Electronic Commerce – The concept of "place" or "there" in private international law" i bogen *Legal Aspects of Electronic Commerce*, 2001, side 89 ff.

For en nærmere gennemgang af sondringen mellem begreberne sagledet og tilknytningsmomentet, se Ole Lando, *Kontraktstatutet*, 3. udg., 1981, side 42 ff.



Figur 1.

1.2. Vertikal eller horisontal retsdannelse.

Under hensyntagen til realydelsesbegrebets mangfoldighed, forbrugerhensynet²⁷ og de internationale proces- og privatretlige regler kan der anvendes to metodiske tilgange. I denne sammenhæng betegnes de som henholdsvis den vertikale og horisontale model.

Den vertikale model indebærer, at der for hver enkelt realydelse vedtages en sekundær retsakt, indeholdende regler spændende fra aftalens indgåelse, fortolkning, opfyldelse, misligholdelse, misligholdelsesbeføjelser, til eventuelle bestemmelser om international proces- og privatret. Retsakten indeholder evt. særbestemmelser om henholdsvis handels-, civil- og forbrugeraftaler. Realydelsens karakteristika er således udgangspunktet for udformningen af retsakten.

²⁷⁾ Forbrugerbeskyttelse er således i dag en del af traktatgrundlaget i EU, jf. art. 153 EF om forbrugerbeskyttelse. Forbrugerbeskyttelsessynspunktet synes mindre udtalt i amerikansk ret.

Ved anvendelse af den horisontale model er hovedfokus en udvikling af den almindelige del²⁸ af obligationsretten, således at der etableres et sæt almindelige retsregler, der gælder for alle typer realydelser suppleret med specialbestemmelser i det omfang, det skønnes nødvendigt i relation til de enkelte typer af realydelser og forbrugeraftaler. Ole Lando omtaler obligationsrettens almindelige del som udfindelsen af the "common core" i kontraktretten.²⁹

I overvejelserne om hvilken metode, der bør lægges til grund, må den enkelte metodes pro et contra diskuteres. I forhold til den horisontale model er et af de grundlæggende problemer at foretage den fornødne afgrænsning af obligationsrettens almindelige del.³⁰ At anvendelsesområdet for den almindelige del af obligationsrettens bliver "størst muligt" indebærer den fordel, at de transaktionsomkostninger, der vil være forbundet med udvikling af nye retsakter, der tager højde for de nye typer af realydelser, der identificeres i fremtiden, bliver mindre. Anvendelsen af den horisontale model indebærer, at der i større eller mindre omfang eksisterer et retsgrundlag, som medkontrahenterne på forhånd har vished om vil finde anvendelse på aftalen. Der foreligger således ikke i værste fald et retstomt rum, hvor forholdets natur ved en evt. tvist skal finde anvendelse, såfremt der ikke er mulighed for at anvende analogier, anvende en lovgivning vejledende eller andre retskilder. Den afledte effekt i den sammenhæng vil være en formindskelse af medkontrahenternes transaktionsomkostninger, hvor kontrakten evt. kun skal reflektere de særlige forhold, der gør sig gældende i forhold til en given realydelse tillige med eventuelle fravigelser stipuleret i kontrakten fra obligationsrettens almindelige del. Muligheden for at kunne forudsige udfaldet af en tvist bliver således alt andet lige større. Fastlæggelsen af hvilken type realydelse, der foreligger, vil ligeledes kunne give anledning til tvivl, ligesom problemer med retlige "hybrider" i en vis udstrækning elimineres ved anvendelsen af den horisontale model. Det må antages, at konkretiseringsgraden for sådanne bestemmelser vil være mindre

²⁸) Mads Bryde Andersen, Festskrift til Bernhard Gøtzke, 2001, side 11, anfører "I obligationsretten kan grænsen mellem de specielle, henholdsvis almindelige, problemstillinger være vanskelig at drage. Dette skyldes, at der ofte er en flerhed af sideordnede retskilder omkring den enkelte problemstilling. Obligationsretten hviler jo ikke på noget generelt legalitetsprincip (som forvaltningsretten) eller på et forbud mod analogislutninger (som strafferetten). Skal man f.eks. finde svar på, om en aftale er misligholdt, vil man ofte kunne inddrage flere parallelle regelsæt som f.eks. den pågældende aftale (f.eks. leverandørens accept af en bestilling), bagvedliggende aftaler (f.eks. et sæt faste leveringsbetingelser) uskrrevne fortolkningsregler, typeforudsætninger og sædvaner samt lovfastsatte udfyldende regler (f.eks. i købeloven)."

²⁹) Jf. Ole Lando, *Salient features of the principles of European contract law*, 2001, side 165 ff.

³⁰) Vigtige bidragsydere i denne sammenhæng vil være de forskellige akademiske arbejdsgrupper der arbejder hermed, jf. KOM (2001) 398, side 5 med relevante referencer i fodnote 7 – 9.

sammenlignet med retsakter, udfærdiget med bestemte realydelser for øje, hvilket kan skabe en vis usikkerhed, hvad angår retsanvendelsen.³¹³²

Den vertikale model indebærer, at retsakterne udformes med de særlige karakteristika som realydelsen har, og at der tages højde for, hvis der foreligger særlige problemer i forbindelse med forbrugeraftaler.

Såfremt de fremtidige retsakter indeholder bestemmelser af aftaleretlig karakter, men at der ligeledes inkorporeres bestemmelser af international proces- og privatretlig karakter, vil en række af de vanskeligheder, der er forbundet med at udfinde sagleddet kunne elimineres³³, ligesom problemer med enhedsbedømmelse³⁴ og forumshopping ikke længere vil eksistere. De retlige forskelle, der kan være i indholdet/terminologien i de internationale proces- og privatretlige i forhold til aftaleretten i medlemsstaterne kan ad denne vej i vid udstrækning elimineres via den vertikale model.

Der bliver således i lighed med købeloven i Danmark vedtaget ”parallelle” retsakter, som alt andet lige afspejler den virkelighed, hvori retsanvendelsen skal finde sted, hvilket andet lige fremtræder mere vanskeligt ved anvendelsen af den horisontale model. Det må imidlertid holdes for øje, at nye realydelser som følge af den økonomiske og teknologiske udvikling forudsætningsvis vil være forud for retsdannelsen. Dette kan bevirke et tidsmæssigt efterslæb i den retlige regulering med en forøgelse af parternes transaktionsomkostninger til følge. Denne problemstilling gælder selvsagt ligeledes for den horisontale model, men der vil initialt være et vist retsgrundlag, der under alle omstændigheder finde anvendelse på den pågældende kontrakttype.

³¹⁾ Andre retskilder, som forarbejder, domstolspraksis m.v. vil dog kunne formindske dette problem.

³²⁾ Indenfor den internationale privatret har anvendelsen af Romkonventionen således ikke være uden problemer. Se Kim Østergaard, Den virtuelle forhandler, Julebog 2000, side 135 ff og nærmere under 2.3.

³³⁾ Som det vil fremgå nedenfor under 2.2.1, er der i den internationale privatret i medlemsstaterne mulighed for, at der i forbindelse med internationale løsere køb mellem erhvervsdrivende kan finde tre forskellige regelsæt anvendelse afhængig af forumstaten.

³⁴⁾ Enhedsbedømmelsen forudsætter, at medlemsstaterne har de samme lovvalgsregler, således at de (nationale) materielle regler, der finder anvendelse på en sag, vil være de samme uafhængig af forum.

1.3. Retsudviklingen i amerikansk aftaleret.

I amerikansk ret³⁵ var udgangspunktet for aftaleretten common law og equity, hvilket indebar, at den primære retskilde for løsning en given tvist var tidligere afsagte domstolsafgørelser, præjudikater. Common law og equity har stadig en betydning indenfor privatreten, men i denne sammenhæng skal særligt tre retsdannelser nævnes.

I USA etableredes i 1923 The American Law Institute på baggrund af et studium gennemført af amerikanske dommere, advokater og professorer, som betegnede sig som "The Committee on the Establishment of a Permanent Organization for the Improvement of the Law." Komiteen rapporterede efter en gennemgang af common law i USA:

*"The Committee had reported that the two chief defects in American Law, its uncertainty and its complexity, had produced a general dissatisfaction with the administration of justice."*³⁶

The American Law Institute har siden etableringen vedtaget Restatements for en flerhed af retsområder, herunder aftaleret, international proces- og privatrete. De første Restatements blev vedtaget i perioden mellem 1923 og 1944. I 1952 påbegyndte The American Law Institute udviklingen af Restatements Second bl.a. for Conflict of Laws.³⁷ Efter arbejdet med forskellige udkast til Restatement, Second, Conflict of Laws, 1971, blev det i dag anvendte forslag vedtaget i 1969 på the American Law Institutes årlige møde og publiceret den 31. december 1970. Indenfor andre retsområder er der siden 1987 vedtaget Restatements Third, som bl.a.

³⁵⁾ I modsætning til civil law landene i EU, sondres der ikke i amerikansk ret, i lighed med engelsk ret, mellem privatrete og offentlig ret.

³⁶⁾ Det følger videre fra Komiteen "According to the Committee, part of the uncertainty of the law, as it then existed, was due to the lack of agreement among members of the profession on the fundamental principles of the common law. Other Causes of uncertainty were reported as "lack of precision in the use of legal terms," "conflicting and badly drawn statutory provisions," "the great volume of recorded decisions," and "the number and nature of novel legal questions." The law's complexity, on the other hand, was attributed in significant part to its "lack of systematic development" and to its numerous variations within the jurisdiction of the United States.

Se endvidere <http://www.ali.org>.

De ovenfor nævnte problemstillinger synes særdeles relevante at have i mente, når der henses til udviklingen af aftaleretten i EU, og der er ingenlunde tale om en problemstilling af nyere dato.

³⁷⁾ Det bemærkes, at den anvendte terminologi i common law, hvor der refereres til choice of law, dækker såvel reglerne om international procesret som reglerne om international privatrete. I civil law sondres der eksplicit mellem disse to regelsæt.

omfatter konkurrence-, delikts- og ejendomsret.

Formålet med Restatements er via abstrakt formulerede regler at gengive retstilstanden i hele USA, hvilket ikke nødvendigvis er korrekt, da de enkelte stater kan have vedtaget lovgivning eller statsdomstolenes afgørelser har udviklet sig på en sådan måde, der divergerer fra et eller flere af de vedtagne Restatements.³⁸

Restatements har således ikke karakter af lovgivning, og det er derfor umiddelbart vanskeligt at fastlægge noget entydigt med hensyn til Restatements retskildeværdi. Ikke desto mindre er Restatements blevet citeret, påberåbt og anvendt ved de amerikanske domstole til støtte i anlagte sager.

Restatement, Second, Conflict of Laws, 1971 "gælder" i hovedsagen internt i USA og vil således ikke direkte kunne finde anvendelse, hvis der opstår en konflikt mellem en virksomhed hjemmehørende i Californien, USA og en virksomhed hjemmehørende i Bruxelles, Belgien.

Restatement, Second, Conflict of Laws 1971 er blevet kritiseret for ikke at være tidssvarende og alt for provinsiel i sin tilgang, idet der ikke i fornøden omfang tages højde for det internationale perspektiv, ligesom betydningen af Internettet ikke er reflekteret.³⁹

Den anden meget centrale retskilde i den amerikanske aftaleret er Uniform Commercial Code (UCC), som blev udfærdiget i 1952 i et samarbejde mellem The American Law Institute og The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL).⁴⁰ UCC indeholder 9 artikler. Artikel 1 omhandler de

³⁸⁾ Ole Lando, Kort indføring i komparativ ret, 1. udgave, 1986, side 50, anfører "Restatements giver derfor den udenlandske læser en let tilgængelig orientering om amerikansk ret. De er dog kun så troværdige, som fremstillinger kan være, der gengiver 50 systemer, som om der kun var ét retssystem. På områder, hvor der ikke er overensstemmelse mellem staternes ret giver forfatterne som oftest den regel, som de finder bedst egnet."

³⁹⁾ Mathias Reiman, A New Restatement – For the International Age, Indiana Law Journal, Volume 75:575, 2000, side 576, fremfører: "The Second Restatement displays a provincial attitude towards conflict of laws. Its principles and rules are admittedly drawn from interstate cases and they are designed for the interstate, that is domestic, context. The Restatement postulates that these domestic principles and rules apply to disputes involving foreign nations as well, because there are no fundamental differences between interstate and international cases. While the Second Restatement does alert the reader to the fact that every once in a while, such differences may arise, it regards these differences as limited to particular instances and gives them extremely short shrift. As a consequence, the Second Restatement contains very few references to, and even fewer rules about international conflicts. It hints at them vaguely in some introductory sections."

⁴⁰⁾ Se NCCUSL's officielle hjemmeside på <http://www.nccusl.org>.

generelle principper for UCC bl.a. bestemmelser om fortolkning, definitioner, lovvalg m.v.⁴¹ Bestemmelsen i artikel 1 skal ses i tæt sammenhæng med artikel 2 – 8. De efterfølgende artikler indeholder bestemmelser, hvis anvendelsesområde er mere specifikt, men alligevel meget forskelligartet. I nærværende sammenhæng er det særligt bestemmelsen om køb i artikel 2, som har interesse.⁴² I lighed med eksempelvis den danske købelov kan de enkelte artikler i UCC ikke anses for at være udtømmende indenfor deres anvendelsesområde sammenholdt med artikel 1. Uniform Commercial Code har ikke karakter af en lov. UCC er dog i dag implementeret som lov i alle stater i USA. Der er nødvendigvis ikke sket en ensartet implementering af staterne i USA. Således kan der være retlige forskelle mellem staterne, hvorfor et lovvalg i en sådan situation til stadighed kan være relevant.

I forbindelse med en møderække medio august 2001 har NCCUSL godkendt et udkast til vedtagelse af ændring af artikel 2.⁴³ Et arbejde der har stået på i mere end 10 år. Et af formålene er således, at i den nye ”udgave” af UCC tages der højde for elektronisk handel. Bestemmelserne i henholdsvis section 2-211 og section 2-213 omhandler eksempelvis anerkendelse af elektroniske kontrakter og elektronisk kommunikation. Artikel 1 er ligeledes under revision. Ændringsforslagene til artikel 1 og 2 inddrages under 2.

USA har ligeledes ratificeret den internationale købelovgivning CISG, der finder anvendelse i internationale handelskøb, hvilket i forhold til amerikansk ret betyder,

⁴¹⁾ Fred H. Miller og Kimberly J. Cilke, The ABC's of the UCC, Article 1: General provisions, I. udg. 1997, side xi: "Article 1 is central to the Code, like the hub of the wheel, and the substantive articles which follow it are tied together, through the first article, like spokes. The provisions of article 1 apply whether the underlying commercial transaction is a sale of goods, a lease, a transfer of a negotiable instrument; or when it involves a document of title, a secured transaction, or another arrangement governed by the provisions of the Code."

⁴²⁾ På engelsk omhandler de enkelte artikler i UCC i sin nuværende form:

- Article 1: General Provisions
- Article 2: Sales
- Article 2a: Leases
- Article 3: Negotiable instruments
- Article 4: Bank deposits and collections
- Article 5: Letters of Credit
- Article 6: Bulk Transfer and (Revised) Bulk Sales
- Article 7: Warehouse Receipts, Bills of lading, and other documents of title
- Article 8: Investment Securities
- Article 9: Secured transactions; sales of accountants and chattel paper.

⁴³⁾ Se: <http://www.law.upenn.edu/bll/ule/ule.htm#ucc1>. I bemærkningerne i det officielle dokument fremgår det side 1, at begrundelsen for ændringen af artikel er: "For the most part, these changes update the Article to accommodate electronic commerce and to reflect development of business practices, changes in other law, and interpretive difficulties of practical significance."

at hvis sælger og køber er hjemmehørende i forskellige stater indenfor USA, da finder UCC Artikel 2 anvendelse. Hvis derimod sælger er hjemmehørende i staten Washington, og køber er hjemmehørende i Milano, Italien, da finder CISG anvendelse. Dette forhold uddybes nærmere under 2.1.1.

I USA har NCCUSL ligeledes vedtaget the American Uniform Electronic Transactions Act, der i forhold til indgåelse af elektroniske kontrakter om løsørengstande vil skulle fortolkes og anvendes i et samspil med artikel 2 og særligt de to forannævnte sections i UCC.⁴⁴

Den tredje "lovgivning" af betydning for fastlæggelsen af retsgrundlaget for forskellige typer af realydelser er Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA)⁴⁵, der blev vedtaget i år 2000 af NCCUSL. Oprindeligt skulle UCITA have været indsat som artikel 2B i UCC, men blev udtaget herfra.

Hovedformålet for UCITA er at imødekomme det behov, der er for en tidssvarende retlig ramme, der afspejler den stigende økonomiske betydning som "computer information products" har i den amerikanske økonomi under hensyntagen til, at den "tidligere" gældende retlige ramme var forbundet med en retlig usikkerhed som indebar manglende kontrahering og forøgede transaktionsomkostninger for markedets aktører.⁴⁶

I skrivende stund har to stater i USA implementeret UCITA, medens fem stater har en implementering under forberedelse.⁴⁷

⁴⁴⁾ Se Lynn Roseberry, Recent E-commerce legislation in the U.S. i bogen Legal Aspects of Electronic Commerce, 2001, side 64: "There are several areas which are expressly excluded from coverage by UETA. (1) wills, codicils and testamentary trusts; (2) transactions covered by the UCC, including Articles 3, 4, 4 a. 5, 6, 7, 8 or 9. (Sections 1-107 and 1-206, Article 2 and Article 2A remain within the scope of UETA); (3) transactions covered by UCITA; and (4) transactions governed by other laws identified by each state (when they enact UETA)." Artiklen indeholder side 63 ff en nærmere gennemgang af UETA.

⁴⁵⁾ Se endelig udgave med officielle kommentarer:
<http://www.law.upenn.edu/bll/file/ucita/ucitaFinal00.htm>.

⁴⁶⁾ I forordet til den officielle udgave af UCITA hedder det således "Our economy has experienced another fundamental change, with information products and services now driving increased productivity and growth. Accompanying this change is a widely diverse and rich array of methods for distributing and tailoring digital information to the modern marketplace. Contracts underlie both the creation and distribution of such information. However legal rules that are not relevant to commercial practice or that are uncertain in application inhibit contracting or raise transaction costs. UCITA was drafted in response to this fundamental economic change and need for clarity in the law."

⁴⁷⁾ Se herom <http://www.webcom.com/legaled/UCITA/whatthap.html>.

Anvendelsesområdet er angivet i UCITA Section 103, hvor det fremgår, at UCITA finder anvendelse på ”computer information transactions”, jf. Section 103, litra (a). UCITA’s anvendelsesområde henhører under såvel indirekte som direkte elektronisk handel. UCITA gennemgås nedenfor under 3 i forbindelse med direkte elektronisk handel, idet UCITA vil have størst betydning i forbindelse med denne form for elektronisk handel.

Det er dog værd at bemærke, at produkter som film- og musikværker, der i særdeleshed er digitaliserbare og dermed henhører under direkte elektronisk handel ikke som hovedregel er omfattet af UCITA, jf. Section 103(d)2. Denne problemstilling uddybes yderligere under 3.

UCITA er blevet kritiseret for at varetage software industriens interesser, at være skadelig for den statslige forbrugerbeskyttelse, og at loven er skadelig for balancen mellem beskyttelsen af ophavsretlig beskyttede værker og den interesse som særligt biblioteker og den akademiske verden har i relation til adgangen til computer information.⁴⁸

Nedenfor under 2 og 3 gennemgås og diskuteres, hvorledes de vigtigste typer af realydelser skal kategoriseres i henholdsvis den direkte og indirekte elektronisk handel i den internationale privatret i de respektive retssystemer. Formålet er således først og fremmest på de to retssystemers nuværende udviklingstrin at identificere, hvorledes de enkelte typer af realydelser skal kategoriseres og afgrænses i forhold til hinanden og den afledte konsekvens i forhold til hvilke internationale privatretlige regler, der i givet fald er relevante at anvende.

Retsanvendelsen for de enkelte bestemmelser i den internationale gøres dog ikke til genstand for nærmere analyse og vurdering.

2. Indirekte elektronisk handel

Den indirekte elektroniske handel indebærer, at elektronisk kommunikation anvendes til bl.a. kommerciel kommunikation, aftalens indgåelse og tvistløsning, men at opfyldelsen af aftalen til stadighed sker på konventionel måde. Eksempelvis ved levering af en fysisk vare. Elektronisk kommunikation anvendes således i modsætning til direkte elektronisk handel ikke til opfyldelse af aftalen.

Genstandsfeltet i nærværende afsnit er to hovedtyper af realydelser løsøre købet og tjenesteydelser og udførelsen af det relevante retsgrundlag for disse i den

⁴⁸) Se f.eks. <http://www.educause.edu/policy/ucita.pdf>.

internationale privatret i henholdsvis i medlemsstaterne i EU og amerikansk ret. Tjenesteydelsesbegrebet omfatter således en meget stor variation af realydelser, og medmindre der er anført noget specifikt, gælder en given bestemmelse indenfor sit anvendelsesområde for alle typer af tjenesteydelser. Opfyldelsen af tjenesteydelsesforpligtelsen finder sted på traditionel vis i forbindelse med indirekte elektronisk handel. Hvis en virksomhed foretager køb af en flybillet til en af dets medarbejdere over Internettet, betragtes dette omfattet af begrebet indirekte elektronisk handel, idet opfyldelsen af aftalen ikke er forandret sammenlignet med, hvis købet eksempelvis var foretaget i et rejsebureau. Målsætningen er ikke at drøfte retsanvendelsen, herunder inddragelse af relevant domstolspraksis, men for det tilfælde, at der skønnes at være fortolkningsproblemer for de enkelte bestemmelses anvendelsesområde at inddrage disse.

2.1. Amerikansk ret – International privatret.

Nedenfor identificeres henholdsvis retsgrundlaget for henholdsvis løsørekøb og tjenesteydelser og de relevante internationale privatretlige regler, der finder anvendelse i de respektive situationer.

Efter amerikansk ret er retsgrundlaget i forbindelse med indirekte elektronisk handel UCC og/eller common law.⁴⁹

2.1.1. Amerikansk ret – International privatret – Løsørekøb.

Formålet med kodificeringen i amerikansk ret var at skabe et bedre retsgrundlag for købsaftaler og de andre kontrakttyper omfattet af UCC end det common law kunne tilvejebringe, selv om en del af bestemmelserne var en kodificering af common law.⁵⁰

Om forholdet mellem common law, equity og UCC følger det af UCC section 103 (b) i forslaget til revideringen af UCC, der dog ikke ordlydsmæssigt er blevet

⁴⁹⁾ I de situationer hvor computer information er placeret på et fysisk medium, der leveres til en erhverver, kan det diskuteres, hvorvidt der foreligger indirekte eller direkte elektronisk handel. I alle tilfælde vil en sådan aftale være omfattet af UCITA, som drøftes nærmere under 3.1.

⁵⁰⁾ John O. Honnold og Curtis R. Reitz, *Sales Transactions: Domestic and International Law*, 2. udg., 2000, side 55, anfører: "One of the manifest purposes of the drafters of Article 2 was to create body of law for sales that was better than the common law. At the same time the drafters also accepted much of the common law of contracts, in part by their explicit codification of some common-law doctrines and in part by their acceptance of the base of common law that supplements the provisions in the statute."

ændret.⁵¹

”Unless displaced by the particular provisions of (the Uniform Commercial Code), the principles of law and equity, including the law merchant and the law relative to capacity to contract, principal and agent, estoppel, fraud, misrepresentation, duress, coercion, mistake, bankruptcy, or other validating or invalidating cause shall supplement its provisions.”

Udgangspunktet er således, at UCC har forrang for common law og equity.⁵² Siden vedtagelsen af UCC har en række af staterne i USA vedtaget specifik lovgivning indenfor anvendelsesområdet for hele UCC og har samtidig kodificeret en række af de generelle principper i common law og equity. Dette indebærer selvsagt, at der mellem staterne i USA består materielle retsforskelle, der i tilfælde af en tvist mellem parter hjemmehørende i forskellige stater i USA forudsætter et lovvalg, da der ikke nødvendigvis er retsenhed mellem de involverede staters ret i en given sag.⁵³

Efter amerikansk ret er det i lighed med de fleste lande i EU, jf. nærmere nedenfor under 2.2., nødvendigt at sondre mellem, hvorvidt der foreligger en købsaftale, hvor medkontrahenterne er hjemmehørende i forskellige stater indenfor USA, nationalt køb, eller der foreligger en købeaftale, hvor medkontrahenterne er hjemmehørende henholdsvis i en stat i USA og et land udenfor USA, et internationalt køb. Foreligger der et nationalt køb anvendes UCC, og kan købet karakteriseres som internationalt

⁵¹⁾ I forslaget sker der en sammenskrivning mellem section 1-102 (1) - (2) og section 1-103.

⁵²⁾ Se nærmere om equity begrebet og om forholdet mellem equity og common law Ole Lando, Kort indføring i komparativ ret, 1. udg., 1986, side 37 ff.

⁵³⁾ I den officielle kommentar til forslaget, side 14, hedder om forholdet mellem statslovgivning, equity og common law i forhold til UCC: ”When the other law relating to a matter within the scope of the Uniform Commercial Code is a statute, the principles of subsection (b) remain relevant to the court’s analysis of the relationship between the statute and the Uniform Commercial Code, but will be supplemented by other principles of statutory interpretation that specifically address the interrelationship between the statutes. In some situations, the principles of subsection (b) still will be determinative. For example, the mere fact that an equitable principle is stated in statutory form rather than in a judicial decision should not change the court’s analysis of whether the principle can be used to supplement the Uniform Commercial Code – under subsection (b), equitable principles may supplement provisions of the Uniform Commercial Code, only if they are consistent with the purposes and policies of the Uniform Commercial Code as well as its text. In other situations, however, other interpretive principles addressing the interrelationship between statutes may lead the court to conclude that the other statute is controlling, even though it conflicts with the Uniform Commercial Code. This, for example, would be the result in a situation where the other statute was specifically intended to provide additional protection to a class of individuals engaging in transactions covered by the Uniform Commercial Code.”

anvendes i udgangspunktet CISG.⁵⁴

USA har efter CISG taget et art. 95 forbehold⁵⁵, således at USA ikke er bundet af bestemmelsen i art. 1(1)(b).⁵⁶ Den indirekte lovvalgsregel omtales nærmere nedenfor under 2.2. Reservationen indebærer, at i de tilfælde, hvor der eksempelvis er indgået en købsaftale mellem en i USA og England beliggende virksomhed, vil CISG ikke finde anvendelse. Afhængig af forumstaten og de internationale privatretlige regler, vil UCC finde anvendelse, såfremt amerikansk ret lægges til grund for løsning af tvisten. Hvis engelsk ret derimod finder anvendelse, vil den engelske købelovgivning, Sales of Goods Act, benyttes.

Anvendelsesområdet for UCC er fastlagt i section 2-102. Bestemmelsens ordlyd er ikke blevet ændret i forbindelse med revideringen af UCC. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

"Unless the context otherwise requires, this Article applies to transactions in goods; it does not apply to transaction which although in the form of an unconditional contract to sell or present sale is intended to operate only as a security transaction nor does this Article impair or repeal any statute regulating sales to consumers, farmers or other specified classes of buyers."

For at fastlægge anvendelsesområdet er det nødvendigt, at tre andre bestemmelser i UCC inddrages.

For det første må det fastlægges, hvorledes "transactions in goods" skal fortolkes. Efter amerikansk ret sondres der mellem løsøre (movable goods), der allerede er eksisterende på tidspunktet for aftalens indgåelse og fremtidige løsøre, jf. section 2-105, der formentlig kan sidestilles med bestillingskøb efter dansk ret.⁵⁷ For det andet skal der foreligge et "sale". Begrebets retlige indhold fastlægges efter section 2-106

⁵⁴⁾ Anvendelsesområdet for CISG drøftes nærmere under 2.2.

⁵⁵⁾ Dette har Kina, Singapore, Tjekkiet og Slovakiet ligeledes gjort.

⁵⁶⁾ Clayton P. Gillette and Steven D. Walt, Sales Law – Domestic and International, 1. udg., 1999, side 30: "When the United States decides to subordinate its domestic law to international law, it is presumably doing so in the name of achieving some degree of uniformity in international sales law. This subordination of domestic interests appears to be reasonable, as long as it is reciprocal, that is, as long as other countries are willing to apply uniform international law to a relevant dispute."

⁵⁷⁾ Fast ejendom henhører ikke under anvendelsesområdet for UCC Article 2. I henhold til section 2-105 er pengene, der skal erlægges for løsøret, valutahandler, værdipapirer, jf. dog Article 8 og things in action ikke omfattet af UCC Article 2. Fastlæggelsen af, at valutahandler ikke er omfattet af UCC section 2-105 er den eneste ændring og præcisering af denne bestemmelse.

(1)⁵⁸, hvorefter begrebet forudsætter, at ejendomsretten til løsørestanden overgår fra sælger til køber. Efter amerikansk ret, kan parterne selv fastlægge i henhold til aftalen, hvornår ejendomsretten skal overgå inter-partes. For det tilfælde, at parterne ikke fastlagt tidspunktet for ejendomsrettens overgang, sker dette på tidspunktet for leveringen af løsørestanden, jf. section 2-401 (2), jf. section 2-103(1)(e).⁵⁹

Section 1-301 i UCC erstatter den hidtil gældende bestemmelse i UCC Section 1-105 og anses for at være den væsentligste ændring af UCC.⁶⁰

Efter UCC section 1-301 (b)(1) har partsautonomien fået større styrke, idet parterne kan aftale hvilken stats regler, der skal finde anvendelse uden aftalen behøver at have nogen tilknytningsmomenter til den pågældende stat. Parterne har således mulighed for at udpege en neutral stat som forum. I den stadig gældende UCC section 1-105 (1) fordres der, at den stats retsregler, aftalen underkastes, skal have en "reasonable relation to this state."

For det tilfælde, at parterne ikke har aftalt nogen lovvalgsklausul efter UCC section 1-105(1), gælder der efter section 1-105(1) in fine, at: "*Failing such an agreement this Act applies to transactions bearing an appropriate relation to this State.*"

Bestemmelsen er blevet fortolket og anvendt forskelligt af domstolene i de forskellige stater i USA. Nogle domstole har fortolket bestemmelsen som den individualiserende metode⁶¹ og andre domstole har skønnet, at der har været fornøden statsinteresse i at dømme efter statens regler.⁶²

I forslaget til UCC fremgår det af UCC section 1-301 (c), at såfremt parterne ikke har truffet nogen lovvalgsaftale, da anvendes de internationale privatretlige regler

⁵⁸) Bestemmelsen er ikke ændret i det foreliggende forslag til ændring af UCC.

⁵⁹) I section 2-401 (2) er bestemmelsen blevet ændret således, at "fysisk" er blevet udtaget og erstattet af definitionen i section 2-103 (1)(e), hvor leveringen defineres som "the voluntary transfer of physical possession or control of goods."

⁶⁰) Artikel 1 i UCC omfatter de generelle principper for "loven". Ændringerne i article 1 angår 1) the scope of the article, 2) applicability of supplemental principles of law, 3) the concept of good faith, 4) choice of law, 5) the relevance of course between the parties and 6) the existence of an independent statute of frauds.

Se nærmere herom de indledende bemærkninger til forslaget (Draft for approval, August 2001), side 6. Se: <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ucc1/Ucc161401.htm>.

⁶¹) Jf. princippet i Romkonventionen art. 4, stk. 1.

⁶²) Se Fred H. Miller og Kimberly J. Cilke, *The ABC's of the UCC*, 1. udg., 1997, side 47 med domsreferencer.

i den givne stat til at fastlægge lovvalget.⁶³

På nuværende tidspunkt har lovvalgsproblematikken en mindre rolle internt i USA i relation til løsøre køb, da alle stater har implementeret UCC som en del af statslovgivningen, men der vil kunne bestå forskelle mellem staternes implementering af UCC, ligesom UCC ikke er udtømmende, hvorfor det kan være nødvendigt at supplere med andre retskilder, som der staterne imellem kan være forskel imellem.⁶⁴ Hvorledes og i hvilken implementeringstakt det foreliggende forslag vil blive implementeret vil ligeledes kunne have en betydning for lovvalgsproblematikken i en overgangsperiode.

Da UCC ikke længere indeholder en bestemmelse om fastlæggelse af lovvalget i tilfælde af en tvist mellem parter hjemmehørende i forskellige stater i USA, anvendes i stedet Restatement, Second, Conflict of Laws § 188, Law governing in absence of effective choice by the parties. Da der som nævnt kan være forskelle i de enkelte staters internationale privatretlige regler, kan det være nødvendigt at identificere om en stat har vedtaget lovgivning af international privatretlig karakter eller om der foreligger præjudikater i de enkelte stater, der er væsentlige til fastlæggelsen af gældende ret.

Restatement, Second, Conflict of Laws § 188 har følgende ordlyd:

"(1) The rights and duties of the parties with respect to an issue in contract are determined by the local law of the state, with respect to that issue, has the most significant relationship to the transaction and the parties under the principles stated in § 6.

(2) In the absence of an effective choice of law by the parties (see § 187), the contacts to be taken into account in applying the principles of § 6 to determine the law applicable to an issue include:

⁶³⁾ Section 1-301 (d) omhandlende forbrugeraftaler og section 2-402 (2) i forslaget til ændringen af artikel 2 i UCC indeholder dog undtagelser hertil. Efter sidstnævnte bestemmelse anvendes princippet om *lex rei sitae* til at fastlægge lovvalget. Bestemmelsen lyder: "A creditor of the seller may treat a sale or an identification of goods to contract for sale as void if as against the creditor a retention of possession by the seller is fraudulent under any rule of law of the state where the goods are situated, except that retention of possession in good faith and current course of trade by a merchant-seller for a commercially reasonable time after a sale or identification is not fraudulent."

⁶⁴⁾ Se eksempelvis *Hatzlachh Supply Inc. v. Moishe's Electronics, Inc.*, 828 F.Supp.178,22 UCC Rep.Serv. 2d 667 (S.D.N.Y. 1993), hvor lovvalget var overflødigt, da der var sket ens implementering af UCC i staterne Texas og New York. For en oversigt over, hvorledes UCC er blevet implementeret i de enkelte stater, se: <http://www.law.cornell.edu/uniform/ucc.html>.

- (a) the place of contracting,
- (b) the place of negotiation of the contract,
- (c) the place of performance
- (d) the location of the subject matter of the contract, and
- (e) the domicile, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties

These contacts are to be evaluated according to their relative importance with respect to the particular issue.

(3) If the place of negotiating the contract and the place of performance are in the same state, the local law of this state will usually be applied, except as otherwise provided in §§ 189 – 199 and 203.”

§ 188 (1) refererer til hvilke almindelige principper, der efter § 6 i Restatement of Law, Second, Conflict of Laws, 1971 gælder ved anvendelsen af § 188. Bestemmelsen i § 6 gælder uanset, hvilket retsforhold, der er tale om.⁶⁵ Efter § 188 (2) fastlægges lovvalget efter den individualiserende metode. Bestemmelsen indeholder en opregning af, hvilke tilknytningsmomenter, der kan indgå til fastlæggelsen af lovvalget. Af bemærkningerne til bestemmelsen fremgår det ligeledes, at bestemte tilknytningsmomenter skal tillægges større værdi end andre afhængig af den konkrete situation.⁶⁶ Selv om der kan være vanskeligheder forbundet med at forudsige lovvalget ved anvendelsen af den individualiserende metode, indebærer ændringsforslaget i amerikansk ret dog den fordel, at over tid vil samtlige domstole i USA anvende den samme metodiske tilgang til fastlæggelsen af lovvalget.

Forudsætningen for anvendelsen af bestemmelsen i § 188 (3), der som lovvalgsregel kan betragtes som en formodningsregel, bygger på, at opfyldelsen af kontrakten og kontraktforhandlingerne sker i samme stat. Imidlertid er elektronisk handel netop

⁶⁵) Af bestemmelsen i § 6 fremgår det: determination of the particular issue, (d) the protection of the justified expectations, (e) the basic policies underlying the particular field of law, (f) certainty, predictability and the uniformity of result, and (g) ease in the determination and application of the law to be applied.”

⁶⁶) Således fremgår det i bemærkningerne, at: ”At least with respect to most issues, a corporation’s principal place of business is a more important contact than the place of incorporation, and this is particularly true in situations where the corporation does little, or no business in the latter state.”

Det er således værd at bemærke, at ved fortolkningen og anvendelsen af Romkonventionen er det i videre udstrækning overladt til domstolene at foretage vurderingen, af hvilken værdi de enkelte tilknytningsmomenter skal tillægges. Romkonventionen indeholder heller ikke nogen form for opregning af hvilke tilknytningsmomenter, der skal lægges til grund ved vurderingen af, hvor aftalen har sin nærmeste tilknytning efter art. 4, stk. 1. Den udfindelse er overladt til sagens parter og domstolene.

karakteriseret ved, at parterne ved hjælp af elektronisk kommunikation bl.a. forhandler og indgår kontrakter uden at mødes fysisk. Dermed har bestemmelsen ikke nogen selvstændig betydning i forbindelse med indirekte elektronisk handel.⁶⁷

2.1.2. Amerikansk ret – International privatret – Tjenesteydelser.

Sagen *Princess Cruises v. General Electric Company*, United States Court of Appeals for the Fourth Circuit, 1998. 143 F. 3d 828⁶⁸, illustrerer, hvorledes grænsedragningen mellem løsørekøb og tjenesteydelser skal foretages efter amerikansk ret og dermed, hvorvidt UCC eller common law finde anvendelse.⁶⁹

I 1994 blev der mellem General Electric (GE) og Princess Cruises (PC) indgået en aftale om inspektion og reparation af skibet, SS Sky Princess, for såvidt angår skibets turbiner, som GE oprindeligt havde leveret. I forbindelse med inspektionen konstaterede GE, at der var rustdannelser på rotoren, hvorfor parterne blev enige om, efter GE's anbefaling, at rotoren skulle på land for rengøring og afbalancering. Da GE gennemførte rengøringen blev en del af den ikke rustangrebne metal imidlertid fjernet, hvilket bevirkede rotoren ikke længere var afbalanceret.

I forbindelse med sagens afgørelse i underretten (district court), fandt underretten det unødvendigt at tage stilling til, hvorvidt aftalen overvejende havde karakter af et løsørekøb eller en tjenesteydelse.⁷⁰

⁶⁷) "Overflodiggørelsen" af denne bestemmelse i amerikansk ret er parallel til den tilsvarende overflodiggørelse af Løsørekøbslovslovens § 4, stk. 2.

⁶⁸) Se ligeledes *Foster v. Colorado Radio Corp.*, 381 F. 2d 222, 226 (10th Cir. 1967), hvor retten i denne hybridaftale anvendte UCC artikel 2 på den del af aftalen, der angik løsørekøbet, mens UCC artikel ikke fandt anvendelse på tjenesteydelsesdelen af kontrakten. Denne opdeling er forladt med ovennævnte sag, *Princess v. General Electric*, og ligeledes bekræftet i sagen *BMC Industries, Inc. v. Barth Industries, Inc.*, 160 F. 3d 1322 (11th Cir. 1998). Bemærk, at denne tilgang ligeledes anvendes ved anvendelsen af CISG, jf. artikel 3(2).

Køb af naturgas anses for at være omfattet af UCC. Se *Gardiner v. Philadelphia Gas Works*, 413 Pa.415, 197 A.2d 612 (1964).

Køb af elektricitet har derimod delt de amerikanske stater. I sagen *G & K Dairy v. Princeton Electronic*, 781 F. Supp. 485 (W.D. Ky. 1991) opregner retten en række stater i USA, der ikke anerkender køb af elektricitet som et løsørekøb og dermed omfattet af UCC.

I to ældre sager indgik såvel tjenesteydelser som løsøre, hvor tjenesteydelsen ligeledes var den overvejende del af kontrakten. Se *Newmark v. Gimbel's*, 54 N.J. 585, 258 A. 2d 697 (1969), hvor domstolen dog fejlagtigt anvendte UCC artikel 2 til trods for, at tjenesteydelsen var den overvejende del af kontrakten og *Magrine v. Krasnica*, 94 N.J. Super. 228, 227 A. 2d 539, (1967).

⁶⁹) Afhængig af et lovvalg vil statslovgivning evt. finde anvendelse i stedet for common law.

⁷⁰) Underretten havde endvidere fejlagtigt i sin afgørelse betragtet UCC som en retskilde indenfor amerikansk ret.

Appelretten gik i rette hermed og fastslog, at det er nødvendigt at fastlægge, hvorvidt aftalen overvejende kan karakteriseres som et løsørekøb eller en tjenesteydelse. Når dette er gjort, kan domstolen afhængig af resultatet anvende common law, UCC eller anden statslovgivning, der finder anvendelse på aftalen.

Appelretten fastslog endvidere, at UCC finder anvendelse på aftale om løsørekøb, som anført oven for, men ligeledes på hybridaftaler omfattende løsørekøb og tjenesteydelser. Hvorvidt en given aftale af denne karakter er omfattet af UCC, afhænger af det overvejende formål med aftalen angår tilvejebringelsen af løsøregenstande eller tjenesteydelser.

Appelretten refererede herefter til den første sag i amerikansk ret, hvor dette spørgsmål blev rejst; nemlig *Bonebrake v. Cox*, 499 F.2d 951, 960 (8th Cir. 1974). I forbindelse med, hvorvidt UCC er anvendelig fastslog retten:

”The test for inclusion or exclusion is not whether they are mixed but, granting that they are mixed, whether their predominant factor, their trust, their purpose, reasonably stated, is the rendition of service, with goods incidentally involved (e.g. contract with artist for painting) or is a transaction of sale, with labor incidentally involved (e.g.; installation of a water heater in a bathroom).”

Appelretten fastslog endvidere, at følgende faktorer er betydelig i afgørelsen heraf:⁷¹

- 1) Kontraktens ordlyd
- 2) Leverandørens forretningsområde
- 3) Hvor stor en værdi, der hidrører fra materialer (løsøre)

Efter disse principper fastslog appelretten, at ydelsen principielt angår tilvejebringelsen af tjenesteydelser; in casu rutine inspektion og reparation af skibet med lejlighedsvis anvendelse om end dyre reservedele tilvejebragt af GE. Selvom PE's standardbetingelser omtaler salg af løsøregenstande, indeholder den aktuelle aftale beskrivelse af GE som ”service engineer” med henblik på opfyldelse af service funktioner som åbning af ventiler med henblik på nærmere undersøgelse og inspektion af skibets hovedturbine. GE's endelige prisopgørelse fastslår ligeledes, at der er tale om service funktioner, hvilket i øvrigt er fremhævet med større typer på hver eneste side. Den første side af den endelige prisopgørelse indeholdte endvidere en beskrivelse af, at GE tilvejebringer ingeniør tjenesteydelser, hvilket yderligere defineres som installation, reparation og vedligeholdelse. Opgørelsen viser derefter de ydelser, der tilvejebringes af GE. Alle har karakter af tjenesteydelser. Selv om GE's materiale oversigt viser, at GE havde intentioner om

⁷¹⁾ Med reference til The Fourth Circuit og *Coakley & Williams*, 706 F 2d at 460.

at fremstille specielle reservedele, viste det sig, at disse allerede eksisterede ombord på skibet.

Så til trods for, at aftalegrundlaget indeholdte bestemmelser om køb, og at GE skulle tilvejebringe reservedele, må aftalen samlet set karakteriseres som en aftale overvejende vedrørende en flerhed af tjenesteydelser.

Hvad angår GE's forretningsområde fastslog appelretten, at selv om GE er kendt for at producere løsørengsstande, så hidrørte GE's opgørelser og korrespondance fra virksomhedens "Installation and Service Engineering Department".

Med hensyn til værdiopgørelsen af materialer, der indgår ved opfyldelsen af aftalen, indeholdte intet af aftalegrundlaget en opgørelse heraf. Der var i kontraktgrundlaget en samlet pris for materialer og tjenesteydelser, hvilket efter rettens vurdering bekræfter, at der overvejende er tale om en tjenesteydelsesaftale fremfor en købsaftale.⁷²

Afslutningsvis lagde retten vægt på, at PC's søgsmål udspringer af en påstand om manglende rigtig opfyldelse af en tjenesteydelse.⁷³

Restatement, Second, Conflict of Laws, 1971 indeholder i § 196 en bestemmelse om lovvalget i forbindelse med tjenesteydelser med hensyn til gyldigheden af en sådan aftale og de forpligtelser, der udspringer af aftalen. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

§ 196 Contracts for the Rendition of Services

"The validity of a contract for the rendition of services and the rights created thereby are determined, in the absence of an effective choice of law by the parties, by the local law of the state where the contract requires that the services, or a major portion of the services, be rendered, unless, with respect to the particular issue, some other state has a more significant relationship under the principles stated in § 6 to the transaction and the parties, in which the event the local law of the other state will be applied."

⁷²⁾ Dette ræsonnement forekommer dog noget mærkværdigt.

⁷³⁾ I sagen indebærer dette, at retten anvender Restatement Second of Contracts i stedet for UCC til at løse tvisten.

Bestemmelsens anvendelsesområde er mere begrænset end ordlyden umiddelbart giver indtryk af. Bestemmelsen finder anvendelse på aftaler indgået med arbejdstagere, entreprenører, læger, advokater, mæglere og kommissonærer.⁷⁴

Udgangspunktet for lovvalget er at anvende den stats lovgivning, hvor tjenesteydelsen opfyldes eller skulle opfyldes, med mindre en stat i overensstemmelse med § 6 i Restatement, Second, Conflict of Laws, 1971 har en stærkere tilknytning til sagen.⁷⁵ I retspraksis er opfyldelsesstedet blevet påberåbt som afgørende for lovvalget, men i de flere sager er andre principper blevet påberåbt for at fastlægge lovvalget, herunder stedet for kontraktens indgåelse og den individualiserende metode. Med nogle få undtagelser har domstolene dog fulgt princippet i § 196, således at opfyldelsesstedet er afgørende for lovvalget.⁷⁶

Bestemmelsen giver ikke anledning til selvstændige fortolkningsvanskeligheder i forbindelse med indirekte elektronisk handel, da opfyldelsesstedet er det centrale tilknytningsmoment i forbindelse med anvendelsen af § 196, og opfyldelsen vil fortsat ske på traditionel vis.⁷⁷

Restatement, Second, Conflict of Laws indeholder i § 197 en bestemmelse om lovvalg i forbindelse med transportaftaler. Bestemmelsen lyder:

§ 197 Contracts of Transportation

"The validity of a contract for the transportation of passengers or goods and the rights created thereby are determined, in the absence of an effective choice of law by the parties, by the local law of the state from which the passenger departs or the goods are dispatched, unless, with respect to the particular issue some other state has a more significant relationship under the principles stated in § 6 to the contract and to the parties, in which event the local law of the other state will be applied."

⁷⁴⁾ Af Restatement, Second, Conflict of Laws § 196, comment (a) (1971), følger det: "The rule applies to contracts with servants, independent contractors and agents and with persons exercising a public profession, as lawyers, doctors, brokers, commission agents and factors."

⁷⁵⁾ Af Restatement, Second, Conflict of Laws, § 196, comment (d), (1971): "On occasion, a state, which is not the place where the contract requires that the services, or a major portion of the services, should be rendered will nevertheless, with respect to the particular issue, be the state of most significant relationship to the transaction and the parties and hence the state of the applicable law. This may be so, for example, when the contract would be invalid under the local law of the state where the services are to be rendered but valid under the local law of the another state with a close relationship to the transaction and the parties".

⁷⁶⁾ Jf. Eugene F. Scoles og Peter Hay, Conflict of Laws, 2. udg., 1992, side 708.

⁷⁷⁾ Bestemmelsen giver dog anledning til større fortolkningsvanskeligheder i forbindelse med direkte elektronisk handel, hvor eksempelvis en advokats tilvejebringelse af en "elektronisk rådgivning" vil være omfattet af direkte elektronisk handel.

Anvendelsesområde for bestemmelsen angår såvel lovvalget i forbindelse med person- som godstransport i forbindelse med kontraktuelle krav. Reglen har imidlertid en begrænset betydning som følge af føderal lovgivning indenfor området.⁷⁸ Bestemmelsen finder således ikke anvendelse i forbindelse med deliktsretlige krav. Udgangspunktet i bestemmelsen er, at der anvendes den statslovgivning, hvorfra den fysiske person rejser, eller hvorfra godset er sendt. I lighed med § 196 i Restatement, Second, Conflict of Laws, vil § 6 kunne indebære en fravigelse af hovedreglen i bestemmelsen.

Bestemmelsen finder ikke anvendelse i forbindelse med direkte elektronisk handel, da der forudsættes transport af fysiske personer og gods, for at bestemmelsen kan finde anvendelse.

2.2. EU-ret - International privatret.

Nedenfor gennemgås indledningsvis de internationale privatretlige regler i forbindelse med løsørekøb respektive tjenesteydelser, idet det bemærkes, at de internationale privatretlige i medlemsstaterne ikke udspringer direkte af EU-retten, men er for tiden folkeretlig funderet. Det må dog forventes i forbindelse med den forestående revidering af Romkonventionen, at den vedtages som en sekundær retsakt, antagelig som en forordning i lighed med Domsforordningen, for at sikre en ensartet retsanvendelse i medlemsstaterne.

2.2.1. EU-ret – International privatret – Løsørekøb.

De internationale privatretlige regler, der finder anvendelse i forbindelse med internationale løsørekøb indenfor medlemsstaterne, er forskellige.⁷⁹ Afhængig af

⁷⁸⁾ Restatement, Second, Conflict of Laws, § 197, comment (a), 1971: "The rule of this section has its primary application to claims in contract for personal injuries. Probably the majority of claims in contract for damage to goods during interstate transportation or during international transportation to or from the United States by land, sea, or air are governed by treaty or by federal law."

⁷⁹⁾ Det bemærkes, at de enkelte medlemsstaters ratificering af henholdsvis CISG og Løsørekøbslovsvalgsloven er sket på folkeretligt plan. CISG og Løsørekøbslovsvalgsloven er ikke en "del" af EU-retten, men er medtaget i denne sammenhæng, da disse kan udgøre en del af de enkelte medlemsstaters internationale privatret.

forumlandet vil der være mulighed for, at CISG⁸⁰ art. 1, Løsørekøbslovvalgsloven⁸¹ eller Romkonventionen⁸² finder anvendelse. CISG art. 1 har forrang i forhold til Løsørekøbslovvalgsloven. Løsørekøbslovvalgsloven har forrang i forhold til Romkonventionen, jf. Romkonventionen art. 21 og efter dansk ret § 1, stk. 4 i gennemførelsesloven.

Hvis medkontrahenterne har forretningssteder, jf. CISG art. 10, i forskellige stater, og disse stater har ratificeret CISG, vil de materielle bestemmelser i CISG kunne finde anvendelse, jf. CISG art. 1, stk. 1, litra a. Er sælger og køber således hjemmehørende i eksempelvis Tyskland og Italien, og der foreligger et materielt problem indenfor CISG's anvendelsesområder, vil CISG kunne finde anvendelse. Hvis parterne er hjemmehørende i forskellige stater indenfor de nordiske lande, vil CISG ikke finde anvendelse, da de nordiske lande har taget et art. 94 forbehold, der indebærer, at CISG ikke anvendes ved inter-nordiske køb. I et sådant tilfælde vil det være nødvendigt at anvende Løsørekøbslovvalgslovens § 4 til at fastlægge lovvalget. Alle de nordiske lande har ratificeret Løsørekøbslovvalgsloven.

Til trods for at tre medlemsstater ikke har ratificeret CISG, vil CISG alligevel kunne anvendes i forhold til medkontrahenter hjemmehørende i de respektive medlemsstater. Det følger af CISG art. 1, stk. 1, litra b⁸³, 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 forumlandet⁸⁴ peger på anvendelsen af national ret i en stat, der har ratificeret CISG.

⁸⁰⁾ CISG eller United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Efter dansk ret vedtaget som Lov 1988-12-07 nr. 733. CISG er p.t. ratificeret af 59 lande. For en nærmere oversigt, se: www.cisg.pace.edu/cisg/countries/entries.html. CISG er ratificeret af samtlige medlemsstater i EU med undtagelse af England, Irland og Portugal.

⁸¹⁾ Efter dansk ret lovebekendtgørelse 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." Medlemsstaterne Belgien, Danmark, Finland, Frankrig, Italien og Sverige har ratificeret konventionen.

⁸²⁾ Efter dansk ret Lov 1984-05-09 nr. 188 om gennemførelse af konventionen om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser m.v., som ændret ved L. 1990-05-16 nr. 305 og L. 2000-05-31 nr. 442.

⁸³⁾ Peter Arnt Nielsen, International Erhvervsret – privat- og procesret, 1999, 1. udg., 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>.

⁸⁴⁾ Hvilket vil sige en af de andre 12 medlemsstater i denne sammenhæng.

Hvis der foreligger et internationalt handelskøb mellem parter hjemmehørende i England og Portugal, vil CISG ikke finde anvendelse, herunder CISG art. 1. Ingen af de to lande har ratificeret Løsørekøbslovvalgsloven, hvorfor Romkonventionen, jf. nærmere nedenfor, anvendes til fastlæggelse af lovvalget.

Anvendelsesområdet for CISG er fastlagt i konventionens kapitel 1, art. 1 – 6.⁸⁵ Den realkøbelse, konventionen omfatter, er løsørekøbet, hvor parterne er hjemmehørende i forskellige stater. Art. 2 indeholder en negativ afgrænsning med hensyn til, hvornår CISG ikke finder anvendelse, herunder internationale forbrugerkøb. CISG's primære anvendelsesområde er således internationale handelskøb, men internationale civilkøb er ikke undtaget fra konventionens anvendelsesområde, men må antages at have en marginal betydning.

I de situationer, hvor aftalen vedrører såvel løsøregenstande som tjenesteydelser skal der foretages en afvejning af, hvad den overvejende del af aftalen angår. Kan den overvejende del af aftalen henføres til løsørekøbet, vil CISG kunne finde anvendelse, jf. CISG art. 3.

Der synes ikke at foreligge klarhed, hvorvidt CISG kan finde anvendelse på andre typer af realkøb end løsørekøb. Det er i den sammenhæng værd at bemærke, at CISG sigter til, til trods for at dette spørgsmål ikke er reguleret efter konventionen, at ejendomsretten til en løsøregenstand overføres fra sælger til køber. Tjenesteydelser vil således kun være direkte reguleret efter CISG, hvor der foreligger en hybrid, hvor tjenesteydelsen udgør en mindre del af aftalen, jf. CISG art. 3.

Hvis der foreligger en licensaftale eller aftale om en tjenesteydelse er det omtvistet, hvorvidt CISG kan finde anvendelse. En licensaftale indebærer ikke en overdragelse af en ejendomsret mellem medkontrahenterne, men skal ses som en aftale, hvor licenstageren mod et vederlag får mulighed for at udnytte immaterielle rettigheder

⁸⁵⁾ Se ligeledes Joseph Lookofsky, *Understanding CISG in Scandinavia*, 1996, side 17 ff. med henvisninger.

eller know-how tilhørende licensgiver.⁸⁶ I litteraturen er det ligeledes blevet anført, at CISG ikke bør anvendes ved licensaftale, hvilket synspunkt kan støttes.⁸⁷

I lighed med den danske købelov og anvendelsen af denne er det dog værd at fremhæve, at CISG del III ligeledes i vid udstrækning er et udtryk for almindelige obligationsretlige grundsætninger, obligationsrettens almindelige del, hvorfor en påberåbelse af en analog eller vejledende anvendelse vel ikke kan anses som fjern, når der ikke p.t. eksisterer et klart retsgrundlag for andre realydelser i EU end løsørekøbet.

Anvendelsesområdet for Løsørekøbslovsloven er, at der foreligger en fysisk løsøregegenstand.⁸⁸ I lighed med CISG, kan Løsørekøbslovsloven ikke finde anvendelse på internationale forbrugerftaler om løsørekøb.⁸⁹

Den centrale bestemmelse i Løsørekøbslovsloven er den faste lovvalgsregel i § 4, stk. 1. Undtagelsen i § 4, stk. 2 må antages ikke at have nogen relevans i forbindelse med indirekte elektronisk handel, da forudsætningen for anvendelsen af bestemmelsen er sælger eller dennes repræsentant fysisk er til stede i købers land. Da aftalen i forbindelse med indirekte elektronisk handel sker via elektronisk

⁸⁶⁾ Jørgen Hansen, Licensaftalen, Udenrigstjenestens Eksportinformation, 1981, definerer en licensaftale som følger: "Ved licensaftale vil i det følgende blive forstået en aftale, hvor en person – licensgiver – indgår aftale med en anden – licenstag – hvorved licenstag for et vederlag gives adgang til enten at anvende immaterielle rettigheder tilhørende licensgiver, eller en know-how, som licensgiver måtte have."

Jens Schovsbo, Immaterialrets aftaler fra kontrakt til status, 2001, side 71, definerer i relation til patenlicensaftaler en licensaftale, som følger "Licensaftalen indebærer en partiel rettighedsoverdragelse og adskiller sig fra en aftale om et salg af et patent ved, at "overdrager" – licensgiver – vedbliver at være ejer af patentet og således bevarer den uoverdragede del af retten. Til forskel fra salgsaftalen er licensaftalen endvidere kendetegnet ved at have en udstrækning i tiden, f.eks. et bestemt antal år."

For en nærmere drøftelse af grænsedragningen mellem køb og licensaftaler. Se Mogens Kockvedgaard, Lærebog i immaterialret, 1999, 5. udg., side 366 ff.

⁸⁷⁾ "Leases or licensing agreements ought not to be governed by the CISG. However, there can be situations in which an agreement that is so titled in fact has the overwhelming characteristics of a sale and will be regarded as a sales transactions governed by CISG.", jf. 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. For andre typer af licensaftaler, se John Honnold, Uniform Law for International Sales, 3. udgave, § 56: "... sales of patent rights copyrights, trademarks and know-how are not governed by CISG."

⁸⁸⁾ Peter Arnt Nielsen, International privat- og procesret, 1. udg., 1997, side 556 med henvisning til den franske titel på konventionen, der forudsætter, at der foreligger "ventes d'objects mobiliers corporels".

⁸⁹⁾ Se nærmere Løsørekøbslovslovens § 1, stk. 2, hvor undtagelserne for lovens anvendelsesområde er angivet.

kommunikation har bestemmelsen således kun en selvstændig betydning i forbindelse med konventionel handel. Muligheden for forum shopping elimineres således utilsigtet ved anvendelse af indirekte elektronisk handel. Bestemmelsen i § 4, stk. 1 anvendes uanset, om medkontrahenten er hjemmehørende i et land, der ikke har ratificeret Løsørekøbslovsloven.

Romkonventionen gælder i hovedsagen for alle typer af kontraktlige forpligtelser, hvor der skal foretages et valg mellem lovene i forskellige lande, jf. Romkonventionen art. 1, stk. 1. I art. 1, stk. 2 opregnes dog i litra a – h en række situationer, hvor Romkonventionen ikke finder anvendelse, ligesom Romkonventionen ikke finder anvendelse på forsikringsaftaler, dækkende risici beliggende i EU, jf. art. 3.

Romkonventionens anvendelsesområde dækker såvel løsørekøb som andre typer af realtydelser, ligesom Romkonventionen i modsætning til CISG og Løsørekøbslovsloven kan finde anvendelse på forbrugeraftaler af international karakter.

Romkonventionen vil således have relevans ved internationale løsørekøb mellem erhvervsdrivende, såfremt forumstaten for en tvist er England, Irland eller Portugal. Romkonventionens hovedbestemmelse om lovvalg i mangel af en lovvalgsklausul i kontrakten, jf. art. 3, er art. 4.⁹⁰

Den teoretiske hovedregel er givet i art. 4, stk. 1, der som lovvalgsregel bygger på den individualiserende metode. Art 4, stk. 2 er den generelle formodningsregel, hvis udgangspunkt er, at 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. Den karakteristiske ydelse⁹¹ i en international aftale om et løsørekøb er løsøregenstanden. Som udgangspunkt vil det i lighed med anvendelsen af løsørekøbslovslovens § 4, stk. 1 resultere i, at sælgers lands ret finder anvendelse, såfremt lovvalget skal løses efter Romkonventionens art. 4, stk. 2. Det forhold, at indirekte elektronisk handel skaber nye og anderledes tilknytningsmomenter, jf. nærmere nedenfor kan bevirke, at den individualiserende metode får en større betydning i fremtiden.

⁹⁰⁾ Art. 4, stk. 3 og 4 indeholder særlige lovvalgsregler om fast ejendom og transport af gods. Bestemmelsen om fast ejendom omtales ikke yderligere i denne sammenhæng

⁹¹⁾ Spørgsmålet om fastlæggelsen af den karakteristiske ydelse drøftes nærmere under 2.2.2.

I henseende til at skabe klarhed, hvad angår det relative upræcise begreb nærmeste tilknytning kan konkretiseringen i art. 4, stk. 2 ses som en forenkling⁹², og en bestemmelse, der i vid udstrækning skaber forudsigelighed for medkontrahenterne, 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. Begrebet tilknytningsmoment har som sådan ikke noget selvstændigt retligt indhold, der på forhånd er fastlagt i relation til fortolkningen og anvendelsen af Romkonventionen. Det er således op til domstolene at fastlægge og udvikle tilknytningsmomenterne. Såvel den indirekte som direkte elektroniske handel etablerer potentielle nye tilknytningsmomenter, der kan lægges vægt på i den fremtidige retspraksis. Nedenfor gives en række eksempler herpå, men disse må under ingenlunde betragtes som udtømmende, da dette retsområde må betragtes som særdeles dynamisk. Forholdet må betragtes som vigtigt i relation til anvendelsen af henholdsvis den individualiserende metode og formodningsreglen, idet den elektroniske handel skaber en mulighed for at organisere markedstransaktionerne på måder, der ikke hidtil har været anvendt i den konventionelle handel.

En e-mail adresse kan give en indikation, for hvor en part er hjemmehørende, såfremt der i tilknytning til den konkrete anvendelse, benyttes en e-mail med landekode. I de situationer, hvor der anvendes generiske betinget endelser som .com, er anvendelsen af en e-mail adresse som et tilknytningsmoment udelukket. Anvendelsen af en e-mail adresse med landekode kan ligeledes være problematisk, når der henses til, at erhvervelsen heraf er meget let. I de tilfælde, hvor en multinational virksomheds ansatte benytter en landekode, som f.eks. siemens.dk eller siemens.de kan dette give en indikation for medkontrahenten, hvilken "del" af den multinationale virksomhed, der kontraheres med.

Toplevel domænenavnet kan ligeledes være et tilknytningsmoment, der kan tillægges værdi, såfremt virksomheden anvender en landekode, men dette er ikke nødvendigvis et udtryk for, hvor virksomheden rent faktisk er hjemmehørende. Dette nødvendiggør en konkret undersøgelse heraf.

Den geografiske placering af en server vil ligeledes kunne udgøre et tilknytningsmoment i forbindelse med den direkte elektroniske handel, således at stedet, hvor det digitale produkt up-loades og downloades fra, kan indgå som et tilknytningsmoment. En virksomhed kan således være hjemmehørende i Tyskland,

⁹²⁾ 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. Herefter forarbejderne til Romkonventionen.

men den server, hvortil up-loading og downloadingen foregår fra, er placeret i Italien.⁹³

I den hidtidige retspraksis, som ikke har været yderligere kompliceret af de retlige implikationer af elektronisk handel, har forholdet mellem anvendelsen af den individualiserende metode og formodningsreglen givet anledning til nogle enkelte sager.

Ved appelretten 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 de i kontrakten omhandlede produkter i Frankrig. I forbindelse med et besøg hos den italienske producent blev det franske 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 indestås 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 karakteristiske ydelse (realydelsen i den kontekst), hvorfor formodningsreglen, jf. Romkonventionen art. 4, stk. 2, almindeligvis burde finde 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 korrekt i denne sag Romkonventionens art. 4, stk. 5 til at tilsidesætte anvendelse af formodningsreglen til fordel for den individualiserende metode.

I 1992 skulle den hollandske Højesteret (Hoge Raad) 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

⁹³⁾ I amerikansk ret er udgangspunktet for, at der etableres den fornødne tilknytning til et forum, at der er vist omfang af tilstedeværelse i en given sag. Den ledende Højesteretsdom på området er *International Shoe Co. v. Washington*. Supreme Court of the United States, 1945. 326 U.S. 310, 66 S.Ct. 154, 90 L.Ed. 95.

I en nyere sag 636 So.2d 1351 (1994) *Pres-Kap v. System One Direct Access*. Produktudbyderen var hjemmehørende i staten New York, men solgte produkter i flere stater på grundlag af en database placeret på en server i Florida. Retten i Florida fastslog, at der ikke med denne handling var skabt den fornødne tilstedeværelse i Florida, hvorfor retten afviste behandling af sagen.

Der må formentlig i langt de fleste sager udvises en vis forsigtighed med at anvende den fysiske placering af en teknisk anordning som et tilknytningsmoment.

installationen af maskinen, fandt sted hos den franske køber. Første instans domstolen fandt, at fransk ret skulle anvendes, 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 finde anvendelse fremfor tilknytningsreglen.

Højesteret tiltrådte i sin afgørelse det af appelretten givne udsagn om fortolkningen og anvendelsen af tilknytningsreglen, at "when applying the exception (in article 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."⁹⁴

Den hollandske Højesterets argumentation er ikke i overensstemmelse med forarbejderne til Romkonventionen, idet det af forarbejderne fremgår, at der ved anvendelsen af Romkonventionens art. 4 skal benyttes en smidig anvendelse af formodningsreglen i forhold til den individualiserende metode, således at formodningsreglen ingenlunde skal anvendes indskrænkende.⁹⁵

Sagens udfald er diskutabel, når der henses til, at der qua parternes handlinger etableres tilknytningsmomenter, der normalt tillægges vægt i den internationale privatret, til fordel for fransk ret. Afgørelsen kan antagelig ses som et udtryk for en *lex fori* tendens, hvor den hollandske Højesteret skulle finde en måde at legitimere sit lovvalg efter.⁹⁶

Forholdet mellem formodningsreglen og den individualiserende metode har været forelagt den danske Højesteret i en enkelt sag indtil videre.

I Højesteretsdommen U1996.937 HK 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

⁹⁴⁾ For en nærmere gennemgang af sagerne se Ole Lando, *Some features of the law of contract in the third millenium*, *Scandinavian Studies in Law* 2000, side 352 f.

⁹⁵⁾ Se Giuliano og Lagarde rapporten, side 19.

⁹⁶⁾ Såfremt Holland havde ratificeret konventionen, der ligger til grund for Løsøre Købslovvalgsloven, ville den faste lovvalgsregel i § 4, stk. 2 have ført til, at fransk ret skulle anvendes.

værneting og lovvalg mellem medkontrahenterne. I forbindelse med sagens afgørelse i Vestre Landsret udtalte retten: Uanset formodningsreglen i Romkonventionens art. 4, stk. 2, må det antages, at det afgørende for lovvalget er en samlet bedømmelse af parternes retsforhold, jf. Romkonventionen art. 4, stk. 1, jf. stk. 5.”

Vestre Landsrets udtalelse må fortolkes derhen, at i de tilfælde, hvor en række tilknytningsmomenter samlet er så tungtvejende i forhold til et andet land, end hvor realdebitor er hjemmehørende, da bør formodningsreglen 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 angivelse med vedtagelsen af tysk ret. I den foreliggende sag havde det danske selskab afvist anvendelsen 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 filial⁹⁷, 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 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, hvorfor dansk materiel ret skulle finde anvendelse.

Til støtte for anvendelse af tysk ret, havde det tyske selskab ”kun” kunne gøre gældende, at der var tale om et tysk selskab, og at opfyldelsen af kontraktens realydelse skulle finde sted i Tyskland.

Med denne afgørelse i Højesteret er den danske fortolkning og anvendelse af Romkonventionen, i modsætning til den hollandske Højesterets udlægning, i overensstemmelse med forarbejderne til Romkonventionen.

Den valgte lovtekniske konstruktion i art. 4 giver anledning til fortolknings- og

⁹⁷⁾ Filialbegrebet skal i denne sammenhæng forstås som det i Domskonventionens 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.

anvendelsesmæssige vanskeligheder, herunder at det for medkontrahenterne bliver sværere at udsige udfaldet af det internationale privatretlige problem. På den anden side må det holdes for øje, at anvendelsen af formodningsreglen kan give en vis indikation for lovvalget, men at det i den konkrete retsanvendelsen ud fra et retssikkerhedsmæssigt synspunkt om at finde frem til den mest rigtige løsning (retfærdighed) kan være nødvendigt at anvende den individualiserende metode.

2.2.2. EU-ret – international privatret – tjenesteydelser.

Som nævnt under 2.2.1 finder Romkonventionen anvendelse på alle typer af kontraktlige forpligtelser med de angivne undtagelser. I denne sammenhæng betragtes det som udelukket, at CISG eller Løsøre Købslovsloven kan finde anvendelse på tjenesteydelser.

I Romkonventionen sondres der i en vis udstrækning mellem kontrakttyper og parternes status. Art. 5 omhandler forbruger aftaler, art. 6 arbejdsaftaler og art. 4, stk. 3 omhandler rettigheder over fast ejendom. Disse bestemmelser skal ikke omtales nærmere i denne sammenhæng.

Efter Romkonventionen sondres der mellem tjenesteydelser omfattet art. 4, stk. 4, der omhandler transport af gods, og alle andre typer af tjenesteydelser, der umiddelbart kan henføres til art. 4, stk. 2.⁹⁸ Formodningsreglen i art. 4, stk. 2 omfatter de situationer, hvor det er muligt at udskille den for kontrakten karakteristiske ydelse.⁹⁹ Tjenesteydelsen er den for kontrakten karakteristiske ydelse i en gensidig bebyrdende kontrakt.¹⁰⁰ Anvendelsen af den karakteristiske ydelse som den udslagsgivende tilknytningsfaktor til at bestemme, hvor aftalen har sin nærmeste

⁹⁸⁾ Bestemmelsen anvendes ligeledes i forhold til store dele af mellemmandsretten, som f.eks. forhandler- og franchisekontrakter. Se nærmere om lovvalget i forbindelse med forhandlerkontrakter Kim Østergaard, 1. udg., Julebog 2000, side 123 ff. og om franchiseaftaler Peter Arnt Nielsen, International privat- og procesret, 1. udg., 1997, side 511 f.

⁹⁹⁾ At anvende den karakteristiske ydelse som tilknytningsfaktor blev udfærdiget af den schweiziske professor von Schnitzer i 1940'erne, jf. Torben Svénné Schmidt, International formueret, 2. udg. 2000, side 224 f. Se ligeledes Dicey & Morris, The Conflict of Laws, Volume 2, 13. udg., 2000, side 1236 f. med henvisninger.

¹⁰⁰⁾ Jf. Forarbejderne til Romkonventionen, side 20, hvoraf det fremgår: "Når det derimod drejer sig om gensidig bebyrdende aftaler, hvorved begge parter forpligter sig til at erlægge en ydelse, vil den ene af parternes modydelse i moderne økonomi som regel være penge. Denne ydelse er således ikke karakteristisk for aftalen. Det er den ydelse, for hvilken der skal ydes betaling, dvs., alt afhængig af de forskellige kontrakttyper, f.eks. overdragelse af ejendomsret, levering af løsøre genstande, overdragelse af ejendomsret, levering af løsøre genstande, overdragelse af en genstand, uforelse af en tjenesteydelse, transport, forsikring, bankforretning, sikkerhedsstillelse etc. som er kontraktens tyngdepunkt og sociale og økonomiske funktion."

tilknytning til har været udsat for betragtelig kritik. I kritikken er det blevet fremført, at anvendelsen af bestemmelsen giver anledning til vanskeligheder, at bestemmelsen er for snæver i forhold til de meget forskelligartede kontrakttyper, der kan henføres under art. 4, stk. 2, at det tilknytningsmoment der er i relation til det land, hvor pengedebitor ikke tillægges værdi, og at bestemmelsen ikke er en effektiv måde at fastlægge, hvor aftalen har sin nærmeste tilknytning til.¹⁰¹ Som drøftet oven for vil domstolenes ukritiske brug af art. 4, stk. 2 kunne indebære en risiko for, at lovvalget ikke fastlægges efter, hvor aftalen har sin nærmeste tilknytning til, hvilket bevirker, at det må overvejes, hvorvidt det overhovedet er hensigtsmæssigt med formodningsregler og faste lovvalgsregler i den internationale privatret.¹⁰² I de tilfælde, hvor medkontrahenterne begge præsterer en tjenesteydelse, skal lovvalget foretages efter art. 4, stk. 1.

Det er særdeles vanskeligt at give et entydigt og kvalificeret bud på, hvilke typer af tjenesteydelser, der vil være mest fremherskende i forbindelse med indirekte elektronisk handel. Umiddelbart forekommer internationale entreprise- og rådgivningsaftaler at være oplagte.¹⁰³ For entrepriseaftaler må der antagelig være tale om entrepriseaftaler af mindre økonomisk værdi og kompleksitet.

I den oven for diskuterede Højesteretsdom, jf. U1996.937 HK, som vedrørte en entrepriseaftale, fandt retten det ikke relevant at fravige formodningsreglen til fordel for den individualiserende metode efter art. 4, stk. 1 i Romkonventionen. Afgørelsen synes rigtig under hensyntagen til, at yderligere tilknytningsmomenter ud over realdebitors forretningssted kunne henføres til Danmark, og at opfyldelsesstedet i Tyskland må anses som det eneste reale tilknytningsmoment til fordel for en anvendelse af tysk ret.

I relation til entrepriseaftaler er det blevet fremført, at det kan diskuteres, hvorvidt realdebitors bopæl eller forretningssted bør tillægges en sådan vægt, at dette er det afgørende tilknytningsmoment til fastlæggelse af lovvalget. Entreprenøren udfører den for kontrakten karakteristiske ydelse, og i de tilfælde hvor opfyldelsen af aftalen sker i udlandet, har aftalen en stærkere tilknytning til det land, hvor opfyldelsen af kontrakten finder sted.¹⁰⁴ Dette synspunkt synes yderligere forstærket i forbindelse

¹⁰¹⁾ Jf. Dicey & Morris, *The Conflict of Laws*, Volume 2, 13. udg., 2000, side 1237.

¹⁰²⁾ Dette aspekt drøftes yderligere under 4.

¹⁰³⁾ Licensaftaler drøftes i forbindelse med direkte elektronisk handel.

¹⁰⁴⁾ Torben Svénné Schmidt, *International formueret*, 2. udg., 2000 side 226 og med henvisninger i fodnote 69. Forfatteren anfører: "Det er vel forståeligt, at man normalt har foretrukket at undgå loven i det land, hvor den karakteristiske ydelse skal præsteres (opfyldelsesstedet), idet det ved mange arter af aftaler kan være diskutabelt, hvor opfyldelsesstedet er, men dette synes ikke at være tilfældet ved entreprisekontrakter."

med indirekte elektronisk handel, særligt når der henses til, at såvel kontraktforhandlingerne som aftalens indgåelse sker on-line, uden at parterne fysisk mødes. Det vil selvsagt i en konkret sag kunne være en nødvendighed at fastlægge, hvornår og hvor aftalen er indgået, men der kan sættes spørgsmålstejn ved, hvorvidt dette "sted" er en del af medkontrahenternes berettigede forventninger om, hvad der afgørende for, hvilket land aftalen har sin nærmeste tilknytning til. Hvad angår realdebitors bopæl eller forretningssted som den afgørende tilknytningsfaktor i forbindelse med entrepriseaftaler, må det overvejes, hvorvidt parterne overhovedet har en forventning om denne tilknytningsfaktor er den udslagsgivende i forbindelse med indirekte elektronisk handel. Et af de væsentlige hensyn i den internationale privatret er, at domstolene i retsanvendelsen beskytter parternes forventninger, således at forudsigeligheden ved en evt. tvist har en fremtrædende plads.¹⁰⁵

Samtidig må det holdes for øje, hvorvidt der overhovedet kan udledes noget entydigt, hvad angår parternes forventninger.

For så vidt angår de mange forskellige rådgivningsydelser, som en advokat, revisor, ingeniør, konsulent, mægler m.v. præsterer, er de den part i kontraktforhold, der præsterer den for kontrakten karakteristiske ydelse. De ydelser, som denne gruppe af tjenesteydere frembringer, vil kunne benyttes i forbindelse med såvel indirekte som direkte elektronisk handel. I de situationer, hvor rådgivningen foregår i forbindelse med indirekte elektronisk handel, som f.eks. i den situation hvor en civilingeniør udfører rådgivning på stedet i et fremmed land i forbindelse med opførelsen af en bro, synes en sådan aftale at have sin nærmeste tilknytning til det land, hvori denne rådgivningsydelse opfyldes. Dette indebærer i givet fald en fravigelse af formodningsreglen til fordel for den individualiserende metode. Derimod kan det anføres, at i de tilfælde, hvor rådgivningen sker on-line, da bør formodningsreglen finde anvendelse, da opfyldelsesstedet ikke kan tillægges samme værdi, særligt når der henses til, at dette sted kan være ganske arbitrært i forbindelse med direkte elektronisk handel.

Bestemmelsen i art. 4, stk. 4 om lovvalget i forbindelse med transport af gods er kun relevant i forbindelse med indirekte elektronisk handel. Bestemmelsen er snævrere i sit anvendelsesområde end Restatement, Second, Conflict of Laws § 197. Bestemmelsen er en formodningsregel, således at aftalen antages at have sin nærmeste tilknytning til det land, hvor transportøren på tidspunktet for aftalens indgåelse har sit hovedforretningssted, hvis dette land tillige er det land, hvor laste-

¹⁰⁵⁾ Allan Philip, Dansk international privat- og procesret, 3. udg., 1976, side 28: "En væsentlig grund til, at man tager hensyn til fremmed rets indhold, er hensynet til parternes forventninger.....Parter vil ofte have indrettet sig efter en bestemt retlig regulering og vil blive forbavsede over at blive henholdsvis bedre eller dårligere eller blot anderledes stillet, end denne retlige regulering medfører."

eller lossestedet eller afladerens hovedforretningssted er beliggende. I bestemmelsen tilføjes, at certepartier for en enkelt rejse og andre aftaler, der har transport af gods som hovedformål, skal betragtes som godstransporter i bestemmelsens forstand.¹⁰⁶ Reglen indebærer, at de nationale regler i transportørens hjemland finder anvendelse på aftalen.¹⁰⁷

3. Direkte elektroniske handel.

Direkte elektroniske handel forudsætter, at alle handlinger indenfor den kommercielle kæde kan ske on-line. Dette indebærer bl.a., at salg af løsøregerstande via Internettet ikke vil være omfattet af direkte elektronisk handel. I forhold til de internationale privatretlige regler, der finder anvendelse i medlemsstaterne i EU, bevirker dette, at CISG, herunder CISG art. 1 ikke benyttes. Løsørekøbslovvalgsloven vil således heller ikke kunne anvendes i forbindelse med direkte elektronisk handel.

3.1. International privatret – amerikansk ret.

De relevante bestemmelser om direkte elektronisk handel og international privatret i amerikansk ret findes i henholdsvis UCITA og Restatement, Second, Conflict of Laws. Selv om anvendelsesområdet for UCITA¹⁰⁸ i hovedsagen, jf. nærmere nedenfor, er direkte elektronisk handel, er der til stadighed realydelser som f.eks. musikværker, der ikke er omfattet af UCITA, men som samtidig er ganske velegnet i forbindelse med elektronisk handel. Lovvalgsproblemer for denne type realydelser vil fortsat skulle løses efter Restatement, Second, Conflict of Laws.

Anvendelsesområdet for UCITA er fastlagt i lovens section 103. Scope; Exclusions. I denne sammenhæng gengivet i uddrag.

”

¹⁰⁶⁾ Synspunktet kan tiltrædes. Ikke desto mindre er det nødvendigt at kunne udfinde opfyldelsesstedet i forbindelse med anvendelse af opfyldelsesværnetinget efter Domsforordningens art. 5, nr. 1. For en nærmere drøftelse heraf i relation til elektronisk handel, se Kim Østergaard, *Electronic Commerce – The concept of "place" or "there" in private international law*, Legal Aspects of Electronic Commerce, 1. udg., 2001, side 89 ff.

¹⁰⁷⁾ Se endvidere Peter Arnt Nielsen, *International privat- og procesret*, 1. udg., 1997, side 509 og Allan Philip, *EU-IP*, 2. udg., 1994, side 146 f. Hvis tjenesteydelsen vedrører et kursus i udlandet anvendes formodningsreglen om realdebitors bopæl eller forretningssted, jf. Allan Philip U 1988 B 426 ff. Se i den forbindelse U 1988.626 Ø.

¹⁰⁸⁾ For en dansk fremstilling herom, se: Jens Schovsbo, *Immaterialretsaftaler*, 1. udg., 2001, side 246 ff.

(a) This (Act) applies to computer information transactions.

(b) Except for subject matter excluded in subsection (d) and as otherwise provided in Section 104, if a computer information transaction includes subject matter other than computer information or subject matter excluded under subsection (d) the following rules apply:

- (1) If a transaction includes computer information and goods, this (Act) applies to the part of the transaction involving computer information, informational rights in it, and creation or modification of it. However, if a copy of a computer program is contained in and sold or leased as part of goods, this (Act) applies to the copy and the computer program only, if:
 - (A) The goods are a computer or a computer peripheral; or
 - (B) giving the buyer or lessee of the goods access to or use of the program is ordinarily a material purpose of transactions in goods of the type sold or leased.
- (1) Subject to subsection (d)(3)(A), if a transaction includes an agreement for creating, or for obtaining rights to create, computer information and a motion picture, this (Act) does not apply to the agreement if the dominant character of the agreement is to create or to obtain rights to create a motion picture. In all other such agreements, this (Act) does not apply to the part of the agreement that involves a motion picture excluded under subsection (d)(3), but does apply to the computer information
- (2) In all other cases, this (Act) applies to the entire transaction, if the computer information and informational rights, or access to them, is the primary subject matter, but otherwise applies only to the part of the transaction involving computer information, informational rights in it, and creation or modification of it.

(c) To the extent of a conflict between this (Act) and (Article 9 of the Uniform Commercial Code, (Article 9) governs.

(d) This (Act) does not apply to:

- (3) an agreement to create, perform or perform in, include information in, acquire, use, distribute, modify, reproduce, have access to adapt, make available, transmit, license, or display:
- (A) a motion picture or audio visual programming, other than in (i) a mass-market transaction or (ii) a submission of an idea or information or release of informational rights that may result in making af motion picture or similiar information product;
- (B) a sound recording, musical work, or phonerecord as defined or used in Title 17 of the United States Code af of July 1, 1999, or an enhanced sound recording, other than in the submission of an idea or information or release of

informational rights that may result in the creation of such material or a similar information product

Section 103 er opbygget efter følgende principper. Section 103, litra (a) fastlægger lovens anvendelsesområde som værende aftaler om computer informations produkter.¹⁰⁹ I section 103 litra (b) og (c) fastlægges, hvornår UCITA finder anvendelse under hensyntagen til, at en aftale omhandler såvel informations produkter som realydelser, der falder udenfor lovens anvendelsesområde. Section 103, litra (d) indeholder undtagelserne til lovens anvendelsesområde.

UCITA omhandler de aftaleretlige problemstillinger i relation til aftaler om informations produkter. Andre retsområder, der kan have betydning i et givent tilfælde er ikke reguleret efter UCITA. Det formentlige vigtigste tilstødende retsområde i forbindelse med informations produkter er immaterialretlige problemstillinger, der således ikke er omfattet af UCITA.

Eksempler på realydelser omfattet af UCITA er aftaler om frembringelse og udvikling af computer information, aftaler om computer programmer, der kan vedrøre såvel licensaftaler eller salg af en kopi. Aftaler om Internet adgang eller adgang til andre typer af elektronisk kommunikation fra et fjernt sted. Sådanne kontrakter vil omfatte data, tekst og billeder, hvor licenstagere får adgang til licensgivers system eller Internet hjemmeside. Omfattet af anvendelsesområdet for UCITA er ligeledes aftaler om frembringelse og distribution af digitale multimedia værker og data frembringelses kontrakter.¹¹⁰ Den primære kontrakttype, der ligger til grund for UCITA, er således licensaftalen.¹¹¹

¹⁰⁹⁾ Efter section 102(11) defineres computer information transaction som følger: "Computer information transactions are agreements that deal with the creation, modification, access to, license, or distribution of computer information. Section 102(a)(11). Computer information is information in a form directly capable of being processed by, obtained from, a computer and any copy, associated documentation, or packaging. Section 102(a)10. As stated in subsections (b) and (c), if a transaction is a computer information transaction but also involves other subject matter this Act applies only to the aspects of the transaction that involve "computer information".

¹¹⁰⁾ Jf. Den officielle kommentar til UCITA section 103.

¹¹¹⁾ Licensbegrebet er defineret i henhold til section 102 (41): "License means a contract that authorizes access to, or use, distribution, performance, modification, or reproduction of, information or informational rights, but expressly limits the access or uses authorized or expressly grants fewer than all rights in the information, whether or not the transferee has title to licensed copy. The term includes an access contract, a lease of a computer program, and a consignment of a copy. The term does not include a reservation or creation of a security interest to the extent the interest is governed by (Article 9 of the Uniform Commercial Code)."

Udenfor lovens anvendelsesområde er aftaler om salg eller leasing af løsøre, som er omfattet af UCC. Aftaler om personlige tjenesteydelser, med mindre der er tale computer informations udvikling og ansættelsesaftaler.¹¹²

Anvendelsesområdet for UCITA forudsætter således, at der foreligger et digitalt produkt, hvorved UCITA i vid udstrækning passer ind i den EU-retlige tilgang om en sondring mellem direkte og indirekte elektronisk handel.

Realydelsen kan imidlertid fremstå som en hybrid af flere realydelser, således at retsgrundlaget potentielt foruden UCITA kan omfatte UCC og common law. Selv om realydelser henhører under section 103 (a), er UCITA ikke en udtømmende lovgivning. Eksempelvis vil en tvist omhandlende svig skulle løses efter common law. Der vil således kunne opstå tvister, hvor det i løsningen heraf vil være nødvendigt at anvende en flerhed af retskilder til at løse tvisten.

Section 103 (b) og (c) vedrører de situationer, hvor UCITA erstatter allerede eksisterende retskilder. I denne sammenhæng fokuseres der på de væsentligste elementer i section 103 (b) og (c).

Section 103 (b)(1) omhandler de situationer, hvor en aftale omfatter såvel computer information som erhvervelsen af løsøregenstande; eksempelvis en computer. Købet af computeren vil være omfattet af UCC Article 2, medens den computer information, der måtte være tilgængelig i form af software programmer vil være omfattet af UCITA. En diskette indeholdende et program til installation af en printer på en computer kan ikke anses som løsøre i UCITA's forstand, da formålet med erhvervelsen angår information (bites), der er anvendelig fra et håndgribeligt gode.¹¹³

¹¹²⁾ I den officielle kommentar til bestemmelsen nævnes endvidere casual exchanges of information. contracts where computer information is not required by the agreement. contracts where computer information is insignificant, computers, televisions VCR's, DVD players, or similar goods, financial services transactions, insurance services transactions, contracts for print books, magazines, or newspapers, contracts for sound recordings and musical works, contracts for regulated telecommunications services and products, contracts for motion pictures, broadcast, or cable programming.

¹¹³⁾ I den officielle kommentar til bestemmelsen hedder det således: "A diskette is a tangible object but the information on the diskette does not become goods simply because it is copied on tangible medium, any more than the information in a book is governed by the law of the goods because the book binding and paper may be article 2 goods." Sondringen mellem løsøre- og informationsbegrebet har ligeledes været genstand for tvist i en lidt ældre sag. *Cardozo v. True*, 342 So.2d 1053 (Fla.Dist.Ct.App. 1977) vedrørte købet af en kagebog. Sagsøger Ingrid Cardozo og dennes ægtemand anlagde sag mod Norma True, også kendt som Norma A True and Ellie's Book and Stationery, med påstand om at True, som detailforretning, var erstatningsansvarlig efter statslovgivning i Florida (Fla. Stat. Ch. 672.314) eller efter common law med henvisning til, at der forelå en stiltiende garanti (implied warranty) for en køber i forbindelse med personlige skader som følge af manglende instruktion eller mangel på

Efter UCITA er der tale om computer information, som er indenfor lovens anvendelsesområde. Dette indebærer, at det medium uanset om det er håndgribeligt eller elektronisk, vil være indenfor UCITA's anvendelsesområde, jf. section 102. I sagen *Advent System, Ltd v. Unisys Corporation*, 925 F. 2d 670 (3d Cir. 1991) fastslog domstolen:

" that a computer program may be copyrightable as intellectual property does not alter the fact that once in the form of a floppy disc or other medium the program is tangible, moveable and available in the marketplace....The topic has stimulated academic commentary with the majority espousing the view that software fits within the definition of "good" in UCC."

Med vedtagelsen af UCITA hersker der ikke længere tvivl om, at software er omfattet af anvendelsesområdet for UCITA, uanset om softwaren kan downloades eller erhverves via en diskette.

Derimod vil informationen i en traditionel bog, hverken være omfattet af UCITA eller UCC, men derimod af common law. For de realydelser, der er omfattet af section 103 (b) og (c), der kan betegnes som hybride realydelser, vil det således i forhold til fastlæggelsen af, hvilke nationale materielle regler, der skal finde anvendelse på aftalen, kunne være nødvendigt at foretage en opdeling af lovvalget

oplysninger om giftige ingredienser, der skulle anvendes i forbindelse med udøvelsen af en opskrift.

I forbindelse med tilberedningen af en opskrift spiser sagsøger en "lille bid" af en dasheen plante, der ikke var kogt, hvorved hun pådrog sig en brændende fornemmelse på sine læber, mund, hals og tunge og øjeblikkelige mavekrampe. Mavekrampene varede flere dage til trods for medicinsk behandling.

Købet af bogen henhører under anvendelsesområdet for UCC article 2 og ligeledes efter retten i Florida, jf. section 672.105.

Hvad angår rækkevidden af løsorebegrebet efter UCC (og efter retten i Florida) fastslog retten:

"As we have observed, books are goods. As such Ellie's is held to have impliedly warranted the tangible, physical properties; i.e. printing and binding of books. But at this point it becomes necessary to distinguish between the tangible properties of these goods and the thoughts and ideas conveyed thereby. The principle involved is not directly controlled by any precedent of the decisional law, either under the doctrine of implied warranty under common law or as codified under the UCC. It is unthinkable that standards imposed on the quality of goods sold by a merchant would require that merchant, who is a book seller, to evaluate the thought processes of the many authors and publishers of the hundreds and often thousands of books which the merchant offers for sale. One can readily imagine the extent of potential litigation. Is the newsdealer, or for that matter the neighborhood news carrier, liable if the local paper's recipes call for inedible ingredients? We think not."

Dommen er i flere henseender interessant. I denne sammenhæng skal det dog blot fremhæves, at UCITA ikke vil finde anvendelse på denne form for information, idet der er tale om information hidrørende fra et løsorekøb, som ikke opfylder betingelsen om at være computer information. Informationen vil i stedet være reguleret efter common law.

(depeceage) for en given aftale.¹¹⁴

Efter section 103 (b)(1) in fine og section 103 (b)(1)(A) og (B) følger det, at UCITA finder anvendelse på kopien og computer programmet, såfremt kopien og computer programmet er indeholdt i løsøregenstanden (købt eller leaset), og under forudsætning af, at løsøregenstanden er en computer eller computer tilbehør eller det er sædvanligt, at det for køberen (og leasee) er væsentlig at kunne benytte det computer program, der er indeholdt i løsøregenstanden.

Dette betyder, at UCITA eksempelvis ikke kan finde anvendelse f.eks. ved køb af industrivaskemaskiner, selv om en sådan maskine indeholder et computerprogram til styring af vaskeprogrammer og vaskeprocessen.¹¹⁵ Formålet med bestemmelsen er således at udskille visse typer af løsøregenstande, som godt nok indeholder computerprogrammer, men hvor formålet med erhvervelsen er den funktionalitet, som løsøregenstanden præsterer frem for computerprogrammet.

Ved køb af en computer eller computer tilbehør finder UCITA således anvendelse på de indeholdte computerprogrammer og kopier indeholdende computerprogrammer, jf. section 103 (b)(1)(A). Denne bestemmelse vil formentlig ikke give anledning til store fortolkningsvanskeligheder. UCC anvendes i forhold til selve computeren.

Afgrænsningen af hvornår det er et væsentligt formål med erhvervelsen, at køberen (eller leasee) får adgang til at benytte et computer program indeholdt i en løsøregenstanden synes derimod ganske vanskelig.¹¹⁶ I de tilfælde, hvor kontraktgrundlaget består af såvel en "købekontrakt som en licensaftale", vil der næppe kunne herske tvivl, om at computerprogrammet er en væsentlig del af formålet med aftalen, hvorfor computerprogrammet er omfattet af UCITA. Hvornår adgangen til og anvendelsen af computerprogrammet er af væsentlig betydning fastlægges således qua den fremtidige domstolspraksis og under hensyntagen til den teknologiske udvikling. Fra et synspunkt om at kunne forudsige udfaldet af en tvist,

¹¹⁴⁾ Afhængig af hvor mange og hvilke stater, der implementerer UCITA, vil dette ligeledes kunne give mulighed for forum shopping.

¹¹⁵⁾ Af den officielle kommentar til bestemmelsen, jf. side 46, følger det: "This Act excludes a copy of the computer program if the copy is embedded in, inseparable from, and sold or leased as an indistinguishable part of goods. The standards for determining when this exception to the general rule arise focus on the nature of the goods containing the copy and on the importance of the program and access to it in the transaction in the goods."

¹¹⁶⁾ Af den officielle kommentar til bestemmelsen, jf. side 46, hedder det om fastlæggelsen af hvornår der foreligger et "væsentligt formål" med erhvervelsen: "While this test may involve close decisions in individual cases, bright line tests are not possible and that result is inevitable as digital information revolution continues to transform commerce."

herunder det relevante retsgrundlag, er bestemmelsen ikke hensigtsmæssig. Det må imidlertid holdes for øje, at der med denne bestemmelse trods alt er skabt et retsgrundlag, der er teknologineutral og som samtidig må anses for at være fremtidssikret.

UCITA indeholder i section 109 og 110 bestemmelser af international proces- og privatretlig karakter.

Efter henholdsvis section 109, litra a og section 110 opretholdes det principielle udgangspunkt om, at parterne i aftalen kan fastslægge, hvilken materiel lov, der skal finde anvendelse på aftalen, og udpege hvilken domstol, der har den stedlige kompetence til at dømme i en given tvist. Hvad angår fastlæggelsen af værneting for det tilfælde, at parterne ikke har truffet aftale herom, indeholder UCITA ingen bestemmelser herom, hvorfor en sådan sag skal løses efter principperne i Restatement Second of Conflict of Laws, jf. nærmere oven for under 2.

Section 109 indeholder bestemmelser om til løsning af lovvalgsproblematikken i de tilfælde parterne ikke har truffet nogen aftale herom.

Section 109 har følgende ordlyd (uddrag):

”
.

(b) In the absence of an enforceable agreement on choice of law, the following rules determine which jurisdiction's law governs in all respects for purpose of contract law:

(1) An access contract or a contract providing for electronic delivery of a copy is governed by the law of the jurisdiction in which the licensor was located when the agreement was entered into.

3. In all other cases, the contract is governed by the law of the jurisdiction having the most significant relationship to the transaction.

(c) In cases governed by subsection (b), if the jurisdiction whose law governs is outside the United States, the law of that jurisdiction governs only if it provides substantially similar protections and rights to a party not located in that jurisdiction as are provided under this (act). Otherwise, the law of the State that has the most significant relationship to the transaction governs.

(d) For purpose of this section, a party is located at its place of business if it has one place of business, at its chief executive office if it has more than one place of business, or at its place of incorporation or primary registration if it does not have a physical place of business. Otherwise a party is located at its primary residence.”

Section 109, litra b, nr. 1 indeholder en fast lovvalgsregel¹¹⁷ for to bestemte typer af realydelser omfattet UCITA, således at stedet, hvor licensgiver var hjemmehørende på tidspunktet for aftalens indgåelse, er afgørende for hvilke materielle bestemmelser, der finder anvendelse på aftalen. Stedet, hvor licensgiver er hjemmehørende, fastlægges efter section 109, litra d. Har licensgiver eksempelvis sit hovedsæde i staten Californien med filialer i ni andre stater i USA, er det californisk ret, der finder anvendelse på kontrakten. Section 109, litra d anvendes uafhængigt af, hvor computeren indeholdende kontraktinformation er fysisk placeret, til fastlæggelse af hvilke materielle regler, der skal finde anvendelse på aftalen. Licensgiveren i Californien kan således up-loade til en computer placeret i staten Washington, som licenstagere downloader fra uden dette får nogen betydning for lovvalget.

En access kontrakt defineres som en aftale, hvor der gives adgang til eller mulighed for at udtage information fra en elektronisk anordning, herunder en computer eller via en Internet hjemmeside eller giver tilsvarende mulighed for adgang. Omfattet af access kontrakt- begrebet vil således typisk være forskellige typer af on-line realydelser, som f.eks. Internet aviser, hvor brugeren forudsættes at tegne abonnement for at få adgang til alle data, der er tilgængelig.¹¹⁸

Access kontrakter omfatter ligeledes kontrakter til brug for fjern behandling af data, fjernadgang til applikations software, data oplagret på tredjemands computer, adgang til tredjemands e-mail system og kontrakter for automatisk opdatering fra et fjernt sted til en database, som licenstagere har erhvervet rettighederne til.¹¹⁹

Den anden type realydelse, hvor den faste lovvalgsregel finder anvendelse, omhandler kontrakter om tilvejebringelse af information ad elektronisk vej. Når der i bestemmelsen refereres til electronic copy, skal dette forstås som det medium, der

¹¹⁷⁾ Bestemmelsen kan således ses som en parallel til Løsørekoopslovslovens § 4, stk. 1.

¹¹⁸⁾ Se eksempelvis www.hollywoodreporter.com , www.billboard.com , www.borsen.dk.

¹¹⁹⁾ Se ligeledes officiel kommentar til UCITA, section 102.

bærer informationen, som efter bestemmelsen er elektronisk og ikke placeret på et håndgribeligt medium, som f.eks. en CD-Rom.¹²⁰

For alle andre typer af kontrakter indenfor lovens anvendelsesområde anvendes den individualiserende metode, jf. section 109, litra c. Anvendelsen af den individualiserende metode skal ske efter de samme principper som efter Restatement, Second, Conflicts of Law, ligesom den retspraksis, der foreligger, kan anvendes i forbindelse med fortolkningen og anvendelsen af section 109, litra c.¹²¹

De realydelser, der ikke er omfattet af UCITA, men som kan leveres on-line vil være omfattet af common law i kontraktretlig henseende og Restatement, Second, Conflict of Laws, hvad angår lovvalg.¹²² På nuværende tidspunkt synes de realydelser, der er mest velegnet til direkte elektronisk handel at være bøger, musik-¹²³ og filmværker.

3.2. EU-ret – international privatret.

Med Romkonventionens anvendelsesområde er der intet til hinder for at anvende denne i forbindelse med de aftaler, af tilsvarende karakter, som de, der henhører under anvendelsesområdet for UCITA. Hvor det således efter amerikansk ret vil være nødvendigt at sondre mellem de digitale realydelser, der henføres under anvendelsesområdet for respektive UCITA og Restatement, Second, Conflict of

¹²⁰⁾ Electronic delivery må i en eller anden udstrækning fastlægges under hensyntagen til, at der anvendes elektronisk kommunikation til at foretage de handlinger, der er nødvendige for at foretage levering efter aftalen. UCITA indeholder 66 definitioner af betydning for fortolkningen af loven. Dertil kommer 11 definitioner fra UCC, som ligeledes finder anvendelse ved brugen af UCITA.

Begrebet levering er i Section 102 defineret som: "Delivery can occur by transfer of possession of a tangible copy or by electronic transfer. In electronic delivery, a copy of information may not move from one location to another, but delivery involves copying the information into another location or making it available in a system shared or accessible by the recipient. There are many ways to transfer possession or control. For example, in an electronic delivery, a transfer of possession or control occurs when information comes into the existence in an information processing system or an address in a form capable of being processed by or perceived from a system of that type if the recipient uses, or otherwise has designated or holds out that place or system for receipt of copies of the kind."

¹²¹⁾ Jf. Den officielle kommentar til section 109.

¹²²⁾ Der erindres om, at Restatements i vid udstrækning er abstrakte formulerede "retsregler", der bygger på retspraksis.

¹²³⁾ Således udgives to digitale singler fra henholdsvis Mick Jagger og Lenny Kravitz via virtuelle forhandlere til download af forbrugerne den 30. oktober 2001.

Se nærmere herom:

http://www.billboard.com/billboard/daily/article_display.jsp?vnu_content_id=1063323

Laws, vil alle digitale realydelser i international privatretlig henseende i medlemsstaterne være omfattet af Romkonventionen.¹²⁴

Den formentlig vigtigste kontrakttype i forbindelse med digitale realydelser er licensaftalen. Denne kontrakttype vil dække over en række meget forskelligartede realydelser, som drøftet i afsnittet oven for i afsnittet om amerikansk ret. Det er karakteristisk for licensaftalen, at kontraktbetingelserne i vid udstrækning definerer realydelsen med henblik på at fastlægge omfanget af en overdragelse, der ikke består i en overdragelse af ejendomsretten men er en mere begrænset overdragelse til den digitale realydelse, og de begrænsninger der er forbundet med overdragelsen. To forskellige licenstagere kan overdrages forskellige rettigheder, hvor den ene licenstag kun er berettiget til at lave én kopi af et program, der downloades via Internettet, medens den anden licenstag indrømmer retten til at videredistribuerer produktet i op til 1000 kopier.¹²⁵

Licensgiveren præsterer den for kontrakten karakteristiske ydelse i form af den digitale realydelse, hvilket umiddelbart taler for en anvendelse af formodningsreglen i Romkonventionens art. 4, stk. 2.

I teorien er det omdiskuteret, hvor en licensaftale har sin nærmeste tilknytning til. Af hensyn til licensgiveren bør formodningsreglen gælde ud fra det synspunkt, at licensgiveren ikke bør underkastes flere forskellige landes materielle regler i forbindelse med patenter og varemærker. Andre har fremført, at aftalen har sin nærmeste tilknytning til det land, hvor beskyttelsen er opnået.¹²⁶

Direkte elektronisk handel indebærer licensaftaler af meget forskellig karakter. I overvejelserne om, hvilke nationale regler, der skal finde anvendelse på en licensaftale, er det væsentligt at sondre mellem det kontraktretlige og immaterialretlige aspekt. Romkonventionen anvendes i kontraktretlig henseende til at fastlægge lovvalget i det inter-partes forhold i mangel af en lovvalgsklausul i kontrakten. Det synes umiddelbart vanskeligt at opstille præcise og umiddelbart anvendelige lovvalgsregler i denne sammenhæng.

¹²⁴⁾ CISG art. 1 og Løsørekoopslovsloven er således udelukket for anvendelse i forbindelse med direkte elektronisk handel. CISG vil dog under visse omstændigheder antagelig kunne finde anvendelse i forbindelse med direkte elektronisk handel, jf. CISG art. 3.

¹²⁵⁾ For yderligere drøftelse heraf, se bl.a. Lemley, Menell, Merges, and Samuelson. *Software and Internet Law*, 1. udg., 2000, side 454 f.

¹²⁶⁾ Jf. Torben Svénné Schmidt, *International Formueret*, 2. udg., 2000, side 227 med tilhørende fodnote nr. 70. Se ligeledes Ole Lando, *Kontraktstatutet*, 3. udg., 1981, side 309 ff. med henvisninger i fodnote 1.

I de situationer, hvor en licensaftalen vedrører overdragelsen af et enkelt computerprogram, som licenstagere downloader via Internettet synes der ikke at være noget til hinder for at anvende formodningsreglen i Romkonventionens art. 4, stk. 2. Det kan derimod anføres, at i en situation, hvor et pladeselskab overdrager retten til en virtuel forhandler til at videredistribuerer musikværker digitalt i flest mulige "eksemplarer" til konsumentvaremarkedet, da har licensaftalen i denne situation sin nærmeste tilknytning til det land, hvor den virtuelle forhandler er hjemmehørende. Dette er ligeledes lovvalgsreglen i forbindelse med traditionelle forhandlere.¹²⁷

4. Vurdering og anbefalinger.

Hvis den retlige ramme for moderniseringen af den europæiske aftaleret, herunder ligeledes de internationale privatretlige forudsættes at skulle være klar, enkel og konsekvent¹²⁸, kan der fra den partielle komparative analyse, der er gennemført i nærværende artikel, fremdrages følgende hovedsynspunkter.

En konsekvent anvendelse af enten den vertikale eller horisontale retsdannelsesmodel kan være et middel til at sikre, at retsanvendelsen ikke skaber flere problemer end nødvendigt er. Når der i amerikansk ret ses bort fra common law og equity kunne retstilstanden, forud for vedtagelsen af UCITA, med UCC som det centrale retsgrundlag i amerikansk ret ses som et udtryk for den horisontale model, hvor bestemmelsen i artikel 1 udtrykker de almindelige principper, og bestemmelserne i artikel 2 – 9, herunder artikel om køb, regulerer mere specifikt. Vedtagelsen af UCITA som en selvstændig "lovgivning" og udskillelse fra UCC bevirker imidlertid, at den horisontale retsdannelse brydes. Amerikansk ret kan således på sit nuværende udviklingstrin beskrives som en kombination af den horisontale og vertikale retsdannelsesmodel. En metodik, der ikke bør forfølges ved moderniseringen af den europæiske aftaleret. Forholdet mellem UCC og UCITA vil givetvis give anledning til vanskeligheder i forbindelse med retsanvendelsen, når der eksempelvis henses til hybridaftaler; hvad er deres overvejende karakter, potentielle konflikter mellem de generelle principper i de to lovgivninger m.v.

¹²⁷⁾ Se Kim Østergaard, Julebog 2000. 1.udg., 2000, side 135 ff. om lovvalget i forbindelse med traditionelle forhandlerkontrakter i dansk retspraksis.

¹²⁸⁾ I betragtning nr. 60 i præamblen til e-handelsdirektivet (2000/31/EF) hedder det således: "For ikke at hindre udviklingen af elektronisk handel er det nødvendigt, at den retlige ramme er klar, enkel og konsekvent og i overensstemmelse med de regler, som gælder internationalt, så den europæiske industris konkurrenceevne ikke skades, og så innovationen i denne sektor ikke hindres."

Et sådant princip bør udstrækkes til at gælde for al retsdannelse, uanset om det har betydning for elektronisk handel eller ej.

Imidlertid er det værd at fremhæve, at med vedtagelsen af UCITA er der vedtaget et retsgrundlag, hvor der er taget højde for, om ikke på nogen måde fuldstændigt, for den udvikling realydelsesbegrebet har undgået, således at der eksisterer et tidssvarende retsgrundlag for computer information, herunder at licensaftalen som kontrakttype formentlig blive den vigtigste i videnssamfundet, hvor meget forskelligartede realydelser er digitaliserbare. UCITA bør derfor inddrages i det forestående arbejde med modernisering af den europæiske aftaleret. UCITA omfatter ikke digitale realydelser som eksempelvis bøger, film- og musikværker. Et veludviklet retsgrundlag for sådanne realydelser bør inddrages i moderniseringen af den europæiske aftaleret, da sådanne aftaler allerede indgås og opfyldes i forbindelse med elektronisk handel i dag.

Den metodiske tilgang, som drøftet nærmere under 1.2. med de respektive fordele og ulemper, bør inddrages konsekvent i retsudviklingen af den europæiske aftaleret. Særligt under hensyntagen til at tilvejebringe et ”vist” retsgrundlag (baggrundsret), anbefales det at den horisontale model anvendes i udviklingen af den europæiske aftaleret. Dermed mindskes risikoen alt andet lige for, at medkontrahenterne ikke indgår aftaler, at et retssystem udenfor EU vælges, og at transaktionsomkostningerne bliver eksorbitante.

De realydelser, der i privatretten ikke har kunnet henregnes under løsørekøb eller fast ejendom, omfattes af tjenesteydelsesbegrebet. Anvendelsesområdet herfor har som følge af den teknologiske og økonomiske udvikling undergået en markant udvikling, der indbærer, at en hårdklipping og en international elektronisk licensaftale om software omfattes af tjenesteydelsesbegrebet. I den forestående modernisering af den europæiske aftaleret bør det overvejes, hvorvidt dette til stadighed er hensigtsmæssigt, under hensyntagen til, at realydelserne er så forskelligartede og evt. fordrer en selvstændig udskillelse.

I forhold til den forestående revidering af Romkonventionen bør det i overvejelserne indgå, om der i forbindelse med mindre komplekse realydelser, som f.eks. access kontrakter, skal indsættes faste lovvalgsregler i lighed med Løsørekøbslovvalgslovens § 4.

Forholdet mellem formodningsreglen i art. 4, stk. 2 og den individualiserende metode i art. 4, stk. 1 bør overvejes og præciseres, jf. den fremsatte kritik som drøftet under 2.2.2. Ligeledes bør det holdes for øje, at formodningsreglens ”fokus” på realdebitors bopæl som værende det afgørende tilknytningsmoment til at fastlægge lovvalget synes mindre velegnet som tilknytningsmoment i forbindelse med elektronisk handel og i særdeleshed i relation til direkte elektronisk handel.

Bankerne og privatkundebeskyttelsen. Udviklingen i 2001

Af

Lennart Lyngé Andersen og Peter Møgelvang-Hansen

Forfatterne afgav i januar 2001 en udredning angående behovet for bedre privatkundebeskyttelse i pengeinstitutsektoren. Den indeholder bud på, hvor der er grund til at overveje initiativer med hensyn til forbedring af privatkundernes retsstilling enten gennem anvendelse af de virkemidler, som markedsforingsloven stiller til Forbrugerombudsmandens rådighed eller gennem lovgivning. Udredningen kan læses på Forbrugerstyrelsens hjemmeside www.fs.dk.

Siden udredningens afgivelse har der været forhandlinger mellem Finansrådet og Forbrugerombudsmanden, uden at man tilsyneladende er kommet hinanden nærmere, og som resulterede i, at Forbrugerombudsmanden har offentliggjort minimumsstandarder for pengeinstitutternes behandling af deres kunder på nogle centrale områder.

Sideløbende hermed har Folketinget i sommeren 2001 vedtaget en lov, der giver Finanstilsynet adgang til regeludstedelse også på områder, der (tillige) hører under Forbrugerombudsmanden, uden at det forhånd står klart, hvorledes samarbejdet mellem myndighederne nærmere skal foregå.

Herudover har forhandlinger mellem Finansrådet og Forbrugerrådet resulteret i "en fælles holdning", som bl.a. går ud på, at de to organisationer er enige om at anbefale (ændret) lovgivning om beskyttelsen af private kautionister ved banklån.

Artiklens primære formål er at orientere om de ganske mange initiativer i 2001 af betydning for privatkundebeskyttelsen i banksektoren med inddragelse af den parallelle udvikling i Norge og Sverige.

1. Et kort historisk rids

1.1. Står man ved skranken i en bank¹, får man indtrykket af et kompetent og hjælpsomt personale. Når det gælder de mere traditionelle bankforretninger, er der et veluddannet personale til rådighed for kunderne. Tages det samlede antal transaktioner i betragtning, kan det hævdes - og bliver det da også fra branchens side - at klage- og søgsmålsprocenten er overordentlig lav. Branchens egne "tilfredshedsundersøgelser" - hvis grundlag og dybde man vistnok aldrig ser - viser, at kunderne i almindelighed er meget tilfredse med deres bank. Det kommer imidlertid også i betragtning, at der er kommet nye forretningsområder til navnlig som led i, hvad man har kaldt "det finansielle supermarked" og fokuseringen på indtjening gennem såkaldt rådgivning af kunderne. Her tegner der sig trods det statistisk svagere materiale et lidt andet billede, og der kan rejses spørgsmål om, hvorvidt der er gjort tilstrækkeligt ud af at overveje og tilgodese kundernes interesser, herunder om er ofret nok på medarbejdernes (efter)uddannelse, eksempelvis i relation til kundevejledningen ved salg af forsikringer. Ser man på dokumentsiden tegner sig et entydigt billede af vilkår, der er ensidigt fastsat af den stærke part i aftaleforholdet. Endelig vil næppe selv bankerne benægte, at personalet har fået ganske ensidige instruktioner om, hvilke varer der skal præsenteres for kunderne.

Bankernes primære "varer" er penge og tjenesteydelser i forbindelse med pengeydelser. Bankerne har noget at levere og er i besiddelse af en vare, som kun de færreste kunder kan (eller mener at kunne) undvære, hvorimod kundernes modydelse - når der bortses fra indlån, som bankerne sammen med staten har monopol på at modtage - i almindelighed er betaling for "varen" og tilbagebetaling på de vilkår, som bankerne fastlægger. Bankerne behersker såvel den nationale som den internationale betalingsformidling, og kunderne har her intet alternativ.

1.2. Forholdet mellem bank og kunde var i mange år upåagtet såvel i offentlige udredninger som i den juridiske litteratur. De offentlige udredninger har - i overensstemmelse med bank- og sparekasselovens ordlyd og forarbejder - i alt væsentligt været koncentreret om institutionelle/strukturelle spørgsmål, hvori der først og fremmest er indgået hensynet til indlånerne og institutionernes ejerkreds.

Det er ikke et isoleret dansk fænomen, at man ved overvejelser om ændrede institutions- og strukturregler er tilbøjelig til at "glemme" eller dog nedtone forholdet

¹⁾ Vi benytter her og i fortsættelsen normalt ordet "bank" frem for det mindre mundrette udtryk "pengeinstitut". Det omfatter således banker, sparekasser og andelskasser.

mellem institut og kunde. I *Finansiella tjänster från ett konsumentperspektiv* (Delrapport fra Konsumentpolitiska kommittén 2000 (1999)) s. 96 nævnes eksempelvis, at den svenske banklovskomiteé (der i 1998 foreslog en række ændringer i bankloven) ikke i sin udrådning har foretaget en nærmere kortlægning eller vurdering af, hvilke konsekvenser forslagene ville få for forbrugerne. Det hedder herefter følgende:

»Enligt Banklagskommittén bör lagstiftningen i första hand inriktas på ett *stabilitetsintresse* vilketockså anses utgöra ett grundläggandeskydd för konsumenter av finansiella tjänster. Att banker och liknande institut kan fullgörasina gjorda åtaganden måste anses vara det mest centrala i konsumentskyddet. Längre än så sträcker sig dock inte Banklagskommitténs överväganden vad gäller konsumentskyddet. Banklagskommittén har följaktligen anlagt ett mycket begränsat perspektiv på konsumentskyddet inom bankområdet. *Väsentliga konsumentfrågor som t. ex. avtalsvillkorens och den övriga hanteringsens skälighet, kvaliteten på information osv. har inte beaktats (vor fremhævelse).* Enligt Banklagskommittén bör dessa frågor så långt möjligt beaktas i den konsumenträttsliga och marknadsrättsliga lagstiftningen.

.....«

Privatkundernes vilkår i bankerne blev på det officielle plan først taget op i Danmark i 1980'erne, da den daværende Forbrugerombudsmand tog initiativ til at nedsætte en arbejdsgruppe, der skulle gennemgå pengeinstitutternes standardvilkår over for forbrugerne.

Om arbejdsgruppens kommissorium hed det bl.a., at arbejdsgruppen fik til opgave at gennemgå et repræsentativt udvalg af standarddokumenter, herunder almindelige forretningsbetingelser, *med henblik på at undersøge dels forhold, som vanskeliggør forbrugernes mulighed for at orientere sig om gældende vilkår, dels vilkår, som må anses for særligt byrdefulde for forbrugerne (vor fremhævelse).* Som emner, der særligt ønskedes belyst, nævnte Forbrugerombudsmanden: Vilkårenes opstilling og vedtagelse, opsigelsesbestemmelser, bestemmelser om ændring af rente, gebyrer og andre ydelser, misligholdelses- og forfaldsklausuler, bestemmelser om modregning og bevis- og proces-klausuler.

Rapporten, *Pengeinstitutternes standardvilkår over for forbrugerne* (maj 1990), har været udgangspunktet for den nuværende Forbrugerombudsmands arbejde med forholdet mellem bank og kunde.

Rapporten medførte, at Forbrugerombudsmanden i 1990 rettede en række henstillinger til Finansrådet. Henstillingerne førte bl.a. til, at Finansrådet den 3. januar 1991 udsendte nye vejledende, almindelige forretningsbetingelser og anbefalinger vedrørende visse udlandslån. Dette skridt tog sigte på at imødekomme Arbejdsgruppens og Forbrugerombudsmandens kritik på en del punkter, men dels

ønskede man ikke fra Finansrådets side at ændre ved et af de væsentlige punkter, renteændringsvilkårene (se nu *U 1999.633 SH*), dels havde andre ændringer en noget kosmetisk karakter. Derimod måtte det anses for positivt, at Finansrådet henstillede, at pengeinstitutterne ændrede praksis med hensyn til det hidtidige "*helkundeprincip*".

Helkundeprincippet synes at være et traditionelt synspunkt i bankerne i den forstand, at kunderne efter bankernes opfattelse bør være loyale over for banken, d.v.s. kunderne skal lægge alle forretninger i samme bank. Så længe det står som en programerklæring, er der ikke problemer knyttet til princippet. Disse opstår - eller opstod - fordi bankerne gjorde dette markedsforingsmæssige princip til et princip, der havde retligt indhold ("kunderne måtte tage det søde med det sure"). Dette gav sig eksempelvis udslag i opsigelser, opsigelsesgebyrer m.v., men den klareste markering - også i domstolens og Pengeinstitutankenævnets afvisning af princippet - kom i forbindelse med bankernes nægtelse af et medvirke til flytning af en kapitalpension til en anden bank, med mindre kunden samtidig flyttede udlån eller indfrie disse. Spørgsmålet er bl.a. behandlet i 1990-rapporten til Forbrugerombudsmanden og i Finansrådets henstillinger af 3. januar 1991 til medlemmerne.

I de senere år har bankerne snarere talt om *kundelojalitet* - hvad det så end er - og presset må antages at være større, idet der nu tilbydes/løbkes med samlerabatter, lojalitetsprogrammer o.l. ("Noget for noget"). På den måde er *helkundeprincippet* fra at være et bankskabsprincip om, at kunderne må tage det sure med det søde, reelt blevet forstærket, og selv om det indebærer visse (økonomiske) fordele, kan det være til skade for kunderne, der bliver mere sårbare og kommer i et større afhængighedsforhold til banken.

1.3. I den samme periode er der efter forhandling mellem Forbrugerombudsmanden og en række organisationer, herunder Finansrådet og Forbrugerrådet, udsendt *Retningslinier om etik i pengeinstitutternes rådgivning*, der trådte ikraft den 1. oktober 1994. Navnlig som følge af en konkret sag ved Pengeinstitutankenævnet (sag nr. 530/1995 om vilkårene for en kassekredit, hvor pengeinstitutttet tillige udbød samme eller beslægtede produkter fra en "telefonbank") udarbejdede Forbrugerombudsmanden og organisationerne uddybende kommentarer til regelsættet; de uddybende kommentarer blev udsendt i august 1997. Man benyttede ikke lejligheden til at ændre i de oprindelige regler.

2. Forbrugerombudsmandens reguleringsinstrumenter

Forbrugerombudsmanden arbejder inden for rammerne af lov om markedsføring, for tiden lovbekendtgørelse nr. 699 af 17. juli 2000.

Efter markedsføringslovens § 17, stk. 1, søger Forbrugerombudsmanden efter forhandling med de relevante erhvervs- og forbrugerorganisationer at påvirke de erhvervsdrivendes adfærd gennem udarbejdelse og offentliggørelse af retningslinjer for markedsføring på nærmere angivne områder, der må anses for væsentlige, navnlig ud fra hensynet til forbrugerne. I 1999 indførtes § 17, stk. 2, hvorefter retningslinjer efter stk. 1, der er tiltrådt af relevante erhvervs- og forbrugerorganisationer, efter aftale med disse kan danne grundlag for påbud meddelt af Forbrugerombudsmanden. Efter § 19, stk. 2, 1. pkt., kan Forbrugerombudsmanden meddele påbud, hvis en handling klart er i strid med loven og ikke kan ændres ved forhandling. Ved lovændringen i 1999 indsatte § 19, stk. 2, 2. pkt., en bestemmelse, hvorefter Forbrugerombudsmanden kan meddele påbud uden forudgående forhandling, når det gælder retningslinjer, der er omfattet af § 17, stk. 2.

Markedsføringslovens § 17, stk. 2, og § 19, stk. 2, 2. pkt., har alene virkning for retningslinjer, der forhandles og tiltrædes af parterne efter lovens ikrafttræden den 1. juli 1999, og § 17, stk. 2, omfatter således ikke retningslinjerne om etik i pengeinstitutternes rådgivning fra 1994.

3. Lov om finansiel virksomhed

I 2001 gennemførtes lov nr. 501 af 7. juni om finansiel virksomhed. Loven ophævede bl.a. de enkelte finansinstitutionsloves hidtidige god skik-regler (for bankers vedkommende bank- og sparekasselovens § 1, stk. 6) og samlede dem i én bestemmelse, jf. lovens § 3, stk. 1, hvorefter finansielle virksomheder og finansielle holdingsvirksomheder skal drives i overensstemmelse med redelig forretningsskik og god praksis inden for virksomhedsområdet. Dette er i sig selv en gentagelse af den ophævede bestemmelse, men reglen skal ses i sammenhæng med § 3, stk. 2, hvis 1. pkt. bemyndiger *Finanstilsynet* til at »fastsætte regler og retningslinjer om redelig forretningsskik og god praksis«. Herved har man givet Finanstilsynet en ny kompetence, og det er ifølge bemærkningerne til § 3, stk. 2,² sket med henblik på »at Finanstilsynet i højere grad end i dag konkret kan udmønte god-skik reglen og hermed udvikle god-skik begrebet«. Efter § 3, stk. 2, 2. pkt., skal Finanstilsynet forhandle med Forbrugerombudsmanden og Konkurrencestyrelsen, hvis reglerne og retningslinjerne har »markedsførings- og konkurrencemæssige aspekter«. Dette skal ifølge forarbejderne (a. st.) sikre,

»at de af Finanstilsynet fastsatte regler og retningslinjer er i overensstemmelse med markedsførings- og konkurrencelovgivningens afgørelser truffet i medfør heraf. I den

²⁾ Jf. *Folketingstidende 2000/2001, tillæg A, sp. 4749.*

forbindelse vil der blive aftalt et nærmere samarbejde mellem Finanstilsynet, Forbrugerombudsmanden samt Konkurrencestyrelsen.

Stk. 2 begrænser dog hverken Forbrugerombudsmandens kompetence i henhold til markedsføringsloven, herunder kompetencen til at forhandle etiske regler udstedt i henhold til markedsføringsloven, eller Konkurrencestyrelsens kompetence i henhold til konkurrenceloven.«

Under lovforslagets behandling udtalte Forbrugerombudsmanden til brug for Økonoministerens svar på et spørgsmål fra Folketingets Erhvervsudvalg bl.a. følgende om sine erfaringer med den lignende kompetencefordeling på værdipapirhandelslovens område:³⁾

»Vilen branche imidlertid ikke forhandle eller tiltræde nogle forhandleretningslinjer, er Forbrugerombudsmandens mulighed efter markedsføringsloven i realiteten udtomt. Forbrugerombudsmanden kan således ikke udstede bindende retningslinjer om god markedsføringsskik.

Efter forarbejderne til værdipapirhandelsloven gælder markedsføringsloven fortsat inden for dette område, og dette er navnlig begrundet i hensynet til de almindelige forbrugere. Det har imidlertid vist sig, at den stærkere beføjelse som henholdsvis Fonderådet og Finanstilsynet har til at udstede regler på værdipapirhandelsområdet, virker som en bremse i relation til markedsføringsloven og Forbrugerombudsmandens gennemslagskraft på "markedet", fordi Forbrugerombudsmanden ikke kan udstede retningslinjer uden forhandling dels ikke kan udstede bindende forskrifter. «

I vores udredning af januar 2001 (da forslaget til lov om finansiel virksomhed ikke var fremsat, men endnu var i høringsfasen) pegede vi (i afsnit 3.2) på, at det ikke forekom os oplagt, at der set i et kundeperspektiv er tale om en hensigtsmæssig ordning. Der er tale om myndigheder med forskellig kompetence og forskellig faglig tilgang til problemerne. Finanstilsynets ekspertise ligger navnlig på struktursiden, d.v.s. reglerne om kapital, solvens, regnskaber m.v., og for Finanstilsynet samler interessen sig ikke så meget om de direkte kunderelationer, der til gengæld er i centrum for Forbrugerombudsmandens virksomhed.

³⁾ Udtalelsen er gengivet på Forbrugerstyrelsens hjemmeside: www.fs.dk

4. Drøftelserne mellem bankerne og Forbrugerombudsmanden 2001⁴

I et brev af 21. august 2001 til Finansrådet⁵ oplyser Forbrugerombudsmanden bl.a., at han har haft drøftelser med Finansrådet og Forbrugerrådet med henblik på at få udstedt retningslinier efter markedsføringsloven for minimumsstandarder for aftalevilkår og god kundebehandling. Det oplyses i brevet, at »Finansrådet ønskede imidlertid ikke at indgå i forhandlinger herom.«

Herefter udtaler Forbrugerombudsmanden:

»Det er Forbrugerombudsmandens og Forbrugerrådets erfaring, at der er et stærkt behov for at få klarlagt og præciseret samt styrket de private kunders retsstilling i forhold til pengeinstitutterne. Kundernes retsstilling er ikke, som det er tilfældet i Norge, sikret gennem lovregler, men hviler i høj grad alene på generel lovgivning, pengeinstitutternes egne aftaledokumenter og den praksis, som dannes sig på baggrund af Pengeinstitutankenævnets afgørelser.

Da pengeinstitutterne således ikke har ønsket at medvirke til at udstede retningslinier om god markedsføringsskik for kundebehandling og -vilkår har Forbrugerombudsmanden fundet behov for at udtrykke sin opfattelse af, hvad der må betragtes som god markedsføringsskik på dette område.

Det skal understreges, at disse tilkendegivelser ikke må betragtes som udtømmende for, hvad der må anses for god markedsføringsskik for kundebehandling og -vilkår, men alene kan betragtes som minimumsstandarder for pengeinstitutternes behandling af deres kunder på nogle få men centrale områder af pengeinstitutternes virksomhedsområde. ...«

Vi kommer nedenfor ind på de enkelte punkter i Forbrugerombudsmandens hyrdebrev. Brevets henvisning til forholdene i Norge skyldes, at man i Norge har gennemført *lov nr. 46 af 25. juni 1999 om finansavtaler og finansoppdrag* med ikrafttræden i 2000. Sigtet har været - som det hedder i forarbejderne - at gøre kontraktforholdene mellem institutionerne og kunderne tydeligere, mere afbalancerede og rimeligere. På enkelte punkter går loven videre, men reelt er der tale om en bankaftalelov, der regulerer en række kontraktforhold mellem banker og kunder, herunder på en række punkter også de erhvervsdrivende kunder.

⁴) For god ordens skyld nævnes, at vi kun har kendskab til disse drøftelser gennem medierne og Forbrugerombudsmandens hjemmeside.

⁵) Også offentliggjort på www.fs.dk.

Det accentueres dog adskillige steder i forarbejderne til loven, at man navnlig har haft forbrugernes vilkår for øje. Med hensyn til behovet for lovgivning hedder det eksempelvis i indstillingen fra Stortingets justiskomiteé bl.a. følgende:

»Komiteen understreker at en lovregulering av finansavtaler må sette forbrukeren i sentrum, da forbrukeren ofte er den svake part i slike sammenhenger. Det illustrerer bl.a. framveksten av standardkontrakter, hvor vilkårene og premissene er lagt av finansinstitusjonene. Samtidig må en lovregulering sikre en effektiv konkurranse. Loven ivaretar disse hensyn på en god måte, ved at en rekke rettigheter og plikter som gjelder i avtaler om finansielle tjenester klargjøres, samtidig som næringslivets frihet ivaretas ved at loven kan fravikes i næringsforhold.

Komiteen viser også til at vi fra før har lovregulering på andre sentrale avtaleområder hvor forbruker er den ene parten, som f.eks. ved losorekjøp, avbetalingskjøp og kjøp av fast eiendom. Det er viktig, særlig for å ivareta forbrukernes interesser, at sentrale sider ved avtaler med forbruker på finansområdet også kommer i lovregulerte former. De mange klagesakene viser også at det er behov for klargjøring av retstilstanden.»

5. Forbrugerombudsmandens henstillinger af 21. august 2001

I skrivelsen, der også er omtalt ovenfor under 4, opstiller Forbrugerombudsmanden en række principper som minimumsstandarder for pengeinstitutternes behandling af deres kunder på nogle få, men centrale områder.⁶ Principperne, der alle modsvarer af anbefalinger i vores udredning af januar 2001, gengives her alene i oversigtsmæssig form.

Minimumstandarderne går ud på, at

- en bank ikke uden en klar, saglig og individuel begrundelse må afvise at oprette en indlåns-/anfordringskonto for en kunde;
- kunden regelmæssigt skal kunne foretage indskud eller hæve fra sin indlåns/anfordringskonto uden unødigt besvær, herunder et passende antal gange inden for en måned, og uden gebyr; dette er dog ikke til hinder for, at banken har andre "indlånsprodukter", hvor er i givet fald beregnes et særligt gebyr;

⁶⁾ Det fremgår af skrivelsen, at den forinden udsendelsen har været forelagt Finanstilsynet og Konkurrencestyrelsen som et led i koordineringen af myndighedernes indsats på pengeinstituttområdet. Se herved ovenfor under 3 om lov om finansiel virksomhed § 3, stk. 2.

- en bank af egen drift skal sikre, at svage kundegrupper (f. eks. ældre) ikke diskrimineres, og at de får en forrentning af større indeståender – 25.000 kr. og derover – som svarer til, hvad andre med et indestående af tilsvarende størrelse og karakter kunne opnå ved en henvendelse til banken;
- en bank i aftalegrundlaget tydeligt skal oplyse, hvilke omstændigheder eller typer af omstændigheder der kan udløse rente-, gebyr- eller provisionsændringer, der stilles krav om saglighed, proportionalitet, begrundelse og mulighed for efterfølgende kontrol; ændring til skade for kunden uden eller med kort varsel må alene forekomme, når ændringen er udløst af omstændigheder, som er uden for bankens indflydelse;⁷
- en bank, der har påtaget sig at stå for en forbrugers betalinger, ikke (uden et klart og tydeligt forbehold) må modregne i midler modtaget fra kunden i forbindelse med betalingsformidlingsaftalen, eller som kunden har stående på sin konto til dette formål;
- en bank ikke må beregne sig gebyr ved flytning af sædvanlige ind- og udlånskonti eller andre transaktionskonti, herunder budgetkonti til en anden bank; ved flytning af andre konti og opgørelse og flytning af depoter må banken alene opkræve flyttegebyr, hvis dette fremgår af aftalen, og gebyret må alene dække bankens rimelige omkostninger ved flytningen;
- opkrævning af gebyr ved førtidig indfrielse af et lån eller en kredit er i strid med kreditaftalelovens regler og dermed en overtrædelse af kravet om overholdelse af god markedsføringsskik;
- en bank ved opsigelse af et kundeforhold, et lån eller en kredit skal give kunden et passende varsel og en rimelig og saglig begrundelse;

⁷⁾ Forbrugerombudsmanden har i skrivelse af 17. september 2001 til Finansrådet fulgt dette punkt op med sammenfatning af resultaterne af Forbrugerombudsmandens gennemgang af pengeinstitutternes forretningsbetingelser for rente- og gebyrændringer. I skrivelsen (der findes på www.is.dk) konstaterer Forbrugerombudsmanden med tilfredshed, at alle de undersøgte pengeinstitutter har ændret betingelser som følge af So- og Handelsrettens dom af 26. januar 1999 (den såkaldte "gebyrsag", *U* 1999.633), og at der generelt er foretaget væsentlige ændringer i aftalebetingelserne, således at det i højere grad fremgår, dels i hvilke situationer rente, provision og gebyrer kan ændres af pengeinstituttet, og dels med hvilket varsel dette kan ske, men også, at nogle af de ændrede betingelser stadig er for uklare og utydelige, f. eks. derved at renteændringsbetingelsen er formuleret så bredt, at den i realiteten er indholdsløs. Se nærmere om spørgsmålet i vores udredning af januar 2001 under punkt 6.2.

- en bank kun må belaste en kundes konto, hvis dette følger klart af aftalen med forbrugeren og altid skal kunne dokumentere, at kunden har godkendt betalingen; medmindre kundens indsigelse straks kan afvises som klart grundløs, skal omtvistede beløb straks tilbageføres,; de kan først atter debiteres kundens konto, når der er fremlagt klar dokumentation for kundens samtykke.

I skrivelsen fremhæver Forbrugerombudsmanden, at den anførte opregning af principper ikke er udtømmende, og stiller bl.a. i udsigt, at han eventuelt vil påpege over for de relevante ministerier, at der kan være behov for lovændringer på områder præget af uklar eller utidssvarende lovgivning. Der sigtes herved formentlig til reglerne om forældelse og om kaution - forhold som også blev påpeget i vores udredning af januar 2001, jf. udredningens afsnit 6.5 og 6.6. Mens Justitsministeriet i foråret 2001 har nedsat et udvalg, som skal gennemgå forældelsesreglerne, er der, så vidt vides, endnu ikke taget noget ministerielt lovgivningsinitiativ på kautionsrettens område. At der kan være trang hertil har ellers været påpeget i efterhånden mange år, se herved vores udredning af januar 2001 under punkt 6.6.

Forhandlinger mellem Forbrugerrådet og Finansrådet om kautionsspørgsmålene har imidlertid resulteret i en "fælles holdning", hvoraf fremgår, at parterne agter at rette en fælles henvendelse til de relevante ministerier med opfordring til lovgivningsinitiativ på en begrænset del af kautionsområdet. Et sådant initiativ er selvsagt ikke til hinder for, at lovgivningsmagtntager en videregående konsekvens af den kritik, der gennem mange år har været af bankernes anvendelse af kaution i privatkundeforhold.

6. Finansrådets og Forbrugerrådets fælles holdning på privatkautionsområdet

Finansrådet og Forbrugerrådet offentliggjorde således den 14. september 2001, hvad man kaldte en *Fælles holdning til regler for privat kaution*.⁸⁾

Den "fælles holdning" dækker bl.a. over, at parterne er blevet enige om,

at der ikke bør stilles kaution for gammel gæld,

at en af parterne udarbejder pjece med generel information om kaution af banken (den långivende eller kautionistens) skal udleveres til og på forhånd gennemgås med kautionisten, således at denne bedre kan overskue kautionsforpligtelsens indhold, omfang og betydning,

⁸⁾ Se www.finansraadet.dk og www.fbr.dk.

at låntagers bank skal forsyne kautionisten med specifikke oplysninger om låntagers øvrige låneaftaler med banken og give kautionisten kopi af seneste årsopgørelse fra skattevæsenet, seneste 3 lønsedler samt det eventuelt seneste regnskab, hvor der er tale om en virksomhed.

at kautionsløfter entydigt skal angive kautionsforpligtelsens omfang, hvilket udelukker anvendelse af kautionserklæringer omfattende låntagers fremtidige gældsforpligtelser (såkaldte alskylderklæringer),

at kautionsforpligtelsens størrelse skal begrænses til lånets hovedstol; ved kreditter til kreditmaksimum,

at kautionsforpligtelser maksimalt skal være gældende i 10 år (for kassekreditter og lån uden fastsat tilbagebetalingstidspunkt dog højst 5 år), således at kautionisten er frigjort, hvis han ikke inden for dette tidsrum er blevet mødt med krav fra banken,

at kautionisten hvert år skal have meddelelse om størrelsen af den kautionssikrede forpligtelse

at der udarbejdes et forslag til ændring af bank- og sparekasselovens § 41, således at der (ved privat kaution) sker en afkorting af fristen for meddelelse til kautionisten om låntagers misligholdelse fra 6 til 3 måneder, og at overskridelse af fristen for underretning får den konsekvens, at kautionisten alene hæfter for det beløb, som låntagerens gæld til pengeinstituttet ville have udgjort, hvis denne havde betalt alle ydelser rettidigt bortset fra 3 måneders perioden, og

at kravene til indhold af kautionsforpligtelsen samt den skærpede meddelelsespligt og de skærpede sanktioner ved manglende efterlevelse skal gennemføres ved en ændring af bank- og sparekasselovens § 41, idet parterne udarbejder en fælles henvendelse til Økonomiministeriet med disse forslag samt en henvendelse til Justitsministeriet med opfordring til, at forslaget kan indgå i fremtidige generelle regler for kaution omfattende alle typer af virksomheder og ikke kun banker.

Den fælles holdning gælder for privat kaution fra og med 1. januar 2002.

7. Rådgivning og det der ligner.

Som konklusion og anbefaling på pkt. 8.1-8.3 i vores udredning af januar 2001 hedder det:

»Vi finder, at der såvel ud fra et kundeperspektiv som ud fra retlige overvejelser er en række problemer i forbindelse med bankernes salg, markedsføring og rådgivning. Det er vort principielle udgangspunkt, at der bør ske lovgivning på området. I lyset af vort opdrag anbefaler vi, at Forbrugerombudsmanden forhandler og foretager en revision af retningslinierne om etik i pengeinstitutternes rådgivning med henblik på klarere (og enklere) tekst, og det bør næppe som i 1994 ske med udgangspunkt i bankernes etiske forpligtelser. Det er vigtigt, at regelsættet bliver omfattet af markedsføringslovens § 17, stk. 2. I modsat fald bør Forbrugerombudsmanden overveje at rette henvendelse til ressortministeren med henblik på lovgivning.«

Forbrugerombudsmandens hørdebrev af 21. august 2001 kommer ikke ind på dette spørgsmål. Vi forstår situationen således, at også Forbrugerombudsmanden erkender, at vejen fremad er lovgivning, selv om der er al grund til at tro, at den finansielle sektor vil lægge hindringer i vejen.

Bankerne har siden midten af 1980'erne i stigende grad har talt om "bankrådgivning" og har profileret sig under denne kasket. Profileringer er sket over for privatkunderne. Det har i 1990'erne været droftet, om der knytter sig sådanne spørgsmål til bankernes markedsføring af medarbejderne som "rådgivere", at aktiviteterne bør (og) reguleres. Det kan dog konstateres, at en mere alsidig debat - herunder arbejdet i det udvalg, der afgav betænkning i 1998 om rådgiveransvar - har været overskygget af forsøg på at undgå, at der indføres lovregler om godtgørelse for såkaldt "skuffede forventninger".

Problemopfangningen begyndte tidligt, dels inspireret af bankernes anvendelse af rådgiverbegrebet ("din bankrådgiver") dels i en række tankevækkende sager ved Pengeinstitutankenævnet. Disse sager forte eksempelvis til, at Ankenævnets formand i Nævnets Årsberetning for 1991 (da Ankenævnet havde eksisteret i tre år) udtalte følgende:

»Pengeinstitutternes rådgivning over for kunder, ikke blot inden for de traditionelle områder, men tillige vedrørende f. eks. specielle arrangementer i udenlandske værdipapirer og valuta samt ikke mindst inden for boligområdet ved opstilling af budgetter m.v. i forbindelse med køb af ejerbolig, giver anledning til adskillige sager for Ankenævnet. I en del tilfælde har Ankenævnet været i stand til at fastlægge grænserne for de professionsansvar i tilfælde af fejlagtig rådgivning, der påhviler pengeinstitutterne. I andre - ganske mange - tilfælde har Ankenævnet i medfør af vedtægternes § 7, stk. 1, måttet afvise at behandle disse klager på grund af betydelig bevisvivl med hensyn til, hvad der faktisk er passeret mellem pengeinstituttet og kunden. Det er åbenbart, at sådan tvivl undertiden må foreligge, men det må være i alles interesse, så fremt antallet af disse tilfælde er så beskedent som muligt. Pengeinstitutterne vil kunne medvirke hertil ved i videst muligt omfang at sikre sig, at aftaler m.v. foreligger skriftligt, underskrevet af begge parter.«

I hvert fald sagsantallet for Ankenævnet har ikke været faldende på dette område, idet der nu foreligger ca. 250 klagesager. Væsentlige klageemner i de senere år har været sager om omprioritering og bankernes salg af forsikring og livrenter.

Der blev nedsat et udvalg, der skulle undersøge, hvilke krav der i dag stillede til udøvelse af professionel rådgivningsvirksomhed, herunder regler om erstatningsansvar, og om disse krav giver brugerne en tilstrækkelig beskyttelse mod økonomiske tab. Udvalget afgav *Betænkning nr. 1362/1998 om rådgiveransvar*. Udvalgets flertal fandt ikke, at der var behov for en lov om rådgivning i den finansielle sektor. - I hvert fald uden for den finansielle sektor synes der at kunne samles enighed om, at betænkningen i al væsentlighed er uegnet som grundlag for en stillingtagen.

Folketinget gennemførte i 1993 loven om omsætning af fast ejendom. Formidling m.v. af fast ejendom frembyder på flere punkter de samme principielle spørgsmål, som man finder ved bankernes markedsførings- og rådgivere, og i ejendomsomsætningsloven har man søgt at løse disse spørgsmål ud fra en brugersynsvinkel, der samtidig tager sigte på et ubureaukratisk system. Dette gælder på det generelle plan en række krav til kvaliteten af udbudsmaterialet og oplysninger om juridiske, økonomiske og miljømæssige forhold. Af særlig interesse er det, at loven indeholder en række regler om deklarering af særlige rådgiverinteresser (i forhold til begge parter i ejendomshandlen), og at overtrædelse af disse regler er sanktionerede. Der er også regler om deklarering af andre interessefællesskaber, f. eks. når pengeinstitutter, realkreditinstitutter og forsikringselskaber driver ejendomsformidlingsvirksomhed.

I Sverige har man haft den samme faktiske udvikling, selv om såvel klagesagerne som den juridiske teori særligt har drejet sig om investeringsområdet. I *Finansiella tjänster från ett konsumentperspektiv* (1999) peges bl.a. på, at mange forbrugere har den opfattelse, at informationen har været vildledende, og at man har haft vanskeligt ved at trænge igennem den mundtlige information, der gives. Denne

» missnöje kan ofta ha sin grund i konsumenternas bristfälliga kunskaper om exempelvis nya sparformer och alternativa försäkringslösningar m.m. Emellertid kan man inte enbart hänföra detta till bristande kunskaper. En grundläggande orsak torde också vara - förutom dålig information och svårigheter - att intressera konsumenterna - att institutens rådgivning vad gäller mer komplicerade produkter fortfarande är anpassad till den traditionella kundkretsen av erfarna och kunniga sparare. I vissa fall kan orsaken till problemen vara att någon egentlig rådgivning inte förekommer, dvs. att det inte förs någon dialog mellan rådgivaren/säljaren och konsumenten.

De mæklere og økonomiske rådgivere som ofte vægleder kunderne og formidler tjenesterne har ikke altid den nødvendige farenhede og har ikke altid den nye kategori af eksempelvis værdipappers- og aktiesparere som konsumenter udgør. Visserligen findes der regelværk som regulerer visse dele af denne virksomhed og også om instituttenes forbedrede rutiner og uddannelse af personale, men det er meget svært at gøre i denne del. Udfordringen ligger således ikke enbart i at sikre en minimumnivå for konsumentbeskyttelsen uden også at aktivt virke for at forbedre kvaliteten på rådgivningsområdet. Rådgivningen må til sit indhold bestå af en diskussion og undersøgelse af den enkelte konsumentes behov og formåge, oplysning om alternative spar- og forsikringsformer og en orientering om udbudet af forskellige tjenester. Hermed avses selvfølgelig ikke at

instituten skall behöva jämföra sig själva med andra bolag och samtidigt peka på för- respektive nackdelar i sine egna produkter.«

Spørgsmålet er herefter taget op i hovedudvalget (*SOU 2000:29*) s. 150 ff, hvor der findes et ret udførligt afsnit om regulering af ansvar for finansiell rådgivning. Der peges s. 157 på, at retsgrundlaget i dag er uklart, og at almindelige retsgrundsætninger, ikke yder konsumenterne tilstrækkelig beskyttelse. De finansielle institutioner markedsfører sig som sagkyndige rådgivere. Der bør derfor gennemføres civilretlig lovgivning, og det bør overvejes, om Finansinspektionen bør have beføjelse til at stille krav om, at alle, der giver finansiell rådgivning, har dokumenteret praktisk og teoretisk uddannelse. Udvalget henviser herved til reglerne om forsikringsmæglere.

Det foreløbige resultat er imidlertid blevet, at den svenske regering ved en beslutning den 10. maj 2001 (**Dir. 2001:41 om Finansiell rådgivning till konsumenter**) har besluttet at anmode en udreder om at kortlægge og analysere de spørgsmål om kundebeskyttelse, som den finansielle rådgivning rejser. Arbejdet skal afsluttes senest den 30. juni 2002.

Kommissoriet er ret intensivt, og der lægges op til behandling og afvejning af de problemer, der blev taget frem i udredningen til Forbrugerombudsmanden, jf. pkt. 8.1.-8.3.

Like Carrying Water With a Sieve: An Analysis of the New EC Race Discrimination Directive From a Comparative Legal Historical Perspective

By

Lynn Roseberry

1. Introduction

Until the Treaty of Amsterdam went into effect in 1999, the only kind of discrimination prohibited by the Community Treaties was sex and nationality discrimination in employment. Former Article 119, now 141, required the member states to ensure that men and women receive equal pay for equal work. Article 48, now Article 39, banned “any discrimination based on nationality between workers of the Member States as regards employment, remuneration and other conditions of work and employment.” Article 6, now Article 12, prohibited any discrimination on grounds of nationality within the scope of application of the Treaty. Regulation 1612/68, which was adopted to implement Article 48 (39) specifically restricted its application to workers who are nationals of the Member States. The ECJ and member state governments have accepted that interpretation of the Treaty’s bans on nationality discrimination ever since.¹

¹⁾ See Paul Craig and Gráinne de Búrca, *EU Law* 673 (Oxford, 2nd edition, 1998); Catherine Hoskyns, *Integrating Gender: Women, Law and Politics in the European Union* 169 (London: Verso 1996).

Now, however, Article 13 EC has dramatically extended the Community's express competence to act against discrimination. It has added racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation as prohibited bases for discrimination. Furthermore, Article 13 has expanded Community competence from the rather narrow sphere of employment to all areas where discrimination is practiced and where the Community otherwise has competence to act.²

The Commission moved quickly to table a package of anti-discrimination directives based on Article 13 EC. Two directives were tabled in November 1999, one banning discrimination on the basis of race or ethnic origin in employment, occupation, education, social services and the supply of goods and services³ (hereinafter the "Race Directive") and the other instituting a general framework for equal treatment in employment and occupation irrespective of disability, age, religion, belief and sexual orientation (hereinafter the "Framework Directive").⁴ The race and ethnic origin directive sped through the consultation procedure. The Council achieved a common position in May 2000, adopted the directive on 29 June 2000, and published it in the Official Journal on 19 July 2000.⁵ The framework directive proceeded nearly as rapidly, receiving some criticism from the Parliament and the Economic and Social committee, which necessitated some revisions, getting the Social Council's political agreement by October 17th, and then finally being adopted by the Council on 27 November 2000.⁶

While the speedy adoption and broad scope of the new Race Directive suggests that the Council and Commission regard it as an important instrument in combating discrimination, a closer look at its scope suggests it will fall short of expectations. In the Summary of its 1999 Annual Report, the European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia indicates that non-Europeans, appear to be especially at risk for discrimination. It states, "The level of unemployment among minorities and the immigrant population could be an indicator of discrimination, and the level is in

²⁾ Article 13 states:

Without prejudice to the other provisions of this Treaty and within the limits of the powers conferred by it upon the Community, the Council, acting unanimously on a proposal from the Commission and after consulting the European Parliament, may take appropriate action to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation.

³⁾ COM (1999) 565.

⁴⁾ COM (1999) 566.

⁵⁾ Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, OJ L 180, 19/07/2000 p. 22-26.

⁶⁾ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ L 303, 02/12/2000, p. 16-22.

general higher among non-Europeans, immigrants and minorities compared to the majority of the population.”⁷ In light of this information, it is difficult to argue that discrimination against the immigrant population is unrelated to nationality, and yet the Race Directive states that its provisions do not cover discrimination on grounds of nationality.⁸ Because of this omission, the Directives may have little impact on the kind of discrimination that is arguably one of their main targets. In theory, third country nationals will be protected against discrimination on grounds of their ethnic origin once the Directives come into force, but they offer no assistance where the discrimination is based on their nationality.⁹ Furthermore, if the basis of discrimination is their religion, which is arguably related to their ethnic origin, then the scope of protection offered is much more limited, as the Framework Directive applies only to the employment sphere.

Of course some EU member states, including Denmark,¹⁰ already have legislative provisions prohibiting discrimination on the basis of national origin, in addition to race and ethnicity.¹¹ Nevertheless, most of that legislation has only been adopted

⁷ European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia (hereinafter “EUMC”), 1999 Annual Report – Summary, page 5. France’s National Advisory Commission on Human Rights reported that the unemployment rate of non-Europeans in France is three times the level of the French citizens. (page 5) In Germany, the Trade Union representatives reported that non-Germans, in particular juveniles, encounter discriminatory practices in training and jobs and suffer the most from structural changes in the labor market. (page 6) This problem has also been reported by France, Italy and Ireland in 1999. (page 6).

⁸ Article 3(2) states: “This Directive does not cover difference of treatment based on nationality and is without prejudice to provisions and conditions relating to the entry into and residence of third-country nationals and stateless persons on the territory of Member States, and to any treatment which arises from the legal status of the third-country nationals and stateless persons concerned.” The Framework Directive contains the same provision.

⁹ Paul Skidmore, “EC Framework Directive on Equal Treatment in Employment: Towards a Comprehensive Community Anti-Discrimination Policy?” 30 *Industrial Law Journal* 126, 128 (March 2001).

¹⁰ *Forskelsbehandlingsloven* (the Discrimination Law), which went into effect on 1 July 1996 prohibits employers from discriminating on the basis of race, color, religion, political opinion, sexual orientation or national, social or ethnic origin. Lov nr. 45 of 12 June 1996. *Straffelovens* (the Penal Code’s) §266b lays down criminal penalties (from a fine up to 2 years in prison) for public or malicious dissemination to a larger circle of statements that threaten, harass or degrades a group of people based on their race, color, national or ethnic origin, belief or sexual orientation. Lovebekendtgørelse nr. 849 of 6 September 2000. The *Racediskriminationslov* of 1971 is also a criminal law, in that it lays down a criminal penalty for discrimination on the basis of race, color, national or ethnic origin, belief or sexual orientation in the provision of business or public services. Lovebekendtgørelse nr. 626 of 29 September 1987.

¹¹ It appears that only Denmark, Spain, the Netherlands, Portugal, and the UK currently have provisions prohibiting discrimination on the basis of nationality or national origin. See Commission of the European Communities, *Legal Instruments to Combat Racism and Xenophobia* (Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities 1993)(hereinafter referred to as *Legal Instruments*) and EUMC Annual Report 1999, pages 51-

within the past two years, and according to the European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia, most member states do not. Even in those states that do have such legislation, protection against discrimination on the basis of nationality is given only grudgingly. For example, in Denmark, the ongoing political discussions about tightening up the existing legislation on conditions for family reunification, naturalization, and immigrants' access to social benefits reveals a tendency to isolate the standards of treatment of refugees and immigrants from the general principle of non-discrimination on the basis of national origin. Unequal treatment of immigrants and refugees as compared with Danish nationals appears to be regarded as unrelated to discrimination on the basis of national origin.¹²

In this article I will argue that the Directives' failure to address nationality or national origin discrimination is problematic because discrimination against third country nationals and their descendants does not necessarily fit the narrow legal paradigms of race or ethnic origin discrimination.¹³ Discrimination against certain groups of non-Europeans includes a pronounced element of xenophobia—fear of the foreign—which is not sufficiently addressed by bans on race or ethnic origin discrimination. Support for my argument can be found in the history of discrimination against racial and ethnic minorities in America and the American legal response to the problem. As I explain below, discrimination against racial and ethnic minorities in the United States has also been interwoven with the immigrant origins of these minorities. Due to legislative and judicial failure to appreciate the synergistic relationship between overlapping perceptions of race and foreignness, legal efforts to address race discrimination against certain minorities, particularly Asians and Hispanics, have fallen and continue to fall short.

My argument begins with an overview of the history of race discrimination in the United States and the American legal response to the problem. I will then compare that history with the dynamics leading to revision of the EC Treaty to include the new Article 13, which provided the basis for the new Race Directive and suggest some conclusions that can be drawn from the comparison.

72.

¹²⁾ In contrast, on 22 December 1999 Spain adopted a new immigration law which aims to guarantee foreigners the same conditions as Spanish nationals regarding the rights and privileges recognized by the Constitution, including the freedom to gather and associate, the right to education, social security, medical assistance and hospitalization. See EUMC Annual Report 1999, page 58.

¹³⁾ *Id.*

I do not attempt in this article to answer the question of how nationality discrimination should be addressed. I acknowledge that legitimate distinctions may be made on the basis of citizenship in some situations. The case law of the European Court of Justice on free movement of EC nationals permits such distinctions to be drawn, but in quite limited circumstances. That case law may provide helpful guidance in framing a Community response to discrimination arising from xenophobia.

2. Race and Nationality Discrimination in the U.S.

Despite American rhetoric about America's commitment to equality of all people, America has a long and ignominious history of discrimination against certain groups who are perceived as foreign and of non-European descent. This discrimination arose as a result of linking national identity with race from the earliest days of America's existence. The concepts of race and alienage merged to produce a construct of foreignness that can be called a 'raced' presumption of alienage.¹⁴

Before explaining how national identity became linked with race in the United States, it is first necessary to define "race." Most modern biologists and social scientists agree that there is no biological basis for distinguishing human groups along the lines of race. Selecting certain biologically based human features for purposes of racial classification is thus a social and historical process.¹⁵ That "race" is a social and political construct is apparent in the history of American legal treatments of race and alienage.

Although many people of several different national origins lived in the American colonies and fought for American independence,¹⁶ a number of facts coalesced to provide the basis for constructing a myth of American homogeneity. Those facts included the following: (1) the original colonies were established under British rule,

¹⁴ Ants Taylor Saito, "Alien and Non-Alien Alike: Citizenship, 'Foreignness,' and Racial Hierarchy in American Law", 76 *Oregon Law Review* 261, 263 n. 5 (1997).

¹⁵ The Supreme Court took note of the scientific community's understanding of race in *St. Francis College v. Al-Khazraji*, 481 U.S. 604, 610 n. 4 (citing numerous scientific publications on the subject).

¹⁶ American law professor Juan Perea has noted that during the American revolutionary war, the official documents of the Continental Congress were published in German, French, and English, and that an initial proposal of the Great Seal included symbols of the six major lands of origin of the American people: England, Scotland, Ireland, France, Germany, and Holland. Juan Perea, "Demography and Distrust: An Essay on American Languages, Cultural Pluralism, and Official English", 77 *Minnesota Law Review* 269 (1992).

(2) the settlers eliminated most of the indigenous peoples they found living in American, and (3) they brought in other peoples [primarily Africans] as slave laborers, whom they denied citizenship and basic human rights.¹⁷

Slavery had become an integral part of the economy of the American colonies by the Revolutionary War period, and it was an integral part of creating the notion of a “white” American identity. The existence of slavery as an institution depended on the existence of social, political, and legal structures that were built up on a distinction between slaves and those for whom the privileges of citizenship were reserved.¹⁸ In the early colonial days, the distinction was between Christian and heathen. The label “Christian” eventually gave way to “white” and heathen to “black” as conscious efforts were made to reduce people of different African tribes and nationalities first into African slaves and then simply into black people, slaves or not.¹⁹ As the population grew more “mixed”—due in large part to slave-owners’ use of their female slaves for sexual and reproductive purposes—a need for more rigid classifications was recognized, and increasingly particularized and harsh laws regulating conduct on a racial basis were enacted.²⁰ As early as the 1660s in Virginia and Maryland, laws were enacted that made African Americans servants for life, forbade intermarriage, and gave the children of African American women the same status as their mothers, regardless of the race or status of the fathers of these children.²¹ Perhaps because of the economic benefits of having more people enslaved, “white” became an increasingly narrow category and black correspondingly inclusive.²² Likewise, laws classified people who were of one-fourth, one-eighth, or even one sixty-fourth African descent as black. Eventually, laws adopted the hypodescent or “one drop” rule, which labeled as black or “colored” a person with any discernable African ancestry.²³ Only those with no discernable non-European ancestry could be “white”.

The myth of American homogeneity rose to the level of national political discourse with the publication of the Federalist Papers, in which John Jay, who would become

¹⁷⁾ See Saito, note 14 above, at 268(1997).

¹⁸⁾ *Id.* at 286.

¹⁹⁾ *Id.*

²⁰⁾ *Id.* at 287.

²¹⁾ *Id.*

²²⁾ *Id.*

²³⁾ *Id.*

the first Chief Justice of the Supreme Court, asserted that “Americans” descended from the same ancestors, spoke the same language, professed the same religion and were very similar in their manners and customs.²⁴ Most Americans, then and today, would understand that Jay was referring to British ancestors, the English language, Christianity, and British culture.

Although the United States Constitution uses the word “citizen” in a number of its provisions, it did not define United States citizenship, perhaps reflecting the influence of natural law thinking on the Framers. “Citizenship” strictly defined would have been too narrow a concept on which to base rights naturally belonging to all (white) people.²⁵ Nevertheless, the Constitution did contain a clause giving Congress the power to establish “an uniform rule of Naturalization,”²⁶ and Congress duly passed the Naturalization Act of 1790, which established qualifications for citizenship, including the racial requirement that the person seeking naturalization be a “free white person.”

The race-based model of American citizenship established in the Naturalization Act lent further support to the myth of American homogeneity. Nearly seventy years later, during the debates leading up to the 1858 Senate election in Illinois, Abraham Lincoln’s opponent, Stephen Douglas invoked this myth once again as he argued for even more restrictive citizenship rules :

[A] negro is not and never ought to be a citizen of the United States. I hold that this Government was made on the white basis by white men, for the benefit of white men and their posterity forever, and should be administered by white men and none others....The signers of the Declaration [of Independence]...when they declared all men to be created equal...desired to express by that phrase white men, men of European birth and European descent, and had no reference either to the negro, the savage Indians, the Fejee [sic], the Malay, or any other inferior and degraded race.²⁷

²⁴⁾ See *id.*, quoting John Jay, at 5. The Federalist Papers were a collection of 85 essays on the proposed U.S. Constitution and the nature of republican government written and published in 1787-88 by Alexander Hamilton, James Madison and John Jay in an effort to persuade New York state voters to support ratification. All the essays were published over the signature Publius, but historians have uncovered the identities of the authors.

²⁵⁾ Lawrence H. Tribe, *American Constitutional Law* 356 (Mineola, New York: Foundation Press, 2d edition, 1988). This natural law influence is seen in the Bill of Rights (the first 8 amendments containing the guarantees of freedom of speech, religion, etc.) which speaks exclusively of “persons”, not “citizens.” *Id.*

²⁶⁾ U.S. Constitution, Article I, §8, cl. 4.

²⁷⁾ Speech of Stephan A. Douglas at Jonesboro (Sept. 15, 1858), in *Political Debates Between Hon. Abraham Lincoln and Hon. Stephen A. Douglas* 116 (1860) as quoted in Peter Westen, “The Meaning of Equality in Law, Science, Math and Morals: A Reply”, 81 *Michigan Law Review* 604, 605-5 (1983).

After the Civil War, it became clear that slavery would never be abolished in practice unless the former slaves and their descendants were granted citizenship. In response to ratification of the Thirteenth Amendment to the Constitution eight months after the surrender of the Southern Confederacy,²⁸ all but two Southern states adopted a series of laws, known as "Black Codes," that kept "Blacks" in a subordinate status closer to slavery than freedom. For example, Mississippi prohibited "Blacks" from renting land anywhere but in incorporated towns or cities; "Blacks" with no lawful employment were deemed vagrants, subject to fine or imprisonment. "Blacks" could not enter South Carolina to reside without posting a \$1000 bond. "Blacks" were prohibited from pursuing most trades other than farming or servant under a labor service contract unless they had a difficult to obtain license. Different judicial procedures were established for "Blacks" and "Black" children between 18 and 21 years of age.²⁹

Congress took action against the Black Codes by passing the Civil Rights Act of 1866, which declared that all persons born in the U.S. are citizens and provided that all citizens shall have, among other rights the same right as white persons to make and enforce contracts and to own or lease property.³⁰ To ensure the 1866 Act's constitutional validity, Congress initiated the constitutional amendment process, which resulted in the ratification of the Fourteenth and Fifteenth amendments, on July 28, 1868 and March 30, 1870 respectively.³¹ Section 1 of the Fourteenth Amendment restated the essence of the 1866 Civil Rights Act and is the source of American constitutional equal protection doctrine. Section 1 states:

²⁸) Congress initiated the constitutional amendment process soon after President Lincoln's wartime Emancipation Proclamation, and by December 1865, eight months after the Southern Confederacy surrendered to Union General Ulysses Grant, three quarters of the States had ratified the Thirteenth Amendment. The Thirteenth Amendment states in relevant part, "Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction."

²⁹) See *id.*

³⁰) The most important provisions of the 1866 Civil Rights Act are now codified at 42 United States Code (U.S.C.) §§1981 and 1982. These statutes still provide a valid legal basis for race discrimination claims.

³¹) Opponents of the 1866 Civil Rights Act had argued that Congress did not have the constitutional authority to enact act because the Thirteenth Amendment, which abolished slavery and was ratified 8 months after the Confederacy of Southern States surrendered, had merely eliminated the relationship between master and slave. See Gerald Gunther, *Constitutional Law* 400 (12th ed. 1991). Ratification of a constitutional amendment requires approval of the amendment by $\frac{3}{4}$ of the state legislatures.

All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State where in they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.³²

The Fifteenth Amendment guaranteed black men the right to vote (regardless of “race, color, or previous condition of servitude”) with power being given Congress to enforce the amendment by appropriate legislation. Finally, the Civil Rights Act of 1871 provided civil and criminal remedies for violations of constitutional rights. Federal prosecutors brought thousands of cases in southern federal courts based on the criminal provisions of the new civil rights program and established criminal actions as the primary vehicle through which the federal government protected civil rights.³³

All of this legislative activity seemed to signal the end of the racial hierarchy that had been built up to support slavery. The end was postponed indefinitely, however, as the Supreme Court limited the scope and effect of the amendments and legislation in a series of decisions,³⁴ and after the Democrat Samuel J. Tilden and Republican Rutherford B. Hayes struck a bargain to settle the contested 1876 presidential election. Known as the Compromise of 1877, the bargain essentially ended the Republican Reconstruction program (begun in 1867) that had divided the South into five military districts and outlined how new governments, based on the one-man-one-vote principle were to be established. Following this plan, all the former Confederate states were readmitted to the Union by 1870 and nearly all were controlled by the Republican party as a result of the combined numbers of recent arrivals from the North—such as Union soldiers, teachers, Freedmen’s Bureau agents, and businessmen—and freed slaves.³⁵ When Reconstruction ended,

³²) Section 2 of the Fourteenth Amendment requires that all persons in each State be counted for purposes of apportioning representatives to the U.S. House of Representatives. Sections 3 and 4 dealt with issues regarding the political rights of the former rebels and the debts incurred in connection with their rebellion. Section 5 gave the Congress power to enforce by appropriate legislation the provisions of the amendment.

³³) Theodore Eisenberg, *Civil Rights Legislation* 4 (Charlottesville, Virginia: Michie, 2nd edition, 1987).

³⁴) E.g., *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896)(upholding legally mandated segregation where the facilities are “separate but equal”).

³⁵) In every state, blacks formed the overwhelming majority of southern Republican voters. See generally *The Readers Companion to American History*, (Eric Foner & Johan A. Garraty, editors, Boston: Houghton Mifflin Company, 1991) 917-924.

President Hayes withdrew all federal troops from the South, the southern Republican governments collapsed, the South became solidly Democratic, and Southerners were given free rein to oppress and brutalize African Americans. In light of this history James Baldwin's words, penned a little more than 100 years later, have the ring of indisputable truth: "Blacks have never been, and are not now, really considered to be citizens here."³⁶

The racial hierarchy that was left intact despite Congress's best legislative efforts provided the context in which the large-scale importation of Chinese labor began. Chinese laborers were imported for the purpose of building the transcontinental railroad and to provide services in support of the California Gold Rush. To maintain the existing racial hierarchy, the Chinese had to be assigned a place within it. In addition, racial classification was important for purposes of naturalization. After passing the Fourteenth Amendment, Congress had amended the Naturalization Act of 1790 to include "aliens of African nativity" or "persons of African descent" in addition to "free white person" as qualifications for naturalization. Thus, in order to become citizens, foreign-born Chinese would have to be classified as "white."³⁷ At first, Chinese persons were classified in the federal censuses as whites until 1860.³⁸ Then, in the federal censuses between 1860 and 1890, a new classification, "colored" was included. Chinese and Japanese were sometimes classified as colored and other times as white³⁹ during this period. Finally, by 1900, the census expressly mentioned Africans, Indians, Chinese, Japanese, and "whites."⁴⁰

The motivation for specific recognition of Chinese and Japanese as non-white classifications was related to the declining demand for Chinese laborers as the transcontinental railroad was completed and the Gold Rush died out. The Panic of 1873, the Depression of 1877 and drought provided fertile ground for a xenophobic reaction, and Chinese immigrants became the subjects of violent attacks and persecution. Chinese became popularly regarded as criminals and prostitutes, which

³⁶ James Baldwin, *The Evidence of Things Not Seen* 31 (1985). Similarly, the Black American author W.E.B. DuBois wrote in 1903: "One ever feels his twoness.--an American, a Negro: two souls, two thoughts, two unreconciled strivings; two warring ideals in one dark body, whose dogged strength alone keeps it from being torn asunder." W.E.B. DuBois, *The Souls of Black Folk* 45-46 (1969).

³⁷ In 1898, the U.S. Supreme Court confirmed in *United States v. Wong Kim Ark*, 169 U.S. 649, that birth in the territorial United States results in U.S. citizenship regardless of race.

³⁸ See Saito, note 14 above, at 291 (citing *In re Halladjian*, 174 F. 834, 842 (C.C.D. Massachusetts 1909).

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Id.*

led to the enactment of the first federal statute restricting immigration in 1875, an act which excluded criminals and prostitutes from immigrating to the United States.⁴¹ This act was followed by the Chinese Exclusion Act of May 6, 1882, which initiated sixty-one years of explicit Chinese exclusion. The racial prerequisites for naturalization were not completely removed until the passage of the Immigration and Nationality (McCarran-Walter) Act of 1952. Accordingly, until that time, Asians were usually identified in the law as “aliens ineligible to citizenship,” a characterization which contributed to the perception that anyone who looked Asian was an “alien” and to the use of citizenship as a proxy for race.

The conflation of race and nationality discrimination with regards to Asians in America is evident in a number of statutes passed by state legislatures in the late 19th and early 20th centuries. In 1862, California passed “An Act to protect Free White Labor against competition with Chinese Coolie Labor, and to Discourage the Immigration of the Chinese into the State of California.” Several states, including California, passed “alien land” laws, which restricted the ownership of land to citizens or persons eligible for citizenship. California’s law, passed in 1913, declared unlawful the ownership of real property by “aliens ineligible to citizenship,” and restricted leases of agricultural land to terms of three years. The California State Attorney General explained that the legislative restriction targeted the Japanese based on a concern about “race undesirability,” and sought to limit their presence by limiting their privileges. It was thought that they would not come in large numbers nor stay if they could not acquire land. From 1920 through the 1920s, challenges to these statutes were upheld by state courts and by the U.S. Supreme Court.

These kinds of laws also legitimized discrimination and violence against Asian Americans by reinforcing the idea that Asians were inassimilable.⁴² The notion that Asian Americans could never be real Americans showed itself most plainly in the internment of Japanese Americans during World War II. The internment was rationalized in part by the fact that first generation Japanese Americans, being ineligible to citizenship, were now enemy aliens.⁴³ But the internment order went further than naming enemy aliens, a category that would have included German nationals living in the United States. It applied to “all persons of Japanese ancestry, both alien and non-alien.”⁴⁴ “Non-alien” supplanted the more legally correct term

⁴¹⁾ *Id.*, at 299-300.

⁴²⁾ *Id.*, at 275.

⁴³⁾ See *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

⁴⁴⁾ See Saito, note 14 above, at 274.

“citizen.” Thus, the ineligibility of foreign-born immigrants to citizenship was used to erect a presumption of foreignness, which in turn served to justify an extreme act of discrimination against a group identified as a non-white race.

In the years following World War II, courts struck down restrictions based on ineligibility to citizenship⁴⁵ and the last of the race-based requirements for naturalized citizenship were removed by the McCarran-Walter Act of 1952.⁴⁶ Natsu Taylor Saito suggests that this change of heart was probably influenced by developments during and after World War II, such as the role of China as an ally, the contributions of Filipino servicemen, the decisive defeat of Japan, the emphasis placed on fighting Hitler’s racism, and the new post-war international focus on human rights.⁴⁷ He quotes the following from Justice Murphy’s concurring opinion in a Supreme Court decision that invalidated California’s alien land law: “[The alien land law was] an unhappy facsimile, a disheartening reminder of the racial policy pursued by those forces of evil whose destruction recently necessitated a devastating war. It is racism in one of its most malignant forms.”⁴⁸

Subsequent legal developments suggested, for a short time, that race discrimination would no longer be able to masquerade as permissible differential treatment on the basis of nationality, and that alienage would no longer serve to justify the marginalization of certain ethnic groups. The Civil Rights Act of 1964 banned discrimination on the basis of race, color *and national origin* in public accommodations (Title II)⁴⁹, federally assisted programs (Title VI), discrimination by large private employers (Title VII),⁵⁰ and extended federal power to deal with voting discrimination. Title VII of the Act also created a substantial new federal bureaucracy to enforce the ban against discrimination in employment. In 1971 the U.S. Supreme Court held in *Graham v. Richardson*⁵¹ that alienage was a suspect classification for purposes of distinctions made under state law, thus requiring such distinctions to be subject to strict judicial scrutiny. In 1986 Congress passed the Immigration Reform and Control Act, which provided that its employer sanctions

⁴⁵) Sec. c g., *Oyama v. California*, 332 U.S. 633 (1948).

⁴⁶) Immigration and Nationality Act of June 27, 1952. 66 Stat. 163.

⁴⁷) Saito, note 14 above, at 276.

⁴⁸) *Oyama*, 332 U.S. at 673.

⁴⁹) Title II also banned discrimination on the basis of religion

⁵⁰) Title VII also banned discrimination on the basis of sex in addition to religion, race, color and national origin.

⁵¹) 403 U.S. 365 (1971).

would be terminated if they were shown to increase discrimination against those perceived as foreign.⁵²

These improvements have yielded mixed results. First, the Supreme Court has retreated further and further from its holding in *Graham*. Starting two years after that decision, the Court recognized a broad “political function” exception that allows states to apply citizenship requirements to a broad range of elective and non-elective public offices.⁵³ Next, the Court expanded this exception to public jobs such as those of state troopers⁵⁴ and public school teachers.⁵⁵ Finally, the Court narrowed the scope of the “alienage” classification for purposes of strict scrutiny when it noted that undocumented aliens are not a suspect classification and thus are entitled only to minimum protection under equal protection law.⁵⁶ In addition to these interpretations of Fourteenth Amendment equal protection, the Court has interpreted the Fifth Amendment’s due process guarantee (which applies to the federal government and corresponds to equal protection as applied to the states) as allowing the federal government to create alienage classifications subject only to minimal—not strict scrutiny—review.⁵⁷

Second, judicial interpretations of “race” and “national origin” have led to uneven and unpredictable results in cases where the discrimination rests on conflated perceptions of race and foreignness. The opinions of the trial, appellate and Supreme Court judges in *Saint Francis College v. Al-Khazraji*⁵⁸ illustrate some of the difficulties of trying to isolate the factor that is the basis of discrimination—race, national origin, and/or ethnicity—against a given individual. Mr. Al-Khazraji, was a U.S. citizen born in Iraq, who believed he was denied tenure⁵⁹ because of his Arab origin and Muslim religion. He brought a claim under section 1981 of the Civil Rights Act of 1866, which provides that all persons shall have the same rights and

⁵²) Immigration and Nationality Act §274A(j)-(n)-, 8 U.S.C. §1324a(j)-(n) (1994)(repealed 1996).

⁵³) *Sugarman v. Dougall* 413 U.S. 634 (1973).

⁵⁴) *Foley v. Connelie*, 435 U.S. 291 (1978).

⁵⁵) *Ambach v. Norwick*, 441 U.S. 68 (1979).

⁵⁶) *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, 210-13, 2219 n.19 (1982)(holding that Texas could not exclude the children of undocumented persons from public schools based on minimum standard of review.).

⁵⁷) See *Fiallo v. Bell*, 430 U.S. 787 (1977).

⁵⁸) 481 U.S. 604 (1987).

⁵⁹) “Tenure” is permanent employment as a professor at college or university.

enjoy the same benefits of all laws “as is enjoyed by white citizens”. The federal trial court initially held that a section 1981 action could be maintained based on the plaintiff’s allegation that he was denied tenure because he “was of the Arabian race.”⁶⁰ On a pre-trial motion for summary judgment, a different judge “construed the pleadings as asserting only discrimination on the basis of national origin and religion” and ruled that section 1981 did not reach “claims of discrimination based on Arabian ancestry.”⁶¹ The Court of Appeals held that “although under current racial classifications Arabs are Caucasians,” when Congress passed section 1981 it intended to protect persons against discrimination based on “membership in a group that is ethnically and physiognomically distinctive.”⁶² The Supreme Court then affirmed the Court of Appeals, noting that many scientists regard racial classifications as arbitrary and sociopolitical, rather than biological, in nature. Nevertheless, the majority of the Supreme Court limited section 1981’s protection to “racial discrimination”, albeit broadly defined: “Congress intended to protect from discrimination identifiable classes of persons who are subjected to intentional discrimination solely because of their ancestry or ethnic characteristics. Such discrimination is racial discrimination.”⁶³

This broad definition did not end the confusion about how to identify the factor that is the basis of discrimination when the victim has both a different ethnic and national origin. In *Hernandez v. New York*,⁶⁴ the Supreme Court noted that excluding Latinos from selection as jurors “by reason of their ethnicity” would violate the equal protection guarantee of the Fourteenth Amendment, but nevertheless held that the exclusion of *bilingual* jurors (who spoke both Spanish and English) was not based on “ethnicity.” After this decision it appears that for a majority of the Supreme Court, race is skin color, but not culture.⁶⁵ Accordingly, discrimination based on *cultural* ethnic traits (i.e. traits foreign to Anglo-American culture), but not *physical* ethnic traits, is not actionable “race” discrimination under the Fourteenth Amendment or other anti-discrimination legislation.

⁶⁰) 481 U.S. at 606.

⁶¹) *Id.*

⁶²) *Id.* at 607 (quoting the federal court of appeals opinion at 784 F.2d 505, 517 (1986)).

⁶³) *Id.* at 613.

⁶⁴) 500 U.S. 352 (1991).

⁶⁵) See Erik K. Yamamoto, “Critical Race Praxis: Race Theory and Political Lawyering Practice in Post-Civil Rights America, 95 *Michigan Law Review* 821, 847-48 (1997).

Prohibitions against discrimination based on national origin have not proven any more helpful in combating discrimination based on a raced presumption of foreignness. The single Supreme Court decision interpreting “national origin” under Title VII of the 1964 Civil Rights Act, *Espinoza v. Farah Manufacturing*,⁶⁶ exemplifies the difficulties. In *Espinoza* the Court decided that the prohibition against discrimination because of “national origin” did not protect a Mexican-born permanent resident alien with lawful status against discrimination because of citizenship status.⁶⁷ The Court reasoned that the plain meaning of “national origin” did not include citizenship requirements. The Court found further support for its opinion in the meager legislative history of the inclusion of “national origin” in Title VII:

The only direct definition given the phrase “national origin” is the following remark made on the floor of the House of Representatives by Congressman Roosevelt, chairman of the House Subcommittee which reported the bill: “It means the country from which you or your forbears came.... You may come from Poland, Czechoslovakia, England, France, or any other country.”⁶⁸

The problem with the Court’s reasoning in *Espinoza* is that the plain meaning of the statutory language easily could have been interpreted to prevent discrimination against a legal alien. After all, having a national origin different from the host state’s citizens is part of the essence of being an “alien.” As Justice Douglas wrote in his dissent, “refusing to hire an individual because he is an alien ‘is discrimination based on birth outside the United States and is thus discrimination based on national origin in violation of Title VII.’”⁶⁹ Furthermore, it seems quite likely that the employer’s “no aliens” policy thinly disguised illegal discrimination against people of Mexican national origin, since this is the most numerous group of aliens in this particular employers’ geographic area.

⁶⁶) 414 U.S. 86 (1973).

⁶⁷) The plaintiff had applied for employment as a seamstress in San Antonio, Texas, which lies close to the U.S.-Mexico border, but the employer rejected her application based on its “longstanding policy” of not hiring aliens—legal or illegal.

⁶⁸) *Id.* at 89, quoting from the Congressional Record, 110 Cong. Rec. 2549 (1964).

⁶⁹) *Id.* at 97-8 (Douglas, J., dissenting)(quoting Brief for the Equal Employment Opportunity Commission as Amicus Curiae).

3. Partial Conclusion

The foregoing history of the conflation of race and alienage in America has shown how the acceptability of different legal standards for non-citizens has provided cover for a raced presumption of foreignness that occasions discriminatory practices that marginalize people with non-European ancestry, regardless of the individual members' actual citizenship status. In American history, the raced presumptions of foreignness have permitted the creation and maintenance of a supply of cheap labor that has been both readily accessible and disposable as well as the creation of a convenient instant "enemy" to serve as a scapegoat for social and economic problems. The root of the problem is that acceptance of different standards of treatment for non-citizens may not be based on legitimate considerations, for example, national security, but rather mask racism, nativism, or other legally unacceptable motivations.

4. The Origins of EC Anti-Discrimination Policy with Regards to Race and Ethnic Origin

Europe has experienced a similar development of raced presumptions of foreignness that serve the same purposes. The 1999 Annual Report of the European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia indicates that the racial and ethnic minorities targeted for discrimination in the EU are primarily dark-skinned third-country nationals and their descendants.⁷⁰ In one national report after the other, the problem of discrimination and the resulting social stratification is described in terms of the marginalization of immigrants from Africa, Lebanon, Turkey, and some parts of Asia. In a 1993 report on legal instruments to combat racism and xenophobia, the Commission explains that Europe has become "multicultural and multiracial" because of a shift in the countries and regions of origin of those immigrating to Europe.⁷¹ The underlying presumption of that assessment is that the population of Europe was largely monocultural and monoracial before this shift in migration patterns occurred.⁷² This presumption bears a close similarity to the content and function of the myth of American homogeneity.

⁷⁰) See also "Xenophobia and Racism in Europe in Light of the Public Opinion 1989-1997", EUMC, available at <http://eumc.eu.int/publications/eurobarometer.htm>; *Legal Instruments*, note 11 above.

⁷¹) *Legal Instruments*, note 11 above, at 6.

⁷²) The national minorities in Europe, such as the Basques and the Roma, challenge this presumption.

That similarity should not be regarded as mere coincidence. That myth was propagated partly as a result of British colonial rule in America. Many of the migrants—both laborers and refugees—come from former European colonies.⁷³ The current racism in Europe arguably has its roots in colonialism. Some evidence of how closely related the origins of American and European racism are can be found in Margaret Thatcher's 1988 speech in Bruges, where she claimed that the common experience of colonialism and of its "civilising" mission was one of the main ties binding the European states together.⁷⁴ Her statement reverberates against the race-based model of citizenship advocated by Stephen Douglas in his debates with Abraham Lincoln.

The Commission supports its assessment of the emergence of a multi-cultural and multi-racial Europe based on the following figures. It was estimated that about 16 million, or 5%, of the 320 million residents of the twelve member states of the EC originated from outside the Community.⁷⁵ This percentage is virtually identical to the percentage in 1931. Of those 16 million, the Commission classifies some 13 million as "belonging to an 'ethnic minority' in the sense that they have a different culture from the majority of the population of the country where they live."⁷⁶ About 8 million could be considered as "non-white according to the color of their skin or other physical characteristics."⁷⁷

These immigrants generally fall into two categories: guest workers and refugees.⁷⁸ The guest workers were imported⁷⁹ in the 1960s and 70s primarily from the Mediterranean Basin (North Africa, Southern Italy, Greece, Turkey and Yugoslavia) on the assumption that the labor shortages were temporary. In Germany, for example, the first "guest workers" arrived from southern Italy to alleviate the

⁷³) According to the Commission, the most part recent arrivals in Europe come from former European colonies in Africa, Asia and the Caribbean, although 2/3 of the immigrants in Germany are from Eastern Europe. See *Legal Instruments*, note 11 above, at 6.

⁷⁴) Hoskyns, note 1 above, at 176.

⁷⁵) See Commission, *Legal Instruments*, note 11 above, at 7. However, the Commission acknowledges that the number may be higher if illegal aliens were counted as well.

⁷⁶) *Id.*

⁷⁷) *Id.*

⁷⁸) *Id.* at 6.

⁷⁹) I use "imported" in the sense that various European countries, especially Germany and Denmark, encouraged these workers to come by relaxing immigration policy specifically to permit the entry of workers from specific countries—such as Turkey—for limited periods and purposes.

German labor shortage in 1955. The first Turkish guest worker arrived in 1960, and by 1964 the number of guest workers in Germany alone reached 1 million. By 1974 the immigrant population in Germany hit 4 million.⁸⁰ The numbers of migrant workers from the Mediterranean Basin numbered in the millions in France and England as well. These guest workers fit the pattern seen in the U.S. The host countries specifically sought these workers out because they were an easily accessible and presumably easily disposable cheap supply of labor.

Refugees began to make up a sizeable portion of the estimated 8 million non-European citizens legally living in Europe after about 1987. On average, the number of requests for political asylum in Community Member States tripled between 1987 and 1991. Some states have experienced a much higher rate of increase. For example, in the United Kingdom, applications rose from 5,200 in 1987 to 57,700 in 1991, and in Germany, they rose from 57,400 in 1987 to 256,100 in 1991. It is assumed that a significant number of those applicants who are refused asylum remain illegally.⁸¹

Most EC member states comply with Article 1(3) of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, which prohibits discrimination against any particular nationality in regard to naturalization and citizenship.⁸² However this provision does not prevent states from making numerous lawful distinctions on the basis of citizenship. The fact that states may not impose racial requirements on citizenship does not prevent the creation of a "raced" presumption of alienage arising when a substantial proportion of the aliens admitted to Europe are perceived as being racially non-European.

With regards to the guest workers, American history seems to be repeating itself in Europe. They represent a supply of cheap labor from non-Member States that has been "raced" as foreign. Thus, they have become easy targets for discriminatory

⁸⁰⁾ Germany stopped importing guest workers in 1974. See Andrew Nagorski, "The German Melting Pot" in *Newsweek* April 21, 1997.

⁸¹⁾ *Legal Instruments*, note 11 above, at 6. Germany, for example, was granting only 7% of asylum applications as of 1993.

⁸²⁾ As of 1993 four member States had naturalization laws that arguably conflict with the UN Convention on race discrimination. Italy and Greece provided for preferential treatment of those of Italian and Greek descent, while Spain and Portugal provided preferential rights of immigration for certain nationalities according to their laws. *Legal Instruments*, note 67 above, at 14, footnote 7.

practices that are encouraged and legitimated by laws that specifically treat guest workers less favorably than European citizens.⁸³

Refugees do not fit the “cheap labor” paradigm, but many of the refugees arriving in Europe share some of the same ethnic characteristics, such as skin color, religion and/or language, as guest workers. Because migration to Europe contains a mixture of economic migrants and genuine refugees with similar ethnic traits, refugees can be easily confused with economic migrants. Furthermore, the 1951 UN Refugee Convention, which spells out the protections host states are obligated to provide refugees as a matter of international law, requires in most cases only that refugees should enjoy only the same freedoms as those enjoyed by foreign nationals living legally in a given country.

The fact that a substantial number of the racial and ethnic minorities in the European Community targeted for discrimination are third country nationals has made it nearly impossible, until the Amsterdam Treaty went into effect,⁸⁴ for the Community to take any action to address their marginalization. As explained earlier in this article, the ECJ and the member state governments interpreted the free movement provisions of the 1957 Rome Treaty as limiting rights and benefits to workers who were nationals of an EC member state. The result was to create a common market in labor for EC nationals and national labor markets for both EC nationals and third country nationals. National authorities were allowed to continue to regulate the supply of immigrant labor from the sources traditional to each country, “secure in the knowledge that, unless or until such workers became citizens, they and the communities which grew up around them would in effect be restricted to the national market and subject to national regulation only.”⁸⁵

The Commission did make some attempts to blur the demarcation between national and EC labor markets in the aftermath of the economic and political tumult of the 1960s and early 70s. A window of opportunity for initiating Community action in this area seemed to appear at this time as the political realm of the Community perceived that assisting disadvantaged groups was important for political stability and could help build broader, popular support for EEC activities.⁸⁶ In 1972 the

⁸³⁾ For an overview of legally permitted, and in some cases mandated, forms of discrimination in the Member States of the EC see chapter 3 in Glyn Ford, *Fascist Europe: The Rise of Racism and Xenophobia* (London: Pluto Press 1992).

⁸⁴⁾ The relevant changes made by the Amsterdam Treaty are discussed below.

⁸⁵⁾ See Hoskyns, note 1 above, at 169.

⁸⁶⁾ Ruth Nielsen and Erika Szyszczak, *The Social Dimension of the European Union* 25-6 (Handelshøjskolens Forlag, 3rd edition, 1997)

Heads of State or Government expressed their new interest in committing the Community to assisting disadvantaged groups in the 1972 Declaration after the Paris summit. The Declaration stated that they "...attached as much importance to vigorous action in the social field as to the achievement of economic union." Community action followed these words in the form of the 1974 Social Action Programme, which focused on sex equality.⁸⁷ During the ten-year period after adoption of the Social Action Programme, the Commission hoped to establish a more consistent labor policy overall and attempted to establish some Community competence over third country migrants by proposing various forms of consultation and cooperation with the member state governments.⁸⁸ The member states "welcomed" consultation, but never actually allowed it to be implemented.⁸⁹

By the 1980s, it was clear that the "guest workers" in Europe had become permanent residents. The countries had made no provisions for the permanent settlement of these workers, and the question of their social, economic and political integration loomed. Most of them occupied the bottom rungs of their host societies. They had come to fill long-term, but not permanent positions where there was a high demand for labor not met by the member States' own nationals because the jobs were poorly paid and undesirable, such as manual factory labor, garbage collection, and other unskilled service jobs. Economic restructuring and the resulting growth in unemployment created a sense of crisis and set the stage for inter-ethnic conflicts, racism and eventually, the resurgence of fascism.⁹⁰ At the same time, the number of applications for political asylum surged and a wave of refugees began arriving.

The rise of extreme right political parties, especially the Front National in France, eventually provoked the Community into action. Ten MEPs from the Front National were elected to the European Parliament in 1984.⁹¹ The post-election socialist majority in Parliament established a committee of inquiry into the rise of fascism and racism in Europe. The committee's report was mainly concerned with the rise of the extreme right and its links across Europe, but it also considered the roots of

⁸⁷⁾ The Social Action Programme provided the political framework to develop a series of further measures to construct an Equal Treatment Programme, which included proposals for the Equal Pay Directive, adopted in 1975, which was then followed in 1976 by the Equal Treatment Directive and the State Social Security Directive two years later.

⁸⁸⁾ See Hoskyns, note 1 above, at 170.

⁸⁹⁾ *Id.*

⁹⁰⁾ *Id.* at 177.

⁹¹⁾ Hoskyns, note 1 above, at 177.

racism and its relation to economic and social conditions.⁹² The report included proposals for a broader definition of Community powers and responsibilities in the area of race relations (using Article 235 EEC). The report was adopted in January 1986, and as a follow up, the Presidents of the Commission, the Parliament and the Council signed a joint Declaration against racism and xenophobia in Strasbourg on 11 June 1986.⁹³

Encouraged by these developments, the Commission funded a report, also in 1986 on the extent of racism and xenophobia in Europe, the existing means of legal protection, and recommendations for new approaches.⁹⁴ The report was completed in 1987, but never accepted by the Commission or published as a Community document.⁹⁵ It appears that the report was considered to have gone too far into areas of member state competence. The member state governments clearly preferred to deal with racism at the national level. They saw no need for legally binding Community legislation on race discrimination, as had been done on the issue of sex discrimination. This political reality was further demonstrated in May 1990 when a Commission proposal for a Resolution (a non-binding measure) condemning racism and xenophobia, and approving certain actions to combat it, came before the Social Affairs Council. The measure emerged from the negotiations so weakened that the Commission refused to approve it.⁹⁶

Meanwhile, in the same year the Parliament finished a second inquiry, it had been working on, this time into racism and xenophobia.⁹⁷ The resulting report, the "Ford report", made 77 recommendations directed at the competence and responsibilities of the Parliament, the Commission and the Council, and repeated the demands for race relations legislation and funding for an association to represent migrants. It also proposed a European Residents Charter to guarantee the rights of residents in the new single market. However, it was clear from the submissions of the government officials and from NGO representatives that no Community legislative action would be taken in the foreseeable future. While the NGOs vividly recounted the way racism was boiling up from the grassroots and being exploited for political

⁹²) *Id.*

⁹³) *Declaration Against Racism and Xenophobia*, OJ C 158/1-3, 25/6/86.

⁹⁴) Hoskyns, note 1 above, at 178.

⁹⁵) A summary entitled *Combating Racism in Europe—A report to the European Communities* (October 1987) is available from The Runnymede Trust in England.

⁹⁶) Hoskyns, note 1 above, at 179.

⁹⁷) The following discussion of the Ford report is based on Hoskyns, note 1 above, at 179.

advantage, the government officials minimized the occurrence of racism, attributing it to a small minority of atypical individuals, and emphasized that the problem was being dealt with satisfactorily.

It was not until 1996 that the first major step towards combating racism at the European Union level was taken, when the Council and the Representatives of the Member States adopted a Resolution proclaiming 1997 as the European Year against Racism.⁹⁸ The European Year Against Racism was implemented at the national level by National Co-ordination Committees (NCCs). The role of the NCCs was to stimulate and co-ordinate action at national level. The Member States designated the members of the NCCs, which were mainly coordinated within Ministries, although NGOs were also represented in the Committees. There was also a European-wide call for projects on the following areas: (1) racism in working life, (2) racism in everyday life, (3) awareness raising and (4) legislation. These activities spurred a wide range of consciousness-raising events throughout 1997, which increased the momentum for legislative action at the Community level and ultimately led to the introduction of a general anti-discrimination Treaty clause at the Amsterdam summit in June, 1997.

The impetus for the European Year Against Racism may have come from the escalation in right-wing violence against immigrants, particularly in Germany. About 30 people died in Germany in the 1990s as a result of this violence. Eight Turkish women and children were killed in firebomb attacks in Mölln in 1992 and Solingen in 1993.

5. Conclusion

In light of the history of discrimination and harassment of immigrants in Europe, it is ironic, though understandable from a strictly legal point of view, that the measures taken in 1997 and thereafter have addressed only the racism and not the xenophobia. As discussed above, national discretion to apply different standards of treatment based on citizenship distinctions have been generally accepted in international law as one of the essential attributes of sovereignty. Until the entry into force of the

⁹⁸⁾ OJ C 237, 15.8.1996, p. 1. This action was a follow-up to the Commission's 1995 communication on Racism, Xenophobia and anti-Semitism, which set out the Commission's action against racism to date and included a proposal to designate 1997 as the European Year Against Racism.

Treaty of Amsterdam, these issues remained primarily under control of the EC's member States.⁹⁹

Now, however, Articles 61, 62 and 63 of the EC Treaty make the rights of third country nationals a full Community responsibility.¹⁰⁰ Hopeful signs that these Treaty articles might some day provide the basis for Community action improving the status of third-country nationals were seen at a special meeting of the European council held at Tampere, Finland, in October 1999.¹⁰¹ The Conclusions of the Extraordinary Council of Tampere stress the need for the European Union to ensure fair treatment of third country nationals who are legally resident in the Member States. More significantly, the Heads of State and Governments also emphasized the need for a more vigorous integration policy that should aim at granting third country nationals who are legally resident rights and obligations comparable to those of EU citizens.

Until such action consistent with that objective is taken at the Community level, no clear EU norm with any legal effect condemns the xenophobia that, as the history of American anti-discrimination law shows, goes hand in hand with racism. Indeed, the EU Treaty's recognition of EU citizenship in Articles 17-22, the limitation on the principle of non-discrimination as applied to nationality in Article 21 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and in Article 3 of the Race Discrimination Directive all contribute to the inferior status of third country nationals in the EU. The emphasis on EU citizenship and the reservation of fundamental rights, such as free movement and full application of the principle of non-discrimination, to EU citizens imply national and Community approval of the existence of a category of second-class residents, who are largely identified as racially and/or ethnically non-European. As seen in the history of American treatment of "raced" aliens, this seeming official approval of the second-class treatment of foreigners can be easily deployed as a justification to practice some degree of illegitimate discrimination against groups of foreigners originating from certain non-EC countries. Until the Community takes action against the xenophobia

⁹⁹⁾ Granted, some aspects of immigration policy fell within the scope of EU law as a result of the Maastricht Treaty. see generally Paul Craig and Gráinne de Búrca, *EU Law* 707-11 (Oxford University Press 2nd edition 1998), but the question of what rights third country nationals have once within the EC remained largely unaddressed.

¹⁰⁰⁾ These provisions, found in Title IV of the EC Treaty are not applicable to the UK and Ireland unless the two countries decide otherwise in accordance with the procedure laid down in the Protocol on the position of the UK and Ireland annexed to the Treaties. Nor does Title IV to the EC Treaty apply to Denmark by virtue of the Protocol on the position of Denmark annexed to the Treaties.

¹⁰¹⁾ This meeting is described on the website of the Directorate General for Justice and Home Affairs at http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/immigration_en.htm.

that underlies much of the racism in Europe, trying to catch race and ethnic discrimination with the current Community legislation will be like trying to carry water with a sieve.

Miljø- og sociale hensyn i offentlige kontrakter

Af

Ruth Nielsen

1. Emne og problemstilling

Den 15.10.2001 udsendte Kommissionen sin længe ventede fortolkningsmeddelelse om mulighederne for at tage hensyn til sociale aspekter i offentlige kontrakter.¹ Tidligere på året udsendte Kommissionen en parallel meddelelse om integration af miljøhensyn i offentlige udbud² samt en Grøn bog om virksomhedernes sociale ansvar (Corporate Social Responsibility).³

I denne artikel diskuterer jeg ordregiveres adgang til at varetage miljø- og sociale hensyn i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter i lyset af de nye EU meddelelser, den nyeste retspraksis og de igangværende overvejelser om ændring af udbudsdirektiverne. Spørgsmålet er omdiskuteret, både politisk og i den juridiske litteratur. Danmark har i en del år hørt til de lande i EU, der er ret åbne over for at anvende miljø- og sociale klausuler. I den danske NAP 2001 siges det bla:⁴

¹⁾ KOM(2001)566 af 15.10.2001, Kommissionens fortolkningsmeddelelse om fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter og mulighederne for at tage hensyn til sociale aspekter i disse kontrakter.

²⁾ KOM(2001)274 af 4.7.2001, Kommissionens fortolkningsmeddelelse om Fællesskabets bestemmelser om offentlige kontrakter og mulighederne for at integrere miljøhensyn i offentlige kontrakter.

³⁾ KOM(2001)366 af 18.7.2001, Grøn bog. Fremme af en europæisk ramme for virksomhedernes sociale ansvar.

⁴⁾ Regeringen: Danmarks nationale handlingsplan for beskæftigelse 2001. Ligger på Arbejdsministeriets hjemmeside, www.am.dk.

Regeringen og Kommunernes Landsforening har iværksat en kampagne for at fremme anvendelse af sociale klausuler i forbindelse med køb af varer og tjenesteydelser og i aftaler om udlicitering. I den forbindelse er der blevet oprettet en hjemmeside,⁵ der blandt andet indeholder hjælp til offentlige institutioner, der ønsker at anvende sociale klausuler. Amdtsrådsforeningen opfordrer i sin økonomiaftale for 2001 amterne til at anvende sociale klausuler.

2. Retsgrundlaget⁶

2.1. EF Traktatens regler om fri bevægelighed skal overholdes

Der findes ingen regler i EF-Traktaten eller EU-Traktaten, der eksplicit handler om udbud af offentlige kontrakter.⁷ Offentlige anskaffelser er underlagt de almindelige principbestemmelser i art 2, 3 og 6 EF og er omfattet af de generelle regler i EF-Traktaten om diskriminationsforbud og fri bevægelighed for varer, tjenester og personer, se nærmere art 12 EF, art 28 EF, art 39 EF, art 43 EF og art 49 EF. Fri bevægelighedsreglerne indebærer forbud mod direkte og indirekte diskrimination pga nationalitet inden for EU samt forbud mod hindringer (restriktioner) for bevægelser over grænserne, som ikke er tilstrækkeligt sagligt begrundede.

Specielt i forhold til spørgsmålet, om ordregivere kan eller skal tage hensyn til miljø- og sociale forhold er art 3, stk 2 EF og art 6 EF relevante. Ifølge art 3, stk 2 EF skal Fællesskabet i alle de aktiviteter, der er omfattet af art 3 EF, dvs alle områder omfattet af EF Traktaten, tilstræbe at fjerne uligheder og fremme ligestilling mellem kvinder og mænd. Ifølge art 6 EF skal miljøbeskyttelseskrav integreres i udformningen og gennemførelsen af Fællesskabets politikker og aktioner som nævnt i art 3 EF, især med henblik på at fremme en bæredygtig udvikling. Disse krav om integration af ligestilling og miljø i udformningen og gennemførelsen af Fællesskabets politikker på alle områder er et argument for at anse det for foreneligt med EU-retten at fremme disse mål også ved udvælgelse af leverandører til og tildeling af offentlige kontrakter.

Efter EU-reglerne er det forbudt direkte eller indirekte at diskriminere pga nationalitet eller i øvrigt at hindre den frie bevægelighed. Dette forbud kan illustreres med EU-Domstolens praksis.

⁵) Findes på Kommunernes Landsforenings hjemmeside på www.kl.dk/socialaftaler.

⁶) Se nærmere Krüger, Kai, Ruth Nielsen and Niklas Bruun: *European Public Contracts in a Labour Law Perspective*, Copenhagen 1998, chapter VI med yderligere henvisninger.

⁷) Offentlige aftaler nævnes dog som noget, alle EU landes virksomheder skal have adgang til, i art 163 EF om forskning og teknologisk udvikling.

I Storebælt-sagen⁸ blev Danmark dømt for overtrædelse af art 28 EF, art 39 EF og art 49 EF samt bygge- og anlægsdirektivet,⁹ bla fordi A/S Storebæltsforbindelsen havde indbudt til at afgive bud på grundlag af en betingelse om, at der i størst muligt omfang skulle anvendes danske materialer og forbrugsgods, *dansk arbejdskraft* og materiel.

I en verserende traktatbrudssag mod Tyskland¹⁰ gør Kommissionen gældende, at det strider mod art 43 EF om etableringsfrihed og art 49 EF om tjenesteydelseernes fri bevægelighed, at nogle tyske regler vedrørende bygge og anlægssektoren afskærer virksomheder, som ikke er bundet af tyske kollektive overenskomster, fra visse erhvervsaktiviteter.

Lokale og regionale hensyn vil formentlig stort set altid blive anset for indirekte nationalitetsdiskriminerende, sml Du Pont de Nemours-sagen.¹¹

Der kan i enkelte tilfælde, fx i den verserende Spøttrup-sag om tekniske specifikationer,¹² se herom nedenfor, være tvivl om, hvad EF Traktatens regler om fri bevægelighed indebærer i forhold til udbud, men det er klart, at traktatreglerne, herunder de generelle principper om ligebehandling og gennemsigtighed (transparens), skal respekteres også i forhold til miljø- og sociale aspekter. Det er også klart, at hverken traktaten eller udbudsdirektiverne pålægger medlemslandene at varetage miljø- og sociale hensyn i forbindelse med offentlige udbud. Sådanne hensyn kan kun inddrages, hvis det enkelte medlemsland tillader det, hvad dansk ret er åben overfor, jf nedenfor.

Det, der er omstridt, er, om det følger af udbudsdirektiverne, at det (i visse tilfælde) er forbudt for medlemslandenes ordregivere at inddrage miljø- og sociale hensyn, selv om varetagelse af sådanne hensyn ikke ville være traktatbrud, altså om udbudsdirektiverne er mere restriktive end EF-Traktaten.

Der er frihed til at tage miljø- og sociale hensyn alene med respekt af EF Traktaten og EU rettens almindelige principper ved alle de udbud, der falder uden for udbudsdirektivernes regler om udvælgelse af leverandører og tildeling af kontrakt,

⁸⁾ Sag C-243/89. Kommissionen mod Danmark. Saml 1993 I-3353.

⁹⁾ 71/305/EØF.

¹⁰⁾ Sag C-493/99. Kommissionen mod Tyskland, verserende.

¹¹⁾ Sag 21/88. Du Pont de Nemours Italiana SpA mod Unità sanitaria locale no 2 di Carrara. Saml 1990 I-889.

¹²⁾ Sag C-59/00, Bent Moustén Vestergaard mod Spøttrup Boligselskab, verserende.

fx fordi de ligger under tærskelværdierne eller vedrører tjenesteydelser optaget på bilag B i tjenesteydelsesdirektivet.¹³

2.2. Udbudsdirektiverne

Siden slutningen af 1960'erne er der vedtaget direktiver, der supplerer fri bevægelighedsreglerne i EF-Traktaten og samordner fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter. Der gælder i dag (2001) 4 materielle direktiver: tjenesteydelsesdirektivet, indkøbsdirektivet, bygge- og anlægsdirektivet og forsyningsvirksomhedsdirektivet.¹⁴

Udbudsdirektiverne opstiller først og fremmest procedureregler. Der skal ved større udbud foretages udbud i bestemte former. Udbudsprocessen skal opdeles i en udvælgelsesfase og en tildelingsfase. I udvælgelsesfasen kan der ske en frasortering af uegnede tilbudsgivere ud fra forskellige kriterier, navnlig vedrørende teknisk, finansiel og økonomisk formåen. Kontrakten kan efter udbudsdirektiverne enten tildeles til det billigste tilbud eller til det økonomisk mest fordelagtige. Det, der er omstridt, er navnlig om et tilbuds miljømæssige og sociale kvaliteter kan inddrages i vurderingen af, om det er det økonomiske mest fordelagtige.

Kommissionen fremsatte den 10.5.2000 forslag til forenkling og ændring af udbudsdirektiverne, se nærmere neden for i forbindelse med diskussionen om tildelingskriterier.¹⁵

¹³⁾ Se for samme opfattelse Kommissionens meddelelser om miljø- og sociale hensyn KOM(2001)274 og KOM(2001)566.

¹⁴⁾ 92/50/EØF om offentlige tjenesteydelsesaftaler som ændret ved 97/52/EF, 93/36/EØF om offentlige indkøb som ændret ved 97/52/EF, 93/37/EØF om offentlige bygge- og anlægskontrakter som ændret ved 97/52/EF og 93/38/EØF om tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation som ændret ved 98/4/EF.

¹⁵⁾ KOM(2000)275, Forslag Til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige indkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelsiskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter. En senere version af direktivforslaget, der mht miljø- og sociale kriterier er uændret, ligger på Konkurrencestyrelsens hjemmeside <http://www.ks.dk/udbud/regler/udbudsdirektiv-2001.htm>.

2.3. Soft law

Europa-Kommissionens Handlingsplan¹⁶ til gennemførelse af det Sociale Charter 1989 indeholdt et afsnit med titlen 'Forslag til fællesskabsinstrument om indførelse af en social bestemmelse i offentlige kontrakter'. Der er (endnu) ikke fremsat et sådant forslag. Kommissionen udsendte i 1989 en meddelelse om regionale og sociale aspekter af offentlige kontrakter,¹⁷ der for den juridiske dels vedkommende mest bestod i en fortolkning af EU Domstolens dom i Gebroeders Beentjes¹⁸ sagen. Kommissionens hovedsynspunkt i meddelelsen fra 1989 var, at lovligheden af kontraktklausuler om personalesammensætning, fx kønskvotering, racekvotering, indkvotering af arbejdsløse mv, med forbehold af EF-Traktatens almindelige bestemmelser om fri bevægelighed er nationalt anliggende.

I Grønbogen om offentlige Udbud fra 1996¹⁹ beklagede Kommissionen, at det havde vist sig i praksis, at selv om EU Domstolen klart har tilkendegivet, at der skal skelnes skarpt mellem udvælgelsesfasen og tildelingsfasen, og at de regler og kriterier, der benyttes i de to faser, som følge heraf ikke må sammenblandes, sml Beentjes-sagen, fortsatte mange ordregivere med i tildelingsfasen at tage hensyn til forhold, der vedrører udvælgelseskriterierne, hvilket i nogle tilfælde kan føre til, at en ordre ikke tildeles det bud, der forekommer at være det bedste i forhold til den udbudte kontrakt, men tildeles en tilbudsgiver, der har mere erfaring eller større finansiell vægt end de øvrige. Tilsvarende problemer forekom efter Kommissionens opfattelse, når indkøberne benyttede tildelingskriterier, der ikke har noget at gøre med de kriterier, der er fastsat i direktiverne, og som følge heraf er uacceptable. De tilfælde, hvor tildelingskriterierne uden nærmere præcision bygger på regionale, sociale eller miljømæssige aspekter, var - ifølge Kommissionen - typiske eksempler på dette problem.

I EU-Kommissionens meddelelse fra 1998 om offentlige indkøb i EU²⁰ udtalte den, at hensigten om bedst mulig anvendelse af offentlige midler ikke udelukker, at der tages hensyn til miljømæssige og sociale aspekter eller til forbrugerbeskyttelse, ligesom noget sådant ej heller kræver ændring af de eksisterende regler.

¹⁶) KOM(89)568. Meddelelse fra Kommissionen om dets handlingsprogram om gennemførelsen af Fællespagten om de grundlæggende arbejdsmæssige og sociale rettigheder.

¹⁷) KOM(89)400, EFT 1989 C 311.

¹⁸) Sag 31/87, Gebroeders Beentjes BV mod Nederlandene, Saml 1988 s 4635.

¹⁹) KOM(96)583.

²⁰) KOM(98)143.

Formålet med meddelelserne fra 2001 om miljøhensyn²¹ og sociale aspekter²² ved offentlige udbud er at kortlægge de muligheder, der findes i de eksisterende regler i fællesskabsretten, for at tage hensyn til miljømæssige og sociale aspekter ved indgåelse af offentlige kontrakter. Meddelelserne er mere detaljerede end de tidligere og gennemgår de enkelte stadier i udbudsprocessen indgående, se herom nedenfor. Kommissionens udlægning af gældende ret i disse meddelelser afviger fra mange andres opfattelse heraf og stemmer ikke uden videre med EU Domstolens fortolkning, jf i det følgende.

2.4. Dansk ret

Efter at magtfordrejningslæren i 1920'erne var blevet introduceret i den danske juridiske litteratur²³ opstod spørgsmålet, om offentlige myndigheder som ordregivere er underkastet andre regler end private kontraktparter. I en sag mod Esbjerg Byråd blev det i 1932 slået fast af Højesteret,²⁴ at almindelige retsgrundsætninger forhindrer krav i forbindelse med offentlige udbud om, at der kun må beskæftiges arbejdere, der er medlemmer af de almindelige fagforeninger til forskel fra Kristeligt Fællesforbund for arbejdsgivere og arbejdere.

I dansk ret er udbudsdirektiverne inkorporeret i den EU-retlige originaltekst, idet direktiverne er implementeret ved en lov,²⁵ der bemyndiger ressortministeren til at fastsætte nærmere regler ved bekendtgørelse. Hovedindholdet i disse bekendtgørelser er, at det pålægges de ordregivende myndigheder at overholde det pågældende direktiv. Danmark har således ikke omskrevet udbudsdirektiverne, men henviser til dem.

Der blev i forbindelse med finansloven 2000 mellem regeringen og en række partier indgået en aftale om 'Det rummelige arbejdsmarked'.²⁶ Den indeholder bla et kapitel

²¹⁾ KOM(2001)274 af 4.7.2001. Kommissionens fortolkningsmeddelelse om Fællesskabets bestemmelser om offentlige kontrakter og mulighederne for at integrere miljøhensyn i offentlige kontrakter..

²²⁾ KOM(2001)566 af 15.10.2001. Kommissionens fortolkningsmeddelelse om fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter og mulighederne for at tage hensyn til sociale aspekter i disse kontrakter.

²³⁾ Andersen, Poul: Om ugyldige forvaltningsakter. Kbhvn 1924.

²⁴⁾ U 1932.505 H.

²⁵⁾ Lovbekendtgørelse nr 600 af 1992 med ændring ved lov nr 415 af 31.5.2000 § 16.

²⁶⁾ Ligger på <http://www.fm.dk/udgivelser/publikationer/finansforlig99/kap01.htm>.

om sociale klausuler ved udbud og ved tildeling af kommunale tilskud mv. Det siges i aftalen, at øget anvendelse af sociale klausuler ved udbud kan medvirke til at udbygge det privat-offentlige samspil, så det sociale ansvar løftes af den offentlige sektor og erhvervslivet i samarbejde. Kommuner og amter opfordres til i højere grad end i dag at overveje anvendelse af sociale klausuler ved udbud, ligesom kommunerne og amterne opfordres til at vurdere de kommunale tilskudsordninger, herunder indgåelse af driftsoverenskomster med selvejende institutioner, med henblik på at stille krav om forpligtende sociale klausuler ved opgavevaretagelsen. Det konkrete indhold af sociale klausuler kan fastsættes af den enkelte kommune og kan for eksempel indeholde krav om udarbejdelse af et socialt regnskab.

I januar 2000 afgav et udvalg under erhvervsministeriet som led i ovennævnte aftale en rapport om Sociale klausuler i offentlige kontrakter.²⁷ Udvalget skulle tage stilling til klausuler til fremme af etnisk ligestilling og beskæftigelse på særlige vilkår (aktivering, mv). Det er sammenfattende udvalgets opfattelse, at offentlige institutioner er berettigede til i forbindelse med indkøb - ud over at lægge vægt på pris og kvalitet mv - også at opstille kontraktvilkår om, at den virksomhed, der handles med, vil arbejde for etnisk ligestilling og for at støtte beskæftigelse på særlige vilkår.

§ 6 i miljøbeskyttelsesloven²⁸ bestemmer, at offentlige myndigheder *skal* virke for lovens formål ved anlæg og drift af offentlige virksomheder samt ved indkøb og forbrug. Dansk miljølovgivning forudsætter således, at der er vidtgående frihed på nationalt plan til at føre miljøpolitik ved hjælp af offentlige anskaffelser. Der er også udsendt et cirkulære²⁹ om miljø- og energihensyn ved statslige indkøb til samtlige statslige institutioner og statsejede eller statskontrollerede virksomheder. Det bestemmer bla, at:

§ 2. Alle statslige institutioner og statsejede eller statskontrollerede virksomheder skal jf. § 51, nr. 7 i lov om miljøbeskyttelse, foretage miljøbevidst indkøb ved at inddrage miljøforhold ved indkøb af produkter og tjenesteydelser på lige fod med andre hensyn, f.eks. pris, kvalitet, leveringsbetingelser m.m.

²⁷⁾ Rapport fra Udvalget om sociale klausuler, 20. januar 2000, j nr 95-150-29.

²⁸⁾ Bestemmelsen er uddybet i Cirkulære nr 26 af 7.2.1995 om miljø- og energihensyn ved statslige indkøb.

²⁹⁾ Cirkulære nr 26 af 7.2.1995.

De hensyn, miljøforhold her ligestilles med, fx pris, kvalitet, leveringsbetingelser mm, er nogle af dem, der sædvanligvis indgår i vurderingen af, hvad der er det økonomisk mest fordelagtige tilbud, jf nedenfor.

I cirkulæret³⁰ om udbud og udlicitering af statslige drifts- og anlægsopgaver nævnes også arbejdsmiljøhensyn. Der er også udsendt et cirkulære³¹ om leverandørers uddannelses- og oplæringsindsats over for unge, der opfordrer til, at uddannelses- og oplæringsindsats for unge indgår som *kontraktvilkår* i offentlige aftaler. Som eksempler herpå kan angives, at andelen af beskæftigede unge under 25 år eller antallet af skriftlige aftaler om unges uddannelse og oplæring som led i ansættelsen skal være på et nærmere angivet niveau, der må anses for rimeligt ud fra leverandørernes forudsætninger, herunder gældende regler og kollektive aftaler. Kontraktvilkåret skal konkret udformes således, at det sidestiller nationale og udenlandske leverandører.

3. Forskellige stadier i udbudsprocessen

Hvis man ønsker at benytte offentlige kontrakter som et styringsinstrument vedrørende miljø og arbejdsmarkedspolitik mv kan disse hensyn indlægges på forskellige stadier af udbudsprocessen: enten i beskrivelse af kontraktens genstand, som betingelser i forbindelse med kontraktens udførelse, som tekniske specifikationer, som udvælgelseskriterier eller som tildelingskriterier, se nærmere i det følgende.

3.1. Kontraktens genstand

For det første kan miljø- og sociale kriterier indgå som en del af beskrivelsen af, hvad det er for en kontrakt, der udbydes. Normalt vil udbudsmaterialet indeholde et kontraktudkast, som den vindende tilbudsgiver skal tilslutte sig.

Alle relevante aktører synes at være enige om, at offentlige ordregivere inden for EF Traktatens og EU rettens almindelige rammer, selv må bestemme, hvad de ønsker at købe, herunder at de fx ønsker at anskaffe noget af en vis miljøkvalitet eller et social- eller arbejdsmarkedspolitisk projekt.

Hvis en ordregiver fx ønsker at kombinere et beskæftigelsesprojekt for etniske minoriteter med et bygge- og anlægsarbejde, kan man udbyde en kontrakt, som dels

³⁰⁾ Nr 42 af 1.3.1994.

³¹⁾ Cirkulære nr 44 af 10.4.1997.

handler om at få bygget et eller andet, dels om at få beskæftiget nogen fra den ønskede etniske gruppe. Her placeres det arbejdsmarkedspolitiske kriterium som *kontraktvilkår*, fx beskæftigelse af en vis procentdel af en etnisk minoritet. Den kontrakt, der konkurreres om, har et (delvist) arbejdsmarkedspolitisk indhold.

Efter Kommissionens opfattelse i 1989 meddelelsen om regionale og sociale aspekter af offentlige kontrakter³² skulle Beentjes sagen³³ fortolkes således, at den tillader en betingelse om at tilbudsgiver skulle beskæftige langtidsløse som et kontraktvilkår, men ikke som et tildelingskriterium, se om tildelingskriterier nedenfor. I Nordpas Calais sagen³⁴ afviste EU Domstolen denne fortolkning af Beentjes dommen. Se nærmere nedenfor.

3.2. Betingelser vedrørende kontraktens udførelse

Alle relevante aktører³⁵ synes også at være enige om, at offentlige ordregivere inden for EF Traktatens og EU rettens almindelige rammer kan fastsætte betingelser vedrørende kontraktens udførelse. Kontraktens udførelsesfase er ikke i øjeblikket reguleret i udbudsdirektiverne. Sociale betingelser kan navnlig tænkes i bygge- og anlægskontrakter og tjenesteydelseskontrakter. Kommissionen nævner i meddelelsen fra 2001 om sociale aspekter i offentlige kontrakter følgende eksempler på lovlige betingelser vedrørende den vindende tilbudsgivers udførelse af kontrakten:³⁶

at denne ansætter jobsøgende, især langtidsløse, eller gennemfører uddannelse af arbejdsløse eller unge ved udførelsen af kontrakten

at denne ved udførelsen af kontrakten gennemfører foranstaltninger, der skal fremme lige muligheder for mænd og kvinder eller etnisk og racemæssig mangfoldighed

at denne overholder substansen i ILO's grundlæggende konventioner ved udførelsen af kontrakten, hvis disse ikke allerede er gennemført i den nationale lovgivning

at denne med henblik på udførelse af kontrakten ansætter et større antal handicappede end krævet i den nationale lovgivning i den medlemsstat, hvor kontrakten udføres eller i kontraktaverens medlemsstat.

³²⁾ KOM(89)400, EFT 1989 C 311.

³³⁾ Sag 31/87, Gebroeders Beentjes BV mod Nederlandene, Saml 1988 s 4635.

³⁴⁾ Sag C-225/98, Kommissionen mod Frankrig, Saml 2000 I-7445, præmis 52.

³⁵⁾ Se s 15 ff i KOM(2001)566 om mulighederne for at tage hensyn til sociale aspekter i offentlige kontrakter og s 23 i KOM(2001)274 om mulighederne for at tage miljøhensyn i offentlige kontrakter.

³⁶⁾ KOM(2001)566 om mulighederne for at tage hensyn til sociale aspekter i offentlige kontrakter s 17 f.

Finansministeriet i Danmark har som nævnt udsendt et cirkulære³⁷ om udbud og udlicitering af statslige drifts- og anlægsopgaver, der i § 13, stk 4, bestemmer, at specifikationen af den udbudte opgave, i det omfang det måtte være relevant, skal indeholde oplysninger om arbejdsretlige krav eller forhold, jf bla lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, lov om ligebehandling af kvinder og mænd og ILO-konvention nr 94 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter.

ILO Konvention nr 94 og Rekommandation nr 84 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter blev vedtaget i 1949. Danmark ratificerede konventionen i 1955. Ifølge ILO-konvention nr 94 skal kontrakter, på hvilke den finder anvendelse (dvs offentlige bygge- og anlægskontrakter, tjenesteydelseskontrakter, mv indgået af centrale offentlige myndigheder), indeholde klausuler, der sikrer arbejdstagerne løn, arbejdstid og andre arbejdsvilkår, som ikke er mindre gunstige end dem, der i henhold til kollektiv overenskomst, voldgiftskendelser, nationale love eller administrative forskrifter gælder for arbejde af samme art inden for vedkommende fag eller industri på den egn, hvor arbejdet udføres.

3.3. Tekniske specifikationer

Det strider mod EF Traktatens fri bevægelighedsregler at indsætte tekniske specifikationer, der henviser til nationale tekniske standarder eller som på anden måde udelukker eller giver fortrinsstilling til leverandører fra bestemte lande.

I Dundalk-sagen³⁸ fastslog EU-Domstolen således, at en medlemsstat tilsidesætter sine forpligtelser efter art 28 EF, når den tillader, at en offentlig myndighed indsætter en klausul, hvorefter de materialer, der skal anvendes, skal være godkendt efter en national (i sagen irsk), teknisk standard. Det er også forbudt at kræve produkter af et bestemt mærke, jf UNIX-sagen,³⁹ hvor EU-Domstolen fastslog, at Holland havde tilsidesat sine forpligtelser ved i en udbudsbekendtgørelse at undlade at tilføje angivelsen 'eller dermed ligestillet' efter en teknisk specifikation, hvorved der henvistes til et produkt af et bestemt mærke (i sagen UNIX), idet udeladelsen heraf er i strid med art 28 EF. Dundalk sagen handlede om et stort projekt. Det er ikke afklaret, om samme regel gælder mindre projekter under tærskelværdierne. I den danske Spottrup sag antog

³⁷⁾ Nr 42 af 1.3.1994.

³⁸⁾ Sag 45/87, Kommissionen mod Irland, Saml 1988 s 4929.

³⁹⁾ Sag C-359/93, Kommissionen mod Holland, Saml 1995 I-157.

Klagenævnet for Udbud, at dette ikke er tilfældet.⁴⁰ Sagen er indbragt for de almindelige domstole og Vestre Landsret⁴¹ har stillet spørgsmål herom til EU Domstolen.

GPA⁴² art VI åbner op for, at tekniske specifikationer, der fastsætter egenskaberne ved de varer eller tjenesteydelser, der ønskes indkøbt, kan omfatte krav til *produktionsprocesser eller produktionsmetoder*. Ved vurderingen af, om der ved beskrivelsen af en offentlig kontrakt, der ønskes indgået, kan stilles fx krav om miljørigtige produktionsmetoder, forbud mod børnearbejde og lignende, giver formuleringen i GPA et argument for en bekræftende besvarelse. Uanset at formuleringen i direktiverne ikke er ordret den samme, kan det efter tilpasningen af direktiverne til GPA⁴³ ikke antages, at retsstillingen efter EU retten er forskellig fra GPA-reglen.

Kommissionen antager i sine meddelelser om mulighederne for at integrere miljø- og sociale hensyn i offentlige kontrakter, at krav, der ikke har tilknytning til selve produktet eller ydelsen, fx et krav vedrørende en virksomheds ledelsesform, ikke er tekniske specifikationer som omhandlet i udbudsdirektiverne og derfor ikke kan gøres gældende. Således vil krav om anvendelse af genbrugspapir i virksomhedens kontorer, at der skal anvendes en særlig metode til affaldsbehandling eller at særlige befolkningsgrupper skal ansættes (etniske mindretal, handicappede, kvinder) efter Kommissionens opfattelse ikke kunne betragtes som tekniske specifikationer.

Kommissionen mener heller ikke, at social mærkning, på EU rettens nuværende udviklingstrin, kan betragtes som en teknisk specifikation som omhandlet i udbudsdirektiverne.⁴⁴ For så vidt angår miljømærkning er den mere åben, idet det antages,⁴⁵ at ordregivere, når der ikke findes obligatoriske referencer (fx en europæisk, international eller national standard, der også dækker de miljømæssige aspekter af et produkt), eller hvis der stilles krav om en bedre miljøbeskyttelse end den, der er fastlagt i standarder eller lovgivning, kan udforme de tekniske specifika-

⁴⁰⁾ <http://www.klfu.dk/NaevnetsKendelser/Kendelserih.html/1998/v111198MoustenmodSpottrup.htm>.

⁴¹⁾ Sag C-59/00, Bent Mousten Vestergaard mod Spottrup Boligselskab, verserende.

⁴²⁾ Government Procurement Agreement (GPA) er en plurilateral aftale inden for WTO, som EU er part i.

⁴³⁾ Ved direktiv 97/52/EF.

⁴⁴⁾ Se note 26 i KOM(2001)566 om mulighederne for at tage hensyn til sociale aspekter i offentlige kontrakter.

⁴⁵⁾ Jf § 12 i KOM(2001)274 om mulighederne for at tage miljøhensyn i offentlige kontrakter.

tioner for miljømæssige karakteristika i overensstemmelse med kriterierne for miljømærker og tilkendegive, at produkter, der er tildelt disse miljømærker anses for at være i overensstemmelse med kontraktens tekniske specifikationer. De ordregivende myndigheder skal dog passe på ikke at begrænse mulighederne for dokumentation til udelukkende at omfatte certifikater for miljømærker. Andre former for dokumentation, såsom prøvningsrapporter, skal også godtages. Dette har især betydning i forbindelse med nationale og private miljømærker, idet det gælder om at sikre, at de givne specifikationer og adgangen til at sikre overensstemmelsen med disse ikke er af en sådan karakter, at det medfører, at kontrakten forbeholdes nationale/lokale virksomheder.

3.4. Udvælgelseskriterier

Miljø- og sociale kriterier kan ønskes anvendt som *udvælgelseskriterier* ved bedømmelse af, hvilke tilbudsgivere, der er kvalificerede til at udføre kontrakten, fx kun sådanne der anvender miljørigtige produktionsmetoder, har et godt arbejdsmiljø eller en etnisk personalepolitik. Ansøgere eller tilbudsgivere, der ud fra visse objektive kriterier må forventes at være dårlige kontraktparter kan udelukkes, uanset hvor gunstigt deres tilbud lyder, fx fordi det har en meget lav pris.

Udbudsdirektiverne indeholder en udtømmende⁴⁶⁾ liste over kvalitative udvælgelseskriterier, dvs de kriterier for teknisk, økonomisk og finansiel formåen, der kan begrunde valget af ansøgere eller tilbudsgivere. Det vil derfor være i strid med de nuværende direktiver at anvende andre udvælgelseskriterier end de i direktiverne omhandlede. Problemet er, i hvilken udstrækning miljø- og sociale hensyn kan indfortolkes i reglerne om udvælgelse, i praksis navnlig reglerne om udelukkelse og teknisk formåen.

3.4.1. Udelukkelse

Hvert af udbudsdirektiverne om indkøb, bygge- og anlæg og tjenesteydelser indeholder en liste over forhold hos leverandørerne, som følge af hvilke de ordregivende myndigheder uden yderligere undersøgelse kan udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, fx pga konkurs eller strafbart forhold. Det er nationalt anliggende, om man vil knytte sådanne strafsanktioner til overtrædelse af miljø- og arbejdsretlig lovgivning, at virksomheder, der overtræder disse regler kan udelukkes

⁴⁶⁾ I sag 31/87, Beentjes, fastslog EU Domstolen, at det af udbudsdirektivernes bestemmelser fremgår, 'at de ordregivende myndigheder kun kan foretage undersøgelsen af entreprenørernes egnethed på grundlag af kriterier baseret på deres økonomiske, finansielle og tekniske kapacitet' (præmis 17).

fra offentlige udbud. Som eksempel kan nævnes, at en dom for manglende overholdelse af forbuddet mod at beskæftige illegal arbejdskraft i henhold til art L 362-6.2 i Code du Travail efter fransk ret kan medføre midlertidig udelukkelse (i op til 5 år) eller definitiv udelukkelse fra deltagelse i offentlige kontrakter.⁴⁷

3.4.1. Teknisk formåen

EU-Domstolen har antaget, at erfaring⁴⁸ kan indgå i udvælgelseskriterierne som en del af kravet til teknisk kunnen. Det er vigtigt i forbindelse med miljø- og arbejdsmarkedspolitiske kriterier. Leverandører kan have eller mangle erfaring i miljørigtig produktion, etnisk personalepolitik, osv, lige såvel som de kan have eller mangle erfaring i at grave huller eller bygge broer. Bygge- og anlægstekniske erfaringer er klart lovlige udvælgelseskriterier i forhold til bygge- og anlægskontrakter, hvor de krævede erfaringer er relevante. På tilsvarende måde må socialtekniske og miljøtekniske erfaringer være lovlige udvælgelseskriterier i forhold til kontrakter, hvor disse erfaringer er relevante. Det hænger ikke sammen at tillade fx etnisk personalepolitik som kontraktvilkår, men forbyde at der lægges vægt på, om der er grund til at tro, fx fordi den pågældende har erfaring heri, at en leverandør kan administrere en etnisk personalepolitik.

3.5. Tildelingskriterier

Miljø- og sociale kriterier kan endvidere tænkes benyttet som *kriterier for tildeling* af kontrakten. Kontrakten kan efter EU-reglerne enten tildeles til det billigste tilbud eller til det økonomisk mest fordelagtige.

Det er omstridt, hvordan 'økonomisk mest fordelagtige' skal fortolkes i forhold til miljø- og sociale hensyn.

Indledningsvis kan man spørge, om det ikke er irrelevant, når ordregivere, der ønsker at tage sådanne hensyn, kan gøre det ved at indsætte dem i beskrivelsen af kontraktgenstanden eller som betingelser for kontraktens udførelse, jf foran. Det er det ikke.

⁴⁷⁾ Se note 35 i KOM(2001)566 om mulighederne for at tage hensyn til sociale aspekter i offentlige kontrakter.

⁴⁸⁾ I Beentjes sagen antog EU-Domstolen, at et kriterium om særlig erfaring i det arbejde, der skal udføres, er et lovligt kriterium om teknisk kunnen med henblik på efterprøvningen af entreprenorenes egnethed i den i det daværende bygge- og anlægsdirektivs artikler 20 og 26 forudsatte betydning.

Hvis en ordregiver har en meget høj prioritering af miljø- og sociale hensyn og vil have dem med for enhver pris, kan man udbyde en kontrakt, hvor disse hensyn er indbygget i kontraktvilkårene. Eventuelle tilbud, der ikke opfylder de krævede (høje) miljø- og sociale krav, vil da være ikke konditionsmæssige og skal afvises.⁴⁹ Placering af miljø- og sociale hensyn som kontraktvilkår fører således til en 'alt eller intet' løsning.

Mange ordregivere er formentlig ret pragmatiske. De er pdes ikke uinteresserede i at varetage miljø- og sociale hensyn, men vil pda kun tage disse hensyn med i købet, hvis det kan ske til en rimelig pris, som man synes man har råd til at betale. Sådanne ordregivere har behov for at kunne afveje pris og miljø- og sociale hensyn over for hinanden. Det kan kun ske, hvis det er lovligt at udbyde en kontrakt, der tildeles til det 'økonomisk mest fordelagtige tilbud', hvor såvel pris som miljø- og sociale hensyn indgår i de kriterier, der tages i betragtning ved vurdering af, hvilket tilbud der er økonomisk mest fordelagtigt.

Når tildeling sker til det økonomisk mest fordelagtige tilbud, kan der også benyttes alternative bud. Man kan således tænke sig, at en tilbudsgiver tilbyder at levere en ydelse til forskellig pris afhængig af, hvor høj eller lav miljø- og social standard, der skal præsteres.

Kriteriet vedrørende det økonomisk mest fordelagtige tilbud kræver, at der sker en vurdering af de enkelte elementer i tilbuddet. Med henblik herpå angives i bygge- og anlægsdirektivet,⁵⁰ at de ordregivende myndigheder kan basere sig på 'forskellige kriterier, som varierer alt efter det pågældende indkøb: fx pris, leveringstid, driftsomkostninger, rentabilitet, kvalitet, æstetik og funktionsmæssig værdi, teknisk værdi, service og teknisk bistand'. Denne liste er ikke udtømmende, men de elementer, der indgår i det økonomisk mest fordelagtige tilbud må være *objektive* kriterier, der kan anvendes ensartet på alle bud.

Alle kriterier, som de ordregivende myndigheder regner med at lægge til grund ved bestemmelsen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, skal være *anført i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne*. Kriterier, der ikke er blevet nævnt deri, kan ikke anvendes ved tildelingen af ordren. I direktiverne præciseres desuden, at kriterierne om muligt skal anføres i den præferenceorden, som de ordregivende myndigheder ønsker at anvende.

⁴⁹⁾ Det fremgår af Sag C-243/89, Kommissionen mod Danmark (Storebælt), Saml 1993 I-3353, at den ordregivende myndighed har pligt til at afvise tilbud, der ikke stemmer overens med udbudsbetingelserne, for ikke at overtræde princippet om ligebehandling af tilbudsgivere.

⁵⁰⁾ De andre direktiver indeholder tilsvarende bestemmelser.

Det kontroversielle i Kommissionens meddelelser fra 2001 om miljø- og sociale hensyn i offentlige kontrakter⁵¹ er navnlig, at Kommissionen hævder den fortolkning, at kriteriet vedrørende det økonomisk mest fordelagtige bud indebærer, at det kun er lovligt for offentlige ordregivere at tage hensyn til de økonomiske konsekvenser af miljø- og sociale hensyn, der påvirker den konkrete ordregiver, fx en kommune, direkte og som direkte angår det produkt eller den ydelse, den konkrete kontrakt angår.

De bredere samfundsøkonomiske konsekvenser af dårlig miljøkvalitet, dårlige arbejdsforhold, mv er det efter Kommissionens opfattelse ulovligt at tage hensyn til i en udbudsprocedure.

Kommissionen giver også udtryk for en restriktiv holdning i forslaget til forenkling og ændring af udbudsdirektiverne.⁵² Art 53 vil ændre bestemmelsen vedrørende tildeling af kontrakten til det økonomisk mest fordelagtige bud, idet Kommissionen har foreslået følgende formulering:

b) eller, når tildelingen sker på grundlag af det for de ordregivende myndigheder økonomisk mest fordelagtige tilbud, forskellige kriterier, som er direkte forbundet med genstanden for den pågældende offentlige kontrakt, f.eks. kvalitet, pris, teknisk værdi, æstetik og funktion, miljømæssige karakteristika, driftsomkostninger, rentabilitet, kundeservice og teknisk bistand, leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid.

Man springer således helt spørgsmålet om sociale kriterier over og kræver for så vidt angår miljø, at der skal være en snæver og direkte sammenhæng med den konkrete kontrakt. Det økonomiske og sociale udvalg kritiserede i sin udtalelse den 25.4.2001⁵³ den foreslåede bestemmelse i art 53 vedrørende miljøhensyn og fortsatte:

Equally remarkable is the absence of any social aspects among the criteria for awarding a contract. Social criteria could also be developed in a specific manner in Article 53. The Committee realises that it is difficult to cover these points in detail and recommends that the future Commission interpretative Communications dealing with

⁵¹⁾ KOM(2001)274 og KOM(2001)566.

⁵²⁾ KOM(2000)275, Forslag Til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige indkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter. En senere version af direktivforslaget, der mht miljø- og sociale kriterier er uændret, ligger på Konkurrencestyrelsens hjemmeside <http://www.ks.dk/udbud/regler/udbudsdirektiv-2001.htm>.

⁵³⁾ EFT C 193 s 1.

environmental and social aspects are transformed into guidelines for Member States, containing the details on how these aspects could be implemented. In addition, the Commission is now working on a Green Public Procurement Handbook in order to guide public authorities on taking into account environmental characteristics when awarding a contract.

Parlamentet har endnu ikke afgivet udtalelse om forslaget. Der er ikke politisk enighed om direktivforslaget. Rådet behandlede det på et møde 30-31.5.2001 og noterede sig en situationsrapport om spørgsmålet. Det så med tilfredshed på de fremskridt, der hidtil er blevet gjort, og bekræftede, at det fortsat agter at prioritere denne sag højt.

I grønbogen *Promoting a European framework for Corporate Social Responsibility*⁵⁴ antager Kommissionen derimod, at virksomhedernes sociale ansvar rækker ud over den enkelte virksomheds interne forhold, jf følgende citat:

Corporate social responsibility: the external dimension

Corporate social responsibility extends beyond the doors of the company into the local community and involves a wide range of stakeholders in addition to employees and shareholders: business partners and suppliers, customers, public authorities and NGOs representing local communities, as well as the environment. In a world of multinational investment and global supply chains, corporate social responsibility must also extend beyond the borders of Europe. Rapid globalisation has encouraged discussion of the role and development of global governance: the development of voluntary CSR practices can be seen as contributing to this.

Her opfattes virksomhedernes sociale ansvar således ret bredt og klart bredere end det sociale ansvar, ordregivere efter Kommissionens fortolkning i meddelelserne om miljø- og sociale aspekter i offentlige kontrakter lovligt kan påtage sig. Der er således en vis forskel i de holdninger, Kommissionen giver udtryk for i forskellige sammenhænge. Det hænger formentlig sammen med forskellige opfattelser internt i Kommissionen. Grønbogen om socialt ansvar har generaldirektoratet for beskæftigelse og sociale forhold haft hovedansvaret for, mens generaldirektoratet for det indre marked (DG Markt) har været pennefører på meddelelserne om miljø- og sociale hensyn i offentlige kontrakter.

Kommissionens (DG Markts) meget snævre opfattelse af lovligheden af at benytte miljø- og sociale kriterier som tildelingskriterier stemmer ikke umiddelbart med EU

⁵⁴⁾ COM(2001)366.

Domstolens praksis. De vigtigste EU domme om emnet er Beentjes-⁵⁵ og Nordpas Calais-sagerne.⁵⁶ Desuden verserer en finsk sag om miljøvenlige busser.⁵⁷

I Beentjes-sagen fastslog EU Domstolen, at en betingelse om beskæftigelse af *langtidsledige* er forenelig med bygge- og anlægsdirektivet, hvis den ikke bevirker en direkte eller indirekte forskelsbehandling af bydende fra andre af Fællesskabets medlemsstater. En sådan supplerende særlig betingelse skal obligatorisk nævnes i udbudsbekendtgørelsen.

Nordpas Calais-sagen er en traktatbrudssag, hvor Kommissionen gjorde 8 klagepunkter gældende mod Frankrig. Et af disse vedrørte et supplerende kriterium om arbejdsløshedsbekæmpelse. EU Domstolen antog, at bestemmelsen i bygge- og anlægsdirektivet om tildeling af kontrakten til det økonomisk mest fordelagtige bud ikke udelukker enhver mulighed for, at de ordregivende myndigheder kan benytte en betingelse om bekæmpelse af arbejdsløshed, som et kriterium, under forudsætning af at denne betingelse er i overensstemmelse med alle de grundlæggende principper i fællesskabsretten, herunder navnlig princippet om forbud mod forskelsbehandling, som det følger af EF-Traktatens bestemmelser om etableringsretten og den frie udveksling af tjenesteydelser. Kommissionens anbringende om, at Beentjes-dommen vedrørte en betingelse for kontraktens gennemførelse og ikke et kriterium for tildeling af kontrakten afviste EU Domstolen.⁵⁸

I 1999 forelagde den højeste finske forvaltningsdomstol⁵⁹ bla følgende spørgsmål for EU Domstolen om lovligheden af at tage miljøhensyn:

...
2. Are the European Community provisions on public procurement, in particular Article 36(1) of Council Directive 92/50/EEC of 18 June 1992 relating to the coordination of procedures for the award of public service contracts (OJ 1992 L 209, p. 1) or the equivalent Article 34(1) of Directive 93/38/EEC, to be interpreted as meaning that, when organising a tender procedure concerning the operation of bus transport within the city, a city which is a contracting entity may, among the criteria for awarding the contract on the basis of the economically most advantageous tender, take into account, in addition to the tender price and the quality and environment programme of the transport operator and various other characteristics of the bus fleet, the low nitric oxide

⁵⁵) Sag 31/87, Gebroeders Beentjes BV mod Holland, Saml 1988 s 4635.

⁵⁶) Sag C-225/98, Kommissionen mod Frankrig, Saml 2000 I-7445.

⁵⁷) Sag C-513/99, Stagecoach Finland/Helsingin kaupunki mod HKL-Bussiliikenne, verserende.

⁵⁸) Sag C-225/98, Kommissionen mod Frankrig, Saml 2000 I-7445, præmis 52.

⁵⁹) Sag C-513/99. Spørgsmålene er citeret fra OJ (EF Tidende) No C102 p 10, OJ online.

emissions and low noise level of the bus fleet offered by a tendering undertaking, in a manner announced beforehand in the tender notice, such that if the nitric oxide emissions or noise level of the individual buses are below a certain level, extra points for the fleet may be taken into account in the comparison?

3. If the answer to the above question is affirmative, an answer is requested to the following question also: Are the European Community provisions on public procurement to be interpreted as meaning that the awarding of extra points for the above-mentioned characteristics relating to nitric oxide emissions and noise level of the fleet is, however, not permitted if it is known beforehand that the department operating bus transport belonging to the city which is the contracting entity is able to offer a bus fleet possessing the above characteristics, which in the circumstances only a few undertakings in the sector are otherwise able to offer?

Det danske Klagenævn for Udbud har taget stilling til lovligheden af arbejdsmiljøhensyn i et par sager. Sagen Danske Vognmænd mod Stevn's Kommune⁶⁰ drejede sig om en kommune, der udbød indsamling af dagrenovation i offentligt udbud efter tjenesteydelsesdirektivet. Som tildelingskriterium anvendtes det økonomisk mest fordelagtige tilbud ud fra en helhedsvurdering af pris, kvalitet, optimal udformning mht arbejdsmiljø, drifts- og udførelsessikkerhed, erfaring, referencer, finansielle- og økonomiske forhold, det materiale der agtes anvendt, samt tilbudsgiverens kapacitet. Klagenævnet fandt, at kommunen ikke havde handlet i strid med udbudsreglerne ved at stille krav til tjenesteydelsen, som var begrundet i arbejdsmiljømæssige hensyn.

I en sag⁶¹ mod Blåvandshuk kommune havde denne som begrænset udbud i henhold til tjenesteydelsesdirektivet udbudt tømning af spildevandstanke i kommunens område. Tildelingskriteriet var det økonomisk mest fordelagtige tilbud på grundlag af følgende underkriterier, der var angivet i ikke prioriteret rækkefølge: relevant erfaring, arbejdsmiljø, kvalitet, pris og service. Klagenævnet udtale bla, at der ikke var tilstrækkeligt grundlag for at udelukke, at kriterierne: arbejdsmiljø, kvalitet og service kunne være egnede til at identificere det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Relevant erfaring blev derimod anset for at være et udvælgelseskriterium og blev afvist som tildelingskriterium. Klagenævnet antog, at kriterierne skulle have været prioriteret, og annullerede tildelingsbeslutningen af denne grund.

Som det fremgår af det foregående har forskellige aktører givet udtryk for forskellige fortolkninger af lovligheden af miljø- og sociale hensyn som tildelingskriterier. Hovedargumentet for DG Markts snævre fortolkning af mulighederne for at inddrage

⁶⁰⁾ Kendelse af 16. oktober 1996. Ligger på Klagenævnet for Udbuds hjemmeside <http://www.klfu.dk/>.

⁶¹⁾ Kendelse af 27. september 2000, Svend B Thomsen A/S mod Blåvandshuk Kommune. Ligger på Klagenævnet for Udbuds hjemmeside <http://www.klfu.dk/>.

miljø- og sociale kriterier er, at det antages at fremme hensynet til gennemsigtighed i udbudsprocessen. Der er imidlertid andre hensyn, som fx æstetik, der med sikkerhed er et lovligt kriterium, da det eksplicit anføres i de nugældende direktiver, der kan være lige så uklare som miljø- og sociale hensyn. Miljø- og social- og arbejdsmarkedspolitikken har spillet en central rolle i EU, hvor økonomiske fremskridt og social samhørighed i en række policyerklæringer⁶² anses for komplementære størrelser, der sammen med et højt beskyttelsesniveau og en forbedret miljøkvalitet støtter en bæredygtig udvikling og er et centralt element i den europæiske integrationsproces.

Efter min vurdering stemmer det bedst med disse målsætninger at fortolke udbudsdirektiverne således, at der allerede i de gældende regler er mulighed for at inddrage miljø- og sociale hensyn i vurderingen af, hvilket tilbud der er det økonomisk mest fordelagtige. Det gælder også eksterne aspekter, der ikke direkte påvirker den enkelte ordregivers økonomi eller vedrører den konkrete kontraktgenstand. Offentlige ordregivere må have mindst samme sociale ansvar (corporate social responsibility) som private virksomheder.

⁶²⁾ Sml meddelelsen om den social- og arbejdsmarkedspolitiske dagsorden, KOM(2000) 379.

International pensionsbeskatning

Af

Niels Winther-Sørensen¹

De skattemæssige forhold ved grænseoverskridende ind- og udbetalinger på pensionsordninger og beskatningen af det løbende afkast på pensionsordninger er i høj grad kommet i fokus i de senere år. Dette er med god grund. I takt med internationaliseringen kan det konstateres, at de skatteregler, som måske nok ved rent interne forhold er sammenhængende og rimelige, ikke sjældent fører til dobbeltbeskatning eller dobbelt ikke-beskatning, tab af provenu og/eller diskrimination, når de konfronteres med grænseoverskridende situationer.

Ved indgåelse af nye dobbeltbeskatningsoverenskomster og ved ændring af bestående ses det, at hensynet til at undgå dobbelt ikke-beskatning og tab af provenu fra dansk side tillægges stor betydning. I forbindelse med overenskomstforhandlinger er det således et mål at sikre, at Danmark får tildelt beskatningsretten ved udbetaling af pensioner til personer, som på udbetalingstidspunktet er hjemmehørende i den anden stat, men som på indbetalingstidspunktet var hjemmehørende i Danmark og her indbetalte på en skattebegunstiget ordning. Det er lykkedes at komme igennem hermed i forhold til de fleste lande, dog med Spanien og Frankrig som betydningsfulde undtagelser.

Inden for EU har EF-domstolen i 1990-erne i nogle afgørelser taget stilling til, om centrale nationale skatteregler vedr. pensionsordninger har været i strid med EF-traktaten, og senest har Kommissionen den 19/4 2001 fremsat en meddelelse med titlen "Afskaffelse af skattemæssige hindringer for grænseoverskridende ydelse af arbejdsmarkedsorienteret pension", KOM 2001/214. I denne meddelelse gør Kommissionen gældende, at diskriminerende skattemæssig behandling af pensions-

¹⁾ Der er i artiklen anvendt følgende forkortelser for danske skattelove: ABL = aktieavancebeskatningsloven, KSL = kildeskatteoven, LL = ligningsloven, PAL = pensionsafkastbeskatningsloven, PBL = pensionsbeskatningsloven, PSL = personskatteoven.

og livsforsikringspolicer indgået med pensionsinstitutter med hjemsted i andre medlemsstater strider mod EF-traktatens grundlæggende friheder. Det anbefales medlemsstaterne at undersøge og overveje forskellige tiltag, og det meddeles, at Kommissionen vil overvåge de nationale regler og evt. føre sager mod enkelte medlemsstater ved EF-domstolen for brud på EF-traktaten.

1. Afgrænsning og terminologi

Pensionsordninger inddeles typisk i tre grupper af pensioner, nemlig 1) lovpligtige socialsikringsordninger, 2) arbejdsmarkedsorienterede ordninger, og 3) individuelle ordninger². I denne artikel vil nogle af de centrale problemer vedr. grænseoverskridende forhold, som knytter sig til de danske regler om arbejdsmarkedsorienterede og individuelle ordninger, blive analyseret og sammenholdt med reguleringen i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne og i EU-retten. Derimod vil de lovpligtige socialsikringsordninger ikke blive yderligere omtalt. Heller ikke tjenestemandspensioner vil blive omtalt.

De arbejdsmarkedsorienterede (også kaldet erhvervstilknyttede) ordninger er kendetegnet ved at være knyttet til et ansættelsesforhold. I Danmark er de fleste arbejdsmarkedsorienterede ordninger baseret på bidrag til pensionskasser, typisk i henhold til kollektive overenskomster på arbejdsmarkedet. De individuelle ordninger omfatter forskellige ordninger i pensionsinstitutter, livsforsikringsselskaber eller banker, og oprettes, som navnet antyder, typisk på den enkeltes eget initiativ. Den ovenfor nævnte meddelelse fra Kommissionen omfatter som udgangspunkt kun de arbejdsmarkedsorienterede ordninger, idet formålet med meddelelsen er at supplere et tidligere fremsat forslag til pensionsfondsdirektiv, men det anføres dog, at en stor del af diskussionen i meddelelsen tilsvarende gælder for de individuelle ordninger.³ I forlængelse heraf kan det også konstateres, at de grundlæggende træk ved de danske regler gør sig gældende for både de arbejdsmarkedsorienterede og de individuelle ordninger. Der vil ikke i det følgende blive sondret skarpt mellem de forskellige ordninger, idet der i stedet fokuseres på de grundlæggende problemer knyttet til international pensionsbeskatning.

Ved indbetaling på en pensionsordning kan man i Danmark vælge mellem enten at indbetale på en ikke-skattebegünstiget ordning eller på en skattebegünstiget ordning.

Vælges det at indbetale på en ikke-skattebegünstiget ordning indrømmes der ikke fradragsret eller bortseelsesret på indbetalingstidspunktet. Det er således beskattede

²⁾ Jf. nærmere om opdelingen Britt Blichfeld Frederiksen: Erhvervstilknyttede pensionsordninger og EU-retten, 1999, s. 19 ff.

³⁾ Jf. KOM 2001/214, punkt 2.1.

midler, der indbetales på ordningen. Til gengæld indtræder der så heller ingen beskatning på udbetalingstidspunktet. Med anvendelse af en angelsaksisk terminologi bliver en sådan ordning ofte betegnet som en "TE"-ordning, hvor "T" (= tax) er udtryk for, at det er beskattede midler, der indbetales på ordningen, mens "E" (= exempt) er udtryk for, at der ikke sker beskatning ved udbetalingen af pensionen.

Vælges det at indbetale på en skattebegünstiget ordning, vil der på indbetalingstidspunktet blive indrømmet fradrag. Som et alternativ til fradragsret indrømmes der, når det er arbejdsgiveren, som indbetaler på en arbeidstagers pensionsordning, bortseelsesret, således at arbeidstageren ikke beskattes af det indbetalte beløb. Denne skattebegünstigelse ved indbetalingen modsvares af, at der indtræder beskatning af den udbetalte pension. En sådan ordning betegnes ofte som en "ET"-ordning (exempt-tax). Ved valg af "ET"-ordningen flyttes beskatningstidspunktet reelt fra tidspunktet for optjeningen til udbetalingstidspunktet. Skatten af den del af lønnen eller erhvervsindkomsten, som indbetales på pensionsordningen, falder i første omgang bort via fradragsretten/bortseelsesretten, men indtræder til gengæld på udbetalingstidspunktet. For den enkelte vil dette normalt resultere i en mere jævnt fordelt skattepligtig indkomst over det voksne liv, hvilket - alt andet lige - reducerer virkningen af, at fysiske personer underkastes en progressiv beskatning.

Ud over de skattemæssige forhold ved ind- og udbetaling har det stor betydning, om og i givet fald hvorledes det løbende afkast af de opsparede midler på pensionsordningen blive beskattet. Med anvendelse af den ovenfor nævnte terminologi indskydes et ekstra "E" i midten, såfremt det løbende afkast ikke beskattes, mens et "T" i midten angiver, at det løbende afkast underkastes en beskatning. Den typiske ordning i Danmark er således en ETT-ordning, idet der er tale om en skattebegünstiget ordning, som underkastes pensionsafkastbeskatning.

2. Gældende regler i EU medlemsstaterne

I Kommissionens rapport er der i tabelform angivet de gængse pensionsbeskatningsregler i medlemsstaterne.⁴ Tabellen omfatter ganske vist kun de arbejdsmarkedsorienterede ordninger, og det fremhæves i meddelelsen, at det kun er medlemsstaternes grundlæggende indgangsvinkel for beskatningen af pensioner, som angives. På trods af disse forbehold giver tabellen en god illustration af de grundlæggende forskellige regler, som findes i de enkelte medlemsstater, og samtidigt et godt udgangspunkt for den videre analyse af virkningen af de danske regler.

⁴Jf. KOM 2001/214, punkt 2.3.

	EET	ETT	TEE
Belgien	X		
Danmark		X	
Tyskland	X		X
Grækenland	X		
Spanien	X		
Frankrig	X		
Italien		X	
Irland	X		
Luxembourg			X
Nederlandene	X		
Østrig	X		
Portugal	X		
Finland	X		
Sverige		X	
Det Forenede Kongerige	X		

EET - Skattebegunstigelse ved indbetaling (Exempt). Ingen beskatning af det løbende afkast (Exempt). Beskatning ved udbetaling (Tax).

ETT - Skattebegunstigelse ved indbetaling (Exempt). Beskatning af det løbende afkast (Tax). Beskatning ved udbetaling (Tax).

TEE - Beskatning ved indbetaling (Tax). Ingen beskatning af det løbende afkast (Exempt). Ingen beskatning ved udbetaling (Exempt).

Som det ses af tabellen, er det kun Luxembourg, der som sin primære ordning har en ikke-skattebegünstiget ordning, mens der i Tyskland både opereres med skattebegünstigede ordninger og ikke-skattebegünstigede ordninger.

Selv om det, som ovenfor nævnt, er muligt i Danmark at oprette såvel skattebegünstigede som ikke-skattebegünstigede pensionsordninger, oprettes der i praksis stort set kun skattebegünstigede ordninger. Dette kan naturligvis til dels begrundes med, at det for de fleste vil fremstå som fordelagtigt at kunne udskyde beskatningstidspunktet til efter pensioneringen, således at det er lønnen/erhvervsindkomsten uden fradrag af indkomstskat,⁵ som i første omgang

⁵⁾ Hvad enten man vælger at indbetale på en ikke-skattebegünstiget eller på en skattebegünstiget ordning, vil der på tidspunktet for optjening skulle ske indbetaling til arbejdsmarkedsbidrag og tvungen pensionsopsparring. Hvis man betragter arbejdsmarkedsbidrag og tvungen pensionsopsparring som en skat, kan det hævdes, at den skattebegünstigede ETT-ordning har fået et vist TTE-element i sig, idet det kun er 100 pct. - (8+1) pct. = 91pct. af lønnen/erhvervsindkomsten, som indbetales med bortseelsesret/fradragsret, sammenholdt med, at der ved udbetaling fra ordningen ikke skal betales hverken arbejdsmarkedsbidrag eller

opsares. Men givet er det, at en person, som ikke ønsker denne form for skatteudskydelse og som derfor måtte overveje at oprette en ikke-skattebegünstiget pensionsordning, meget hurtigt vil blive ledt på bedre tanker ved at sammenligne det midterste "T" i TTE-ordningen med det midterste "T" i ETT-ordningen, dvs. sammenligne beskatingen af det løbende afkast på de to forskellige former for ordninger.

For de skattebegünstigede ordninger (ETT-ordninger) gælder nemlig den i denne sammenhæng forholdsvis beskedne kapitalafkastskat på typisk 15 pct., jf. PAL § 2, som pensionsinstituttet skal betale. Derimod betragtes for de ikke-skattebegünstigede ordninger (TTE-ordninger) et beregnet afkast som skattepligtig indkomst, der medtages ved opgørelsen af kapitalindkomsten, jf. PBL § 53 A, stk. 3, jf. PSL § 4, stk. 1, nr. 15, hvorfor sådan indkomst i realiteten beskattes med op til 59 pct. med tillæg af kirkeskat.⁶ Hertil kommer, at det er ejeren eller den pensionsberettigede mv., der selv må udrede denne skat af frie midler, hvilket stiller store krav til likviditeten. Man vil derfor med nogen ret kunne karakterisere den ikke-skattebegünstigede danske "TTE"-ordning som en "TT'E"-ordning

3. "Danskernes" adgang til at indbetale på udenlandsk pensionsordning

Som nævnt ovenfor indeholder den danske lovgivning om pensionsbeskatning både mulighed for skattebegünstigede (ETT-) ordninger og ikke-skattebegünstigede (TTE-) ordninger. De skattemæssige forhold er som udgangspunkt ikke afhængige af, om der er tale om en dansk eller en udenlandsk ordning, men derimod om der er tale om en skattebegünstiget eller en ikke-skattebegünstiget ordning. Men da etablering i Danmark er en af betingelserne for at kunne udbyde de skattebegünstigede ordninger, vil de udenlandske ordninger altid være ikke-skattebegünstigede ordninger.

En dansker, som altid har været hjemmehørende i Danmark, og som ønsker at oprette en udenlandsk ordning, vil derfor ikke have bortseelsesret eller fradragsret for de indbetalte beløb. Da han ikke er tilflytter, vil han heller ikke kunne få fradragsret med hjemmel i de særlige bestemmelser herom, som bl.a. de danske dobbeltbeskatningsoverenskomster med England og Holland indeholder.⁷ Han vil heller ikke kunne påberåbe sig EF-traktatens art. 39 eller 43 om henholdsvis arbejdskraftens frie bevægelighed og etableringsretten, idet der er tale om dansk beskatning af egne statsborgere.

tvungen pensionsopsparing.

⁶⁾ Det følger af PAL § 15, at pensionsinstituttet ikke skal betale pensionsafkastskat af den del, der omfattet af PBL §§ 53 A og B.

⁷⁾ Jf. herom nedenfor 4.2.

Derimod vil også en dansk statsborger kunne påberåbe sig beskyttelsen af den frie bevægelighed for tjenesteydelser og dermed beskyttelsen af den udenlandske pensionsudbyder, jf. EF-traktatens art. 49. I forhold til tjenesteydelsen og pensionsudbyderen er det fornødne grænseoverskridende element til stede. EF-domstolen har i Bachmann-dommen fra 1992 og i Safir-dommen fra 1998⁸ haft lejlighed til at tage stilling til betydningen af den frie bevægelighed for tjenesteydelser for den skattemæssige behandling af indbetalinger på udenlandske pensions- og livsforsikringsordninger.

Bachmann-dommen omhandlede den tyske statsborger Bachmann, som var flyttet til Belgien for at arbejde, og som ønskede at fortsætte med at indbetale på sine tyske pensions- og livsforsikringsordninger. Efter belgisk skattelovgivning var fradragsret for indbetalinger forbeholdt belgiske ordninger, hvilket Bachmann fandt, var i strid med reglerne om den frie bevægelighed i EF-traktaten.

EF-domstolen skulle først tage stilling til, om Bachmann med henvisning til det diskriminationsforbud, der er indeholdt i EF-traktatens art. 39 (dagældende art. 48) om arbejdskraftens frie bevægelighed, medførte, at skulle kunne fortsætte med at indbetale på sine tyske ordninger med fradragsret, jf. herom nedenfor 4.2. Herudover måtte EF-domstolen tage stilling til, om den manglende fradragsret var i strid med EF-traktatens art. 49 (dagældende art. 59). EF-domstolen udtalte, at et krav om etablering for, at de forsikrede i denne stat har ret til visse skattefradrag, afskrækker de forsikrede fra at rette henvendelse til forsikringsselskaber i andre medlemsstater. Et sådant krav vil derfor udgøre en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser i forhold til sådanne selskaber (præmis 31). Med henvisning til det allerede (vedrørende spørgsmålet om arbejdskraftens frie bevægelighed) anførte fastslog EF-domstolen imidlertid, at kravet om etablering var forenligt med art. 49, idet kravet udgjorde en ufravigelig forudsætning for at opnå det tilstræbte formål (jf. præmis 32 f.). Hermed henviste EF-domstolen til hensynet til sammenhængen i beskatningsordningen, som var tilvejebragt ved sammenhængen mellem på den ene side fradrag ved indbetaling/beskatning ved udbetaling (ET) og på den anden side intet fradrag ved indbetaling/ingen beskatning ved udbetaling (TE).

Safir-dommen omhandlede ikke som Bachmann-dommen fradragsretten ved indbetaling. Det centrale spørgsmål i Safir-sagen var derimod, om det var i overensstemmelse med EF-traktatens art. 49 (dagældende art. 59) at pålægge den svenske statsborger Jessica Safir en præmieskat⁹ ved indbetaling på en kapitalforsikring i et engelsk forsikringsselskab. Præmieskatten skulle modsvare, at

⁸ Jf. EF-domstolens dom af 28/1 1992 (Bachmann), sag C-204/90 og EF-domstolens dom af 28/4 1998 (Safir), sag C-118/96.

⁹ Præmieskatten udgjorde efter en bevilget nedsættelse i alt SKR 75,- svarende til 7,5 pct. af den indbetalte præmie.

udenlandske forsikringsselskaber i modsætning til de svenske forsikringsselskaber ikke kunne pålægges realrenteskat af det løbende afkast af forsikringskapitalen.

EF-domstolen udtalte indledningsvis, at art. 49 også er til hinder for nationale bestemmelser, som bevirker, at levering af tjenesteydelser mellem medlemsstater bliver vanskeligere end levering af tjenesteydelser internt i en medlemsstat (præmis 23). Ved afgørelsen af, om der forelå en hindring for den frie bevægelsesfrihed, angav EF-domstolen 4 forhold, som - da de i særlig grad ramte kapitalforsikringer tegnet i udenlandske livsforsikringsselskaber - kunne afholde svenske forsikringstagere fra at tegne kapitalforsikringer i udenlandske livsforsikringsselskaber og afholde udenlandske livsforsikringsselskaber fra at udbyde deres tjenesteydelser på det svenske marked (præmis 26-30). Der forelå således en hindring (restriktion) for den frie bevægelighed.

Herefter måtte EF-domstolen tage stilling til den svenske regerings argumentation om, at almene hensyn kunne retfærdiggøre denne hindring, nemlig at præmieskatten var nødvendig for at forhindre en udhuling af beskatningsgrundlaget for realrenteskat. Præmieskatten for udenlandske kapitalforsikringer skulle som nævnt modsvare den løbende realrenteskat for svenske kapitalforsikringer. Argumentationen blev afvist med henvisning til, at de svenske regler ikke var proportionale. Der er således næppe tvivl om, at hensynet til at forhindre en udhuling af beskatningsgrundlaget principielt vil kunne anerkendes som et alment hensyn, som kan begrunde visse hindringer for den frie bevægelighed for tjenesteydelser, men reglerne må ikke være mere vidtgående end nødvendigt. Som en mindre restriktiv måde til at forhindre udhulingen af beskatningsgrundlaget henviste EF-domstolen til, at man bl.a. kunne gennemføre en beskatning af livsforsikrings kapitalafkast, beregnet efter faste satser, som gælder på samme måde for alle forsikringer, uanset om de er tegnet i selskaber, der er etableret i den pågældende medlemsstat eller i en anden medlemsstat (præmis 33-34).

Ved bedømmelsen af, om de danske pensionsbeskatningsregler er i strid med EF-traktatens art. 49, må der sondres mellem på den ene side den skattebegunstigelse, der ligger i skatteudskydelsen i form af fradragsret/bortseelsesret ved indbetaling kombineret med skattefrihed ved udbetaling, og på den anden side beskatningen af det løbende afkast på ordningen.

Hvorvidt selve den skattebegunstigelse i form af skatteudskydelse, der er knyttet til en ETT-ordning sammenlignet med en TTE-ordning, kan opretholdes, afhænger af, om man kan forvente, at EF-domstolen vil opretholde Bachmann-dommen eller ej. Det er ikke muligt at give en sikker prognose for, hvordan EF-domstolen vil besvare dette spørgsmål på nuværende tidspunkt. Som i Bachmann-dommen kan der næppe være tvivl om, at EF-domstolen vil nå frem til, at den manglende mulighed for at kunne udbyde skattebegünstigede ordninger er en hindring for den frie bevægelighed for tjenesteydelser. Det afgørende bliver derfor, hvilken vægt EF-domstolen vil

tillægge argumentet om hensynet til sammenhængen i beskatningsordningen, jf. herom nedenfor 4.2. Kommissionen konkluderer i sin meddelelse, at nægtelse af bortseelsesret / fradragsret for indbetalinger på udenlandske ordninger er i strid med EF-traktatens art. 39, 43, 49 og 56. Ifølge Kommissionen vil derfor også personer, som altid har boet i Danmark, være berettiget til at indbetale med fradragsret/bortseelsesret på en udenlandsk ordning, forudsat ordningen opfylder de øvrige betingelser, som også gælder for danske ordninger.¹⁰

Anderledes sikkert må det afvises, at den meget hårde beskatning af det beregnede kapitalafkast som kapitalindkomst på ikke-skattebegunstigede ordninger, jf. PBL § 53 A, stk. 3, jf. PSL § 4, stk. 1, nr. 15, vil kunne forsvares med hensynet til sammenhængen i beskatningsordningen. Det vil som nævnt særligt være udenlandske udbydere, som bliver ramt, idet de ikke har mulighed for uden etablering i Danmark at udbyde skattebegunstigede ordninger. Hensynet til at forhindre en udhuling af kapitalafkastskatten på de skattebegunstigede (ETT-) ordninger kan muligvis begrunde, at der også sker en beskatning af det løbende afkast på de ikke-begunstigede (TTE-) ordninger,¹¹ men ikke at der sker en meget hårdere beskatning af det løbende afkast.¹²

4. Tilflytning

Personer, som flytter til Danmark, og som måske har indbetalt på en udenlandsk pensionsordning inden tilflytningen, er stillet over for nogle særlige problemer, som i visse tilfælde kræver særlige løsninger. Regler, der målrettet tager hensyn til tilflytteres særlige forhold, kan findes i pensionsbeskatningsloven, i (visse) dobbeltbeskatningsoverenskomster og i reglerne om arbejdskraftens frie bevægelighed / etableringsretten i EF-traktatens art. 39 og 43.

¹⁰⁾ Jf. KOM 2001/214, punkt 3.7.

¹¹⁾ EF-domstolen udtaler sig i præmis 33 f. i EF-domstolens dom af 28/4 1998 (Safir), sag I 118/96, ikke klart om, hvorvidt den forøgede belastning af likviditeten i sig selv vil være i strid med EF-traktatens art. 49. Det er på nuværende tidspunkt ikke muligt at pålægge udenlandske pensionsinstitutter en særskilt pligt til at betale pensionsafkastskat til Danmark, hvorfor beskatning af det løbende afkast på udenlandske ordninger nødvendigvis må ske hos de danske pensions-opsparere.

¹²⁾ Jf. Britt Blichfeldt Frederiksen: Erhvervstilknyttede pensionsordninger og EU-retten, 1999, s. 258; Niels Winther-Sørensen i Jens Olav Engholm Jacobsen m.fl.: Skatteretten 3, 3. udg., s. 472.

4.1 De skattemæssige forhold for allerede indbetalte beløb

Som en del af Pinsepakken fra 1998 blev reglerne om pensionsbeskatning underkastet væsentlige ændringer, bl.a. vedrørende den skattemæssige behandling af pensioner, som er indbetalt på udenlandske ordninger inden tilflytning.¹³ Hvor løbende udbetalinger fra pensionsordninger hidtil var blevet beskattet, uanset om tilflytteren i sit fraflytningsland havde indbetalt på en skattebegünstiget ordning eller ej (således at tilflyttende pensionister i uheldigste fald kunne konstatere, den ordning, de oprindeligt havde oprettet som en TE-ordning i realiteten var blevet til en TT-ordning), blev reglerne nu koordineret med ændringen af PBL §§ 53 A og 53 B.

Det er nu det grundlæggende princip, at udbetalinger fra skattebegünstigede ordninger oprettet inden tilflytningen kommer til beskatning i Danmark, mens udbetalinger fra ikke-skattebegünstigede ordninger er skattefrie i Danmark. Hvis der i første omgang ses bort fra beskatningen af kapitalafkastet på ordningen, er der således sikret en sammenhæng, så der enten er tale om en ET-ordning eller en TE-ordning, hvorfor dobbeltbeskatning undgås. I Kommissionens meddelelse fremhæves de danske (og svenske) regler i denne sammenhæng for det positive.¹⁴

Når reglerne om beskatning af udbetalinger for allerede indbetalte beløb inden fraflytningen sammenholdes med reglerne om beskatningen af det løbende afkast, blegner det positive indtryk af reglerne imidlertid, når den pågældende inden tilflytningen til Danmark har indbetalt på en ikke-skattebegünstiget ordning.

For indeståendet på en udenlandsk skattebegünstiget ordning gælder, at det løbende afkast på ordningen i visse tilfælde helt skattefrit i Danmark, hvis betingelserne i PBL § 53 B, stk. 1-3, er opfyldt, jf. PBL § 53 B, stk. 4. Skattefrihed er særligt betinget af, at beløbene på den pågældende ordning er indbetalt inden tilflytningen,¹⁵ samt at de indbetalte beløb efter intern ret i det daværende domicilland (= fraflytningslandet) var omfattet af fuld fradragsret eller bortseelsesret. For så vidt angår de allerede indbetalte beløb behandles tilflyttere således bedre end sammenlignelige danskere, der har indbetalt på en dansk skattebegünstiget ordning, idet afkastet herfra underkastes kapitalafkastbeskatning.

For en ikke-skattebegünstiget ordning, som en tilflytter måtte have oprettet i udlandet inden tilflytningen, bliver det beregnede afkast på ordningen betragtet som

¹³⁾ Jf. lov nr. 429 af 26/6 1998.

¹⁴⁾ Jf. KOM 2001/214 punkt 6.3.

¹⁵⁾ Dvs. på et tidspunkt hvor den pågældende enten ikke fuldt skattepligtig til Danmark, eller efter en dobbeltbeskatningsoverenskomsts dobbeltdomicilklausul var hjemmehørende i en anden stat, på Færøerne eller i Grønland, jf. PBL § 53 B, stk. 3.

skattepligtig kapitalindkomst i Danmark, jf. PBL § 53 A, stk. 3, jf. PSL § 4, stk. 1, nr. 15. En tilflytter, som inden tilflytningen har indbetalt på en ikke-skattebegünstiget ordning i sit daværende domicilland, kommer herved til at skulle betale op til 59 pct. + kirkeskat af det beregnede afkast på ordningen, hvortil kommer, at skatten skal betales af tilflytterens frie midler, hvilket stiller krav til likviditeten. Sammenlignes dette med den 15 pct. kapitalafkastskat, der pålægges afkastet på (danske) skattebegünstigede ordninger, er det vanskeligt at argumentere for, at denne beskatning for en person, der flytter fra en anden EU-stat til Danmark for at arbejde eller for at drive virksomhed, skulle være i overensstemmelse med EF-traktaten.

Hvis eksempelvis en tysk statsborger flytter til Danmark for at arbejde, og han på tilflytningstidspunktet har indbetalt 1 mio. kr. på en ikke-skattebegünstiget ordning i Tyskland, som har et beregnet afkast på 60.000 kr. pr. år, vil han skulle betale en skat på ca. 36.000 kr. til Danmark, svarende til ca. 3.000 kr. pr. måned. Beløbet skal han udrede af frie midler, og det afhænger af hans aftale med den tyske ordning, om han er berettiget at hæve af de opsparede midler til at betale skatten. En argumentation om, at der ikke sker forskelsbehandling i forhold til personer, som hele tiden har boet i Danmark, og som har indbetalt på en ikke-skattebegünstiget ordning, må antages at blive tilsidesat af EF-domstolen, idet den meget hårde beskatning i særlig grad rammer tilflyttere, som ikke på det tidspunkt, hvor de oprettede deres pensionsordning i det daværende domicilland, havde mulighed for at forudse, at de en årrække senere skulle flytte til Danmark, og derfor "burde" have undladt at spare op på en ikke-skattebegünstiget ordning.¹⁶

4.2 Fradragsret for fremtidige indbetalinger på udenlandske ordninger

Efter interne danske skatteregler er det ikke muligt at fradrage indbetalinger på udenlandske ordninger. Dette gælder uanset, om ordningen var oprettet før tilflytningen til Danmark, eller der er tale om en ny ordning. Som en konsekvens heraf vil indbetalinger på en udenlandsk ordning altid blive betragtet som indbetalinger på en ikke-skattebegünstiget ordning, hvorfor der på den ene side ikke indrømmes fradragsret eller bortseelsesret ved indbetalingen, men på den anden side heller ikke sker beskatning ved udbetaling, jf. PBL § 53 A, stk. 5. Samtidig er det en konsekvens heraf, at det beregnede løbende afkast på ordningen betragtes som skattepligtig kapitalindkomst, jf. PBL § 53 A, stk. 3, jf. PSL § 4, stk. 1, nr. 15.

¹⁶⁾ Jf. således også EF-domstolens dom i Bachmann-sagen, hvor EF-domstolen fastslog, at der er fare for, at manglende fradragsret for indbetalinger på udenlandske ordninger i særlig grad vil ramme tilflyttere, som typisk har oprettet deres pensionsopsparing i deres daværende domicilland, jf. EF-domstolens dom af 28/1 1992 (Bachmann), Sag C-204/90, præmis 9.

I enkelte af de danske dobbeltbeskatningsoverenskomster er der imidlertid indsat særlige bestemmelser om fradragsret for indbetalinger på en udenlandsk ordning i tilflytnings-situationen. Inden for EU-medlemsstaterne gælder det således for dobbeltbeskatningsoverenskomsterne med Storbritannien og Holland.¹⁷

Fradragsretten i de nævnte overenskomster er imidlertid begrænset til kun at gælde i forbindelse med udstationering. Omfattet er således efter overenskomsten med Storbritannien art. 28, stk. 3 og 4, og efter overenskomsten med Holland (Nederlandene) art. 25, stk. 5 og 6, kun personer i tjenesteforhold, som efter tilflytningen til Danmark er ansat af sin hidtidige arbejdsgiver (eller en hermed forbundet arbejdsgiver). Herudover skal en række krav være opfyldt, herunder krav til den pensionsordning, der indbetales til. En lang række personer, der flytter til Danmark fra Storbritannien eller fra Holland vil således ikke være omfattet af fradragsreglerne i de nævnte overenskomster; som eksempler kan nævnes personer, der flytter til Danmark for at arbejde for en ny arbejdsgiver, som ikke er forbundet med en hidtidige arbejdsgiver, og personer, der flytter til Danmark for at drive erhvervsvirksomhed.

Bortset fra sådanne særlige bestemmelser i dobbeltbeskatningsoverenskomster, afhænger fradragsret af, om der kan støttes ret på EF-traktatens grundlæggende regler om fri bevægelighed. I det omfang, en "dansker" vil kunne støtte ret på beskyttelsen af den udenlandske udbyder i henhold til den fri bevægelighed for tjenesteydelser, jf. herom ovenfor 3, vil en tilflytter som minimum også have samme ret. Men herudover vil en person, som er flyttet fra en anden medlemsstat til Danmark for at arbejde eller drive virksomhed, også kunne påberåbe sig art. 39 / art. 43 om arbejdskraftens frie bevægelighed og etableringsretten.

Central for vurderingen heraf er den tidligere nævnte Bachmann-dom.¹⁸ Bachmann var en tysk statsborger, som flyttede fra Tyskland til Belgien for at bo og arbejde dér. Han ville gerne fortsætte med at indbetale på sine tyske ordninger, som var oprettet, inden han flyttede til Belgien, men ifølge intern belgisk skatteret forudsatte fradragsret for indbetalinger, at der var tale om en belgisk ordning. Bachmann gjorde gældende, at dette var i strid med diskriminationsforbudet i art. 39 (dagældende art. 48). EF-domstolen lagde indledningsvis (præmis 5) til grund, at regler som de belgiske typisk vil ramme personer, der tidligere har udøvet erhvervsmæssig virksomhed i en anden medlemsstat, og som efterfølgende flytter

¹⁷⁾ Se om sådanne særlige fradragsregler Britt Blichfeldt Frederiksen: Erhvervstilknyttede pensionsordninger og EU-retten, 1999, s. 328 ff. samt Ligningsvejledningen 2000 A.C.2.1.3 (s. 309 f.) Den danske overenskomst med Schweiz indeholder i art. 28, stk. 4, også en særlig regel om fradrag for indbetaling på schweiziske pensionsordninger efter tilflytning til Danmark.

¹⁸⁾ Jf. EF-domstolens dom af 28/1 1992 (Bachmann), sag C-204/90. Dommen er omtalt ovenfor 3, idet ikke blot gjorde gældende, at den manglende fradragsret var i strid med art. 39 (dagældende art. 48) om arbejdskraftens frie bevægelighed, men også i strid med art. 49 (dagældende art. 59) om den frie bevægelighed for tjenesteydelser.

til Belgien for at arbejde. Disse personer ville nemlig normalt have tegnet deres livsforsikringer mv. i oprindelsesstaten. Da sådanne personer ifølge EF-domstolen typisk er statsborgere i oprindelsesstaten, vil der følgelig være en fare for, at de pågældende bestemmelser navnlig rammer udenlandske statsborgere. Selv om den belgiske lovgivning ikke sondrede på grundlag af nationalitet, medførte reglerne således en skjult forskelsbehandling af udenlandske statsborgere.

Med henvisning til, at de belgiske regler var sagligt begrundet i hensynet til sammenhængen i beskatningsordningen, frifandt EF-domstolen imidlertid Belgien. Denne sammenhæng var sikret ved, at fradrag for indbetalinger var knyttet sammen med beskatning, når der senere sker udbetaling mv. fra ordningen, mens omvendt indbetalinger uden fradrag var knyttet sammen med skattefrihed ved udbetaling mv. (præmis 21 ff). I præmis 23 konkluderede EF-domstolen:

“Sammenhængen i en sådan beskatningsordning – hvis principper den enkelte medlemsstat fastlægger – kræver således, at medlemsstaten, såfremt den skal anerkende fradragsret for livsforsikringspræmier, der er betalt i en anden medlemsstat, kan beskatte de beløb, der udbetales af forsikringsselskaberne.”

Endelig anførte EF-domstolen i præmis 27, at sammenhængen i skattebestemmelser som de omhandlede på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin ikke kan sikres ved mindre restriktive bestemmelser. Reglerne stred således ikke mod proportionalitets-princippet.

Bachmann-dommen er med blevet kritiseret for ikke at være stringent i sin argumentation¹⁹, og EF-domstolen har da heller ikke i senere domme angivet hensynet til sammenhængen i beskatningsordningen som en begrundelse, der kunne begrunde en forskelsbehandling af sammenlignelige situationer.²⁰

I Kommissionens meddelelse fra 19/4 2001 gøres det gældende, at hensynet til sammenhængen i beskatningsordningen ikke kan retfærdiggøre manglende anerkendelse af fradragsret/bortseelsesret for indbetalinger på udenlandske ordninger. Heri ligger underforstået, at EF-domstolen efter Kommissionens opfattelse vil nå frem til det modsatte resultat, hvis/når en tilsvarende problemstilling som i Bachmann-dommen igen bliver forelagt EF-domstolen.

¹⁹⁾ Se bl.a. Paul Farmer i EC Tax Review 1998,13, særligt p. 21 f.; Britt Blichfeldt Frederiksen: Erhvervstilknyttede pensionsordninger og EU-retten, 1999, s. 244 f.; Niels Winther-Sørensen i Jens Olav Engholm Jacobsen m.fl.: Skatteretten 3, 3. udg., s. 442 f. Se for en diskussion af Bachmann-dommen og Wielockx-dommen også Karsten Engsig Sørensen i Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen: EU-retten 2, 1999, s. 226 ff.

²⁰⁾ Jf. herom Niels Winther-Sørensen i Jens Olav Engholm Jacobsen m.fl.: Skatteretten 3, 3. udg., s. 441 ff.

Kommissionen fremhæver i sin argumentation særligt Wielockx-dommen²¹, der omhandlede en i Belgien bosiddende person, som ikke i kildelandet Holland kunne få ret til at indbetale på en selv pensioneringsordning, idet han alene var begrænset skattepligtig dér. Holland forsøgte at begrunde forskelsbehandlingen af Wielockx med hensynet til sammenhængen i beskatningsordningen. EF-domstolen afviste dette med henvisning til, at sammenhængen i beskatningsordningen var sikret ved gensidigheden i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Holland og Belgien, jf. følgende præmis 24:

“Som anført af generaladvokaten ... følger det af de dobbeltbeskatningsaftaler, der som nævnt ovenfor følger OECD's modelkonvention, at en stat beskatter alle pensioner, som oppebæres af hjemmehørende på dens område, uanset i hvilken stat bidragene hertil er betalt, og giver afkald på at beskatte pensioner oppebåret i udlandet, selv om grundlaget herfor er bidrag, der er indbetalt på dens område, og som har været fradragsberettigede. Sammenhængen i beskatningsordningen er således ikke tilvejebragt i tilknytning til den enkelte skattepligtige person ved en streng sammenhæng mellem adgang til fradrag af bidrag og beskatning af pensionsudbetalinger, men tilvejebringes andetsteds, dér hvor de anvendelige regler i de kontraherende stater er gensidige.”

Kommissionen hæfter sig ved, at langt størstedelen af medlemsstaternes dobbeltbeskatningsoverenskomster tildeler beskatningsretten til pensionsudbetalinger til domicillandet, ligesom det var tilfældet i Wielockx-sagen. Og selv om enkelte medlemsstater ved forhandlinger søger at indføre kildestatsbeskatning, omfatter dette ikke alle deres dobbeltbeskatningsoverenskomster.²² Hertil kommer ifølge Kommissionen, at nægtelse af fradragsret ikke er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, idet der findes mindre restriktive midler, således som f.eks. indgåelse af aftaler med udenlandske pensionsinstitutter for at sikre overholdelse af skatteregler (i praksis gennemført af mindst én medlemsstat). Endelig noterer Kommissionen sig, at en række medlemsstater rent faktisk tillader fradrag til udenlandske ordninger, hvorfor de pågældende medlemsstater således ikke mener, at nægtelse af fradragsret er nødvendig for at beskytte deres skatteprovenu. Kommissionen konkluderer på baggrund heraf, at EET- og ETT-staters afvisning af fradrag for bidrag til udenlandske ordninger er ude af proportioner.²³

Det er vanskeligt med sikkerhed at fastslå, om EF-domstolen rent faktisk vil komme frem til, at det strider mod EF-traktatens bestemmelser om fri bevægelighed at undlade at indrømme fradragsret/bortseelsesret for indbetalinger på udenlandske

²¹⁾ Jf. EF-domstolens dom af 11/8 1995 (Wielockx), sag 80/94.

²²⁾ Se for de danske dobbeltbeskatningsoverenskomsters vedkommende nedenfor 5.3.

²³⁾ Jf. KOM 2001/214, punkt 3.3 og 3.7.

pensionsordninger. Det vil i givet fald indebære, at EF-domstolen må forlade synspunktet i Bachmann-dommen om, at hensynet til sammenhængen i beskatningsordningen kan begrunde forskelsbehandlingen. Og selv om EF-domstolen i sin efterfølgende praksis har begrænset rækkevidden af argumentet om hensynet til sammenhængen i beskatningsordningen meget, må det dog fortsat konstateres, at EF-domstolen har vedblevet at fremdrage situationen fra Bachmann-dommen som det hidtil eneste eksempel på, hvor dette hensyn kan begrunde en forskelsbehandling.²⁴

Ifølge Kommissionen vil hensynet til sammenhængen i beskatningsordningen hverken kunne begrunde nægtelse af fradragsret for indbetaling på en udenlandsk ordning for fastboende eller for vandrende arbejdstagere, men der er særlige hensyn at tage til de vandrende arbejdstagere, som allerede ved tilflytningen hører under en ordning i fraflytningslandet.²⁵ Denne argumentation forekommer overbevisende. Såfremt EF-domstolen måtte nå frem til, at hensynet til sammenhængen i beskatningsordningen ikke kan begrunde nægtelse af fradragsret/bortseelsesret for indbetaling på udenlandske ordninger, kan det ikke antages, at Danmark som tilflytningsland vil kunne betinge fradragsret/bortseelsesret for en tilflytter af, at den udenlandske ordning i alle henseender opfylder de krav, der stilles til skattebegunstigede ordninger. Ellers ville fradragsretten/bortseelsesretten være illusorisk. Men som nævnt: det centrale spørgsmål om, hvorvidt synspunktet fra Bachmann-dommen fortsat står ved magt, henstår fortsat ubesvaret.

4.3 Beskatningen af udbetalinger fra udenlandske ordninger

Som nævnt ovenfor er der i PBL § 53 B fastsat særlige regler for beløb, der inden tilflytningen til Danmark er indbetalt på en udenlandsk skattebegünstiget ordning. Udbetalinger mv. fra sådanne ordninger medregnes ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, jf. PBL § 53 B, stk. 6. Skattefrie i Danmark er derimod udbetalinger, som modsvarer de indbetalinger, der er foretaget efter tilflytningen til Danmark, og som ikke har kunnet fradrages ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst her i landet.

Ved indgåelse af nye dobbeltbeskatningsoverenskomster og ved ændringer af bestående har Danmark i de senere år bestræbt sig på, at fraflytningslandet i en sådan situation tildeles beskatningsretten til udbetalingerne.

²⁴⁾ Jf. således fra den seneste praksis EF-domstolens dom af 8/3 2001 (Metallgesellschaft og Hoechst), Forenede sager C-397/98 og C-410/98, præmis 67-69.

²⁵⁾ Jf. KOM 2001/214, punkt 3.7.

I forhold til Spanien og Frankrig er det ikke lykkedes de danske forhandlere at indføre sådanne bestemmelser om fraflytningslandets beskatningsret til pensionsudbetalinger, og personer, som i disse lande har indbetalt på en skattebegünstiget ordning, vil således uden begrænsninger af de respektive dobbeltbeskatningsoverenskomster blive beskattet i Danmark af de udbetalte beløb.

I forhold til andre af EU medlemsstaterne indrømmes fraflytningslandet derimod ret til at beskatte pensionsudbetalinger. Som eksempel herpå kan nævnes overenskomsten med Storbritannien, som i art. 18, stk. 1 og 2, fastslår:²⁶

“1. Medmindre bestemmelserne i stykke 2 i denne artikel og stykke 2 i artikel 19 medfører andet, kan pensioner, livrenter og andre lignende vederlag, som betales til en person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat og skattepligtig deraf i denne stat, kun beskattes i denne stat.

2. I tilfælde hvor en fysisk person, der var hjemmehørende i en kontraherende stat, er blevet hjemmehørende i den anden kontraherende stat, skal intet i stykke 1 i denne artikel berøre den førstnævnte stats ret til i henhold til dens nationale lovgivning at beskatte pensioner, livrenter og andre lignende vederlag, der hidrører fra denne stat og betales til denne fysiske person.”

Bestemmelsen medfører, at Storbritannien i tilfælde, hvor en person er flyttet fra Storbritannien til Danmark, er berettiget at beskatte den pågældende af de udbetalte beløb. Danmark vil til gengæld typisk skulle indrømme almindelig creditlempelse i henhold til LL § 33 eller - formentligt²⁷ - overenskomstens art. 22, stk 2.

Selv når der indrømmes almindelig creditlempelse i Danmark vil tilflytteren kunne blive skuffet, når det danske beskatningsniveau for beskatning af pensioner er højere end fraflytningslandets beskatningsniveau. Dette må imidlertid anses for at være en konsekvens af, at der i de forskellige medlemsstater anvendes forskellige skattesatser, hvilket ikke er i strid med EF-traktaten.²⁸ Det må formentligt antages, at den pågældende ikke ved at påberåbe sig EF-traktatens bestemmelser om fri bevægelighed vil kunne kræve, at den udbetalte pension underkastes en lempeligere beskatning under hensyn til, at værdien af fradragsretten eller bortseelsesretten ved indbetalingen i det daværende domicilland (fraflytningslandet) var mindre, end den ville have været, hvis han havde indbetalt på en dansk ordning.

²⁶⁾ Jf. protokol af 15/10 1996, som ratificeret og gennemført i dansk ret ved lov nr. 438 af 10/6 1997.

²⁷⁾ Forbeholdet skyldes, at art. 18, stk. 2, som tildeler overenskomstens kildeland beskatningsretten, ikke er formuleret på en sædvanlig måde, således at overenskomstens kildeland “kan beskatte”, men derimod således, at intet i stykke 1 skal forhindre kildelandet i at beskatte.

²⁸⁾ Jf. EF-domstolens dom af 12/5 1998 (Gilly), Sag C-336/96, præmis 34.

I den nordiske dobbeltbeskatningsoverenskomst er der valgt en anden måde at fordele beskatningsretten på, idet man her generelt tildeler overenskomstens kildeland beskatningsretten til pensionsudbetalinger, jf. art. 18, stk. 1.²⁹

“Pension og livrente, som udbetales fra en kontraherende stat, og udbetaling fra en kontraherende stat i henhold til sociallovgivningen i denne stat til en person, der er hjemmehørende i en anden kontraherende stat, kan kun beskattes i den førstnævnte stat”

Bestemmelsens formulering “kan kun” sammenholdt med lempelsesbestemmelsen i art. 25, stk. 1, litra b, medfører, at Danmark kan medtage udbetalingerne ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst, men er forpligtet til at indrømme et fradrag i den danske skat svarende til den danske skat, der hviler på de udbetalte beløb, eller med andre ord: Danmark skal indrømme lempelse efter eksemptionsmetoden med progressionsforbehold, ny metode. Dette giver her i landet hjemmehørende pensionister fra øvrige nordiske lande en besparelse, såfremt skattesatserne i udbetalingslandet er lavere end i Danmark.³⁰

5. Fraflytning

Ved analysen af de skattemæssige konsekvenser i Danmark af pensionsordninger i forbindelse med fraflytning må der først ses på konsekvenserne af selve fraflytning, dernæst på beskatningen af det løbende afkast og endelig beskatningen af udbetalinger fra den danske ordning.

5.1 Fraflytningsbeskatning

I forbindelse med indførelsen af fraflytningsbeskatning for aktier mv. i ABL § 13a blev der i slutningen af 1980-erne også indført særlige regler om fraflytningsbeskatning af pension, jf. lov nr. 312 af 25/5 1987.

Fraflytningsreglerne medfører, at personens skattepligtige indkomst for fraflytningsåret og de 4 forudgående år skal forhøjes, når en arbejdsgiver inden for denne periode har forhøjet tilsagnet eller indbetalingerne vedrørende en pensionsordning med løbende udbetalinger, en rateforsikring eller en rateopsparing

²⁹⁾ Se om den tilsvarende bestemmelse i den tidligere nordiske overenskomst hos Aage Michelsen: International skatteret, 2. udg., p. 186 f

³⁰⁾ Se om fordelingen af beskatningsretten til pensioner i de danske dobbeltbeskatningsoverenskomster også nedenfor 5.3 i forbindelse med omtalen af udenlandsk bosiddende personer, der får udbetalt pension fra Danmark.

i pensionsejemed, der som led i et ansættelsesforhold er oprettet for den pågældende person, jf. PBL § 19 A, jf. PBL §§ 19 B og 19 C. For hovedaktionærer / -anpartshavere gælder tilsvarende regler dog for fraflytningsåret og de forudgående 9 indkomstår, jf. PBL § 19 D.³¹

Fraflytningsbeskatning indtræder herefter, når arbejdsgiveren i årene inden fraflytningen har foretaget ekstraordinært forhøjede indbetalinger til pension, således at efterbeskatningen sker hos den ansatte (fraflytteren). Formålet var at forhindre, at en arbejdstager, der påtænker at flytte til udlandet, i årene forinden fraflytningen aftaler med arbejdsgiveren, at denne med bortseelsesret for arbejdstageren indbetaler ekstraordinært store beløb på pensionsordningen, når Danmark som følge af arbejdstagerens mellemkommende fraflytning er afskåret fra at beskatte udbetalingerne fra pensionsordningen pga. en dobbeltbeskatningsoverenskomst.

Reglerne træder i kraft ved opgivelse af fuld skattepligt efter KSL § 1 eller, når fuld skattepligt til Danmark bevares, den pågældende efter en dobbeltbeskatningsoverenskomsts dobbeltdomicilklausul bliver hjemmehørende i en fremmed stat, på Færøerne eller i Grønland, jf. PBL § 19 A. Fraflytningsbeskatning efter bestemmelserne indtræder, uanset dansk beskatning af udbetalingerne er sikret ved reglerne om begrænset skattepligt, jf. KSL § 2, stk. 1, litra b, jf. KSL § 43, stk. 2, og uanset dansk beskatning efter fraflytningen ikke begrænses af en dobbeltbeskatningsoverenskomst (fordi Danmark som overenskomstens kildeland er tildelt beskatningsretten, eller fordi der ikke er indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst).³²

I en situation, hvor en dansk statsborger, som altid har boet og arbejdet eller drevet erhvervsvirksomhed i Danmark, flytter til en anden EU-medlemsstat for at nyde sit otium dér, kan det næppe antages, at fraflytningsbeskatningen er i strid med EU-retten. Da han hverken skal arbejde eller drive erhvervsvirksomhed i tilflytningslandet, udnytter han ikke sin traktatsikrede ret efter bestemmelserne om arbejdskraftens frie bevægelighed i art. 39 eller etableringsretten i art. 43.³³

³¹⁾ I bemærkningerne til lovforslaget angives som baggrund for, at man ikke samtidigt indførte særlige regler for individuelle pensionsordninger, at fradragsretten for indbetalinger på disse ordninger er begrænset efter almindelige regler, idet fradragsene skal fordeles over 10 år, hvis præmieindbetalingsperioden er mindre end 10 år, jf. Lovforslag L 220 af 18/3 1987. Almindelige bemærkninger, punkt 4 a. Se om reglerne i PBL §§ 19 A-19 D Jens Drejer, Hanne Sogaard Hansen og Gitte Skouby: Skattepligt og Skatteflugt, 1987, s. 128 ff.; Ole Andreassen m.fl.: Pensionsbeskatningsloven, 1998, 2. 182 ff.; Britt Blichfeld Frederiksen: Erhvervstilknyttede pensioner i EU, 1999, s. 269 ff.; Hanne Sogaard Hansen i John Engsig m.fl.: Lærebog om indkomstskat, 9. udg., 2000, s. 1067 ff.

³²⁾ Jf. Lovforslag L 220 af 18/3 1987, Almindelige bemærkninger, punkt 4 b.

³³⁾ Jf. således princippet i EF-domstolens dom af 26/1 1993 (Werner), sag C-112/91, og om kravet om en grænseoverskridende aktivitet Karsten Engsig Sørensen i i Karsten Engsig Sørensen & Poul Runge Nielsen: EU-retten 1, 1999, s. 168 ff.; Poul Runge Nielsen i Karsten Engsig

Anderledes derimod, såfremt en person flytter fra Danmark til en anden EU-medlemsstat for at arbejde eller drive erhvervsvirksomhed i denne stat. I denne situation vil også regler i skattelovgivningen, som virker hindrende for ham i at udøve denne grænseoverskridende aktivitet, kunne være i strid med EF-traktatens art. 39 eller 43.³⁴ Såfremt han rejser til en medlemsstat (f.eks. Sverige), som har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, hvorefter Danmark er tildelt beskatningsretten til pensionsudbetalinger, kan der næppe fremføres nogen begrundelse for at beskatte den pågældende på fraflytningstidspunktet. Risikoen for, at den pågældende inden udbetalingen af pensionen måtte flytte til en tredjestat (f.eks. Spanien), som har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, ifølge hvilken Danmark er afskåret fra at beskatte pensionsudbetalingerne, kan ikke begrunde, at der allerede på tidspunktet for fraflytning fra Danmark skal indtræde beskatning. De danske regler om fraflytningsbeskatning må derfor i hvert fald i disse tilfælde anses for at være i strid med EF-traktatens bestemmelser om arbejdskraftens frie bevægelighed og etableringsretten. Det forhold, at der i PBL § 19 E er givet en bemyndigelse til skatteministeren til, hvis særlige omstændigheder taler herfor, helt eller delvis at fritage for indkomstskattepligten efter PBL §§ 19 A-D, ændrer ikke ved, at reglerne er i strid med EF-traktaten.³⁵

Sørensen & Poul Runge Nielsen: EU-retten 1, 1999, s. 351 ff.; Niels Winther-Sørensen i Jens Olav Engholm Jacobsen m.fl.: Skatteretten 3, 3. udg., s. 451 f.

³⁴⁾ Beskyttet er også statsborgere fra andre medlemsstater, der tidligere er flyttet til Danmark for her at arbejde eller drive virksomhed, og som ønsker at vende hjem til den stat, de oprindeligt kom fra, for at blive pensioneret. Sådanne personer, der tidligere er flyttet til Danmark har herved haft den formodne grænseoverskridende aktivitet, der gør EF-traktatens art. 39 og 43 anvendelig, jf. EF-domstolens dom af 7/7 1992 (Surinder Singh).

³⁵⁾ Jf. således eksempelvis EF-domstolens dom af 24/1 1990 (Biehl), sag C-175/88 præmis 17 f., og EF-domstolens dom af 14/2 1995 (Schumacker), sag C-279/93, præmis 48 ff. I Biehl-dommen havde Luxembourg fremført, at den omstændighed, at personer, som midt i året fraflyttede Luxembourg, som udgangspunkt ikke kunne få betalt overskydende skat, ikke var afgørende, idet de pågældende kunne få tilbagebetalt overskydende skat, såfremt de ved en klage kunne godtgøre, at den manglende betaling af overskydende skat havde haft urimelige virkninger for dem. EF-domstolen udtalte hertil (præmis 18), at den luxembourgske regering ikke havde "henvist til nogen bestemmelse, hvorefter det luxembourgske skattevæsen er forpligtet til under alle omstændigheder at råde bod på diskriminerende følger af anvendelsen af den omtvistede nationale bestemmelse."

I Schumacker-dommen skulle EF-domstolen bl.a. tage stilling til, om det var i strid med art. 48 (nu art. 39), at begrænset skattepligtige i modsætning til fuldt skattepligtige ikke fik adgang til ved den årlige ansættelse af skat automatisk at få visse fradrag, idet begrænset skattepligtige i stedet kunne få dispensation efter en rimelighedsvurdering. EF-domstolen udtalte (præmis 57), at de krav, der stilles efter art. 39 (dageældende art. 48) ikke kan anses for opfyldt, såfremt en udenlandsk arbejdstager henvises til en afgørelse efter en rimelighedsvurdering, som skattemyndighederne foretager fra sag til sag. Kompetencen til at indtrømme skattefritagelse efter PBL §§ 19 E er udlagt til de kommunale skattemyndigheder, jf. bekendtgørelse nr. 303 af 2/5 2000 § 8, nr. 11.

Såfremt en person flytter til en EU-medlemsstat, som har en dobbeltbeskatningsoverenskomst med Danmark, ifølge hvilken Danmark som overenskomstens kildeland må afstå fra at beskatte pensionsudbetalinger (f.eks. Spanien), for at arbejde eller drive erhvervsvirksomhed, er resultatet måske knap så oplagt. Jeg har gjort gældende, at fraflytningsbeskatningen efter ABL § 13a må anses for at være i strid med EF-traktaten. ABL § 13a-beskatningen er nemlig nødvendig, fordi de danske dobbeltbeskatningsoverenskomster (ligesom OECD's modeloverenskomst) tildeler beskatningsretten til aktieavancer til domicillandet. Se her også EF-domstolens ovenfor 4.2 citerede udtalelse i Wielockx-dommen om, at sammenhængen er sikret ved gensidigheden i dobbeltbeskatningsoverenskomsterne.³⁶ Tilsvarende synspunkt vil kunne gøres gældende i forhold til PBL §§ 19 A-D-beskatningen. Men i relation til PBL §§ 19 A-D-beskatningen er der dog den (spinkle) mulighed at argumentere for, at man med reglerne kun forsøger at ramme de tilfælde, der har karakter af misbrug, nemlig hvor man inden for en kortere årrække inden fraflytningen har fået foretaget ekstraordinære forhøjede indbetalinger. Om EF-domstolen vil acceptere, at alle de tilfælde, som omfattes af PBL §§ 19 A-D, har karakter af misbrug, er ikke givet, ligesom det i det hele taget er tvivlsomt, hvilken vægt EF-domstolen overhovedet kan antages at lægge på hensynet til at forhindre misbrug.³⁷ Med virkning fra 1/1 2001 er der i PBL § 15 A givet erhvervsdrivende mulighed for, at erhvervsdrivende over 55 år i forbindelse med afståelse af en virksomhed kan indsætte et beløb på i 2001 maksimalt 2 mio. kr. en pensionsordning med fradragsret. Der er ikke i forbindelse hermed fastsat nogen regel om fraflytningsbeskatning. Som nævnt ovenfor ville det formentligt ikke være i strid med EF-traktaten, såfremt man indførte regler om fraflytningsbeskatning af "danskere", der flytter til andre EU-medlemsstater i forbindelse med pensioneringen.

5.2 Beskatning af det løbende værditilvækst efter fraflytningen

Såfremt den person, der fraflytter Danmark, fortsat har beløb stående på en skattebegünstiget (TTE-)ordning, vil der også i tiden efter fraflytningen ske kapitalafkastbeskatning af beløbet. Dette gælder, selv om den pågældende pensionsopsparer ikke længere er omfattet af fuld skattepligt til Danmark. For så vidt angår pensionsinstitutter omfattet af PAL § 1, stk. 1, er det selve pensionsinstituttet, der er skattepligtigt efter pensionsafkastbeskatningsloven og ikke den enkelte opsparer. For så vidt angår de individuelle ordninger omfattet af PAL

³⁶⁾ Jf. Niels Winther-Sørensen i Revision og Regnskabsvæsen 1996, nr. 7, p. 22 ff., samme i Jens Olav Engholm Jacobsen: Skatteretten 3, 3. udg., s. 481. Se også om spørgsmålet Aage Michelsen: International skatteret, 2. udg., s. 285.

³⁷⁾ Jf. herom Niels Winther-Sørensen i Jens Olav Engholm Jacobsen: Skatteretten 3, 3. udg., s. 450.

§ 1, stk. 2, gælder, at bestemmelsen er formuleret således, at skattepligten omfatter indehavere af de i bestemmelsen nævnte konti, og at der således ikke er fastsat noget krav om de pågældendes tilknytning til Danmark i øvrigt.³⁸

Derimod er det løbende afkast på en ikke-skattebegünstiget dansk ordning ikke omfattet af reglerne om begrænset skattepligt, jf. KSL § 2 modsætningsvis. Beskatning af det løbende afkast efter PSL § 53 A, stk. 3, må antages at forudsætte, at den pågældende ejer mv. er omfattet af subjektiv skattepligt til Danmark.

5.3 Beskatning af pensionsudbetalinger

Når der udbetales pensioner, som udløser en afgift efter pensionsbeskatningsloven, hvad enten dette skyldes ophævelse i utide eller, at der f.eks. er tale om udbetaling af en kapitalpension, anses den pålagte afgift ikke at være omfattet af de danske dobbeltbeskatningsoverenskomster.³⁹ En dobbeltbeskatningsoverenskomst begrænser derfor ikke størrelsen af den afgift, der pålægges efter pensionsbeskatningsloven. Afgiftspligt efter pensionsbeskatningsloven er uafhængig af, om den pågældende er omfattet af fuld skattepligt til Danmark eller ej.⁴⁰

Begrænset skattepligt for løbende pensionsudbetalinger er hjemlet i KSL § 2, stk. 1, litra b, jf. KSL § 43, stk. 2, jf. Bekg. nr. 1154 af 14/12 2000 § 20.⁴¹ Hvis der er indbetalt på en ikke-skattebegünstiget ordning, følger skattefrihed for udbetalingen dog af PBL § 53 A, stk. 5.

I medfør af OECD's modeloverenskomsts art. 18 og 21 er beskatningsretten til pensioner mv. tildelt domicillandet. Danmark har imidlertid indsat følgende forbehold til art. 18, jf. punkt 43 i 2000-versionen:

³⁸⁾ Jf. Told-Skat: Beskatning af pensionsafkast for år 2001, s. 181. Se kritisk Hans-Olaf Birkholm i SU 2001, 141, s. 147, og hertil Skatteministeren i et svar til Folketingets Skatteudvalg af 13/6 2001, optrykt i SU 2001.222. Se for en detaljeret beskrivelse af adgangen til at påberåbe sig dobbeltbeskatningsoverenskomster og bestemmelsen om almindelig credittempelse i PAL § 19 Told-Skat: Beskatning af pensionsafkast for år 2001, s. 181 ff.

³⁹⁾ Jf. TfS 1992, 291 O, TfS 1995, 15 LSR, Ligningsvejledningen 2000 D.D.2., art. 2, s. 135 f., Hanne Søgaard Hansen i John Engsig m.fl.: Lærebog om indkomstskat, 9. udg., s. 1071; Niels Winther-Sørensen i Jens Olav Engholm Jacobsen: Skatteretten 3, 3. udg., s. 75 f.

⁴⁰⁾ Jf. forudsætningsvis PBL § 40 A; Ligningsvejledningen 2000 A.C.1.12 (s. 304).

⁴¹⁾ Grænsegængerreglerne i kildeskattelovens kapital 1 A (§§ 5 A - 5 D) omfatter nu også pensionsudbetalinger.

“Danmark og USA forbeholder sig deres stilling til denne artikel, herunder retten til at indsætte en bestemmelse, ifølge hvilken pensioner, der betales i henhold til sociallovgivningen i en kontraherende stat, kun kan beskattes i denne stat.”

Dette forbehold er i praksis fulgt op ved forhandling om indgåelse af nye dobbeltbeskatningsoverenskomster og ved ændring af eksisterende.⁴² Se som eksempel herpå den nordiske overenskomsts art. 18, der generelt har tillagt overenskomstens kildeland beskatningsretten til pensioner, der udbetales derfra, og overenskomsten med Storbritannien art. 18, stk. 1 og 2, der indeholder en særlig undtagelse, som medfører kildestatsbeskatning i situationer med til- og fraflytning, jf. for begge overenskomsters vedkommende omtalet ovenfor 4.3 i forbindelse med diskussionen af den omvendte situation, hvor en i Danmark hjemmehørende person fra udbetalt pension fra udlandet.

Da der er et særligt hensyn at tage til de personer, som er flyttet til en anden overenskomststat i tillid til fordelingen af beskatningsretten til pensionsudbetalinger i den på daværende tidspunkt gældende overenskomst, indføres der normalt særlige begunstigende regler for sådanne personer.⁴³ Indførelsen af den særlige regel for fra- og tilflyttere i overenskomsten med Tyskland har således ikke virkning for personer, som allerede ved ændringen af den dansk-tyske overenskomst var flyttet fra den ene til den anden stat. Ved ændringen af overenskomsten med Storbritannien blev der taget et særligt hensyn til disse til- og fraflyttere ved indrømmelse af et specielt fradrag, jf. § 2 i lov nr. 438 af 10/6 1997, hvorefter den skattepligtige indkomst og den personlige indkomst nedsættes med op til kr. 200.000 i det omfang, de pågældende modtager indkomst omfattet af den nye regel i overenskomstens art. 18, stk. 2.⁴⁴

Det er imidlertid ikke alle stater, der er rede til at imødekomme de danske ønsker om ændringer af fordelingen af beskatningsretten til pensionsudbetalinger. Skatteministeren har således i et svar til Folketingets Skatteudvalg, udtalt, at mønstret groft sagt er således, at de stater, der har skatteregler, som ligner de danske, og som ligesom Danmark er netto-eksportører af pensionister, går ind for at tildele overenskomstens kildeland beskatningsretten, mens de stater, der er netto-importører af pensionister, går ind for at tildele domicillandet beskatningsretten.⁴⁵ På baggrund heraf måtte Danmark ved indgåelsen af en ny protokol af 17/3 1999 til

⁴²⁾ Jf. Sven Ulstrup i SU 2001, 69, særligt s. 164 f.

⁴³⁾ Jf. herved Skatteministerens svar til Folketingets Skatteudvalg, jf. SU 1998, 293 og SU 1998, 294; Sven Ulstrup i SU 2001, 69, s. 165..

⁴⁴⁾ Jf. herom Jørn Qviste i SU 1997, 152. Se for en analyse af specielle bestemmelser om pension i flere konkrete danske overenskomster Anders Oreby Hansen i SU 1998, 131, med en retspolitisk kommentar af John Peter Andersen i SU 1998, 156.

⁴⁵⁾ Jf. SU 1999, 125 SKM.

overenskomsten med Spanien acceptere, at der ikke kunne ændres ved, at domicillandet er tillagt beskatningsretten til pensionsudbetalinger, jf. overenskomstens art. 18. Der pågår i øjeblikket forhandlinger med Frankrig om ændring af den eksisterende overenskomst fra 1957, men indtil videre er der ikke offentliggjort oplysninger, som tyder på, at Frankrig skulle være indstillet på at ændre ved den eksisterende tildeling af beskatningsretten til pensioner til domicillandet.

Da både værdien af bortseelsesretten / fradragsretten og niveauet for beskatning af pensionsydelse i Danmark er meget højt sammenlignet med andre lande, kan det med de nuværende dobbeltbeskatningsoverenskomster være forbundet med store skattemæssige besparelser at bosætte sig i Frankrig eller Spanien ved pensioneringen.⁴⁶

6. Kommissionens anbefalinger

Det er naturligt at tage udgangspunkt i allerede eksisterende regler, når nye tiltag skal anbefales og vurderes. Det er derfor også helt naturligt, at Kommissionen i sin meddelelse tager udgangspunkt i en analyse af EF-traktatens grundlæggende bestemmelser om fri bevægelighed og vurderer, i hvilket omfang de eksisterende nationale regler, som lægger hindringer i vejen for den frie bevægelighed og/eller er diskriminerende, allerede nu kan siges at være i strid med EU-retten. Det må imidlertid herudover konstateres, at Kommissionen ved sin fortolkning af EF-traktatens bestemmelser om fri bevægelighed og ved at understrege, at Kommissionen vil overvåge de relevante nationale regler og evt. indbringe sager mod medlemsstater for EF-domstolen har lagt et betydeligt pres på medlemsstaterne. Det er næppe hensigtsmæssigt at overlade det til EF-domstolen gennem afsigelsen af domme i konkrete sager at løse de meget komplekse problemer, der er knyttet til grænseoverskridende pensionsbeskatning. Der kan derfor ikke bortses fra, at forhandlingsviljen blandt EU-medlemsstaterne formentligt vil være betydeligt større, når den med manglende resultater forbundne "risiko" er, at Kommissionen overlader det til EF-domstolen at træffe afgørelse i konkrete sager.⁴⁷

Blandt Kommissionens anbefalinger skal særligt nævnes, at Kommissionen anbefaler, at der foranstalles en undersøgelse af reglerne om udveksling af oplysninger. En af de væsentligste årsager til, at det er vanskeligt at formå

⁴⁶⁾ Jf. for nogle beregningseksempler Hans-Olaf Birkholm i SU 2001, 141.

⁴⁷⁾ Allerede i 1991 tog Kommissionen indledende skridt til en retssag mod Danmark, men sagen har som følge af EF-domstolens dom i Bachmann-sagen 1992 været henlagt i en årrække. Det har i dagspressen været omtalt, at Kommissionen har taget sagen op påny, men der er endnu ikke anlagt en egentlig retssag mod Danmark. Se herom skatteministerens svar af 30/4 2001 til Folketingets Skatteudvalg, Alm. del, bilag 519, jf. SU 2001, 154.

medlemsstaterne til at indrømme fradragsret/bortseelsesret ved indbetaling til udenlandske pensionsordninger antages at være medlemsstaternes frygt for, at skattemyndighederne ikke vil blive underrettet om, og at de skattepligtige ikke vil selvangive pensionsudbetalinger, og at grænseoverskridende ydelse af pension derfor vil kunne føre til skatteunddragelse.⁴⁸

Fælleseuropæiske pensionsinstitutter, som gør det muligt for arbejdstagere i multinationale selskaber at tilhøre samme pensionskasse, uanset hvor de er beskæftiget, nævnes som en mulighed, der bør underkastes nærmere overvejelser. Efter forslaget herom skal en fælleseuropæisk pensionskasse have forskellige afdelinger, der hver for sig opfylder de nationale krav til en skattebegünstiget ordning. En arbejdstager, som flytter til en anden EU-medlemsstat, vil efter forslaget ikke være tvunget til at skifte pensionskasse, men kan blot nøjes med at skifte afdeling. Kommissionen anfører, at det er en fordel ved forslaget om fælleseuropæiske pensionsinstitutter, at det ikke nødvendigvis kræver ændringer af eksisterende skattelovgivning i medlemsstaterne, idet den enkelte medlemsstat indgår en aftale med den konkrete fælleseuropæiske pensionskasse, hvori pensionskassens forpligtelser med hensyn til eksempelvis levering af oplysninger og opkrævning af skatter fastsættes.⁴⁹

Endelig foreslår Kommissionen en bredere anvendelse af EET-princippet inden for EU. Af den ovenfor under 2 angivne oversigt fremgår, at 11 medlemsstater i øjeblikket anvender EET-princippet (heri indgår Tyskland, som både anvender EET- og TEE-princippet), hvorfor Kommissionen antager, at det sandsynligvis i praksis er lettest at tilstræbe en tilpasning af medlemsstaternes pensionsbeskatningssystemer ved hjælp af EET-princippet. Det anføres endvidere, at EET-princippet har den fordel, at det ansporer folk til at betale pensionsbidrag, og at princippet bidrager til at løse problemet med den demografiske aldring, idet skatteprovenuet i dag nedsættes til fordel for et skatteprovenu på det tidspunkt, hvor det demografiske forsørgerbyrde ratio vil være langt mere ugunstig.⁵⁰

Såfremt alle EU-medlemsstater overgår til et EET-system, vil man kunne undgå de værste tilfælde af dobbeltbeskatning eller dobbelt ikke-beskatning af ind- og udbetalinger. Dobbeltbeskatning vil kunne opstå, hvis en person flytter fra en medlemsstat, som anvender et TE-princip til en medlemsstat, som anvender et ET-princip, mens dobbelt ikke-beskatning vil kunne opstå for personer, der flytter den modsatte vej. Som anført af Kommissionen vil man dog også kunne undgå sådan dobbeltbeskatning ved regler som de danske, som fritager pensionsudbetalinger fra

⁴⁸) Jf. KOM 2001/214, punkt 4.1.

⁴⁹) Jf. KOM 2001/214, punkt 5.

⁵⁰) Jf. KOM 2001/214, punkt 6.2.

beskatning, når der blev indbetalt på en ikke-skattebegünstiget ordning, jf. herom ovenfor 4.3.

Kommissionen tager i sin meddelelse udgangspunkt i, at pensionsudbetalinger som efter OECD's modeloverenskomst underkastes beskatning i domicillandet. Det nævnes i forlængelse heraf, at forskelle i nationale regler vil kunne føre til problemer med helt eller delvis dobbelt ikke-beskatning, hvis der i domicillandet alene sker en meget lav beskatning.⁵¹ Set fra dansk side er denne betragtning meget relevant, idet fradragsværdien af indbetalingerne til en skattebegünstiget ordning i Danmark typisk vil være større end beskatningen af pensionsudbetalinger i de øvrige medlemsstater (f.eks. Spanien eller Frankrig). Omvendt må det også erkendes, at personer fra Spanien eller Frankrig, som har indbetalt til en pensionsordning dér, formentligt vil finde det danske beskatningsniveau meget højt, når der sammenlignes med den fradragsværdi, der i sin tid var knyttet til indbetalingerne på deres ordninger i Spanien eller Frankrig.

De betydelig forskelle i opbygningen af skattesystemer, sociale systemer og pensionssystemer mellem de forskellige EU-medlemsstater gør, at Kommissionen understreger, at en accept i alle medlemsstater af EET-princippet ikke ville give en komplet løsning på problemerne. Kommissionen forudser derfor ikke lovgivningstiltag for at harmonisere medlemsstaternes pensionsbeskatningssystemer, men nøjes med at hilse en bredere accept af EET-princippet velkommen.⁵² EET-princippet indebærer, at der ikke skal ske beskatning af det løbende afkast på pensionsordningen. Med andre ord måtte Danmark opgive at opkræve kapitalafkastskat. Det synes ikke at være en ophævelse af kapitalafkastbeskatningsloven (med tab af et betydeligt skatteprovenu til følge), som står øverst på ønskesedlen i øjeblikkets danske skattepolitiske debat, og det må derfor formodes, at man ikke vil se Danmark som den fremmeste fortalere for i hvert fald denne del af Kommissionens forslag.

⁵¹Jf. KOM 2001/214, punkt 6.3.

⁵²Jf. KOM 2001/214, punkt 6.2.

Den gensidige aftaleprocedure

Af

Karin Skov Nilausen

1. Introduktion

Danmark har indgået dobbeltbeskatningsoverenskomster med mere end 70 forskellige lande. En dobbeltbeskatningsoverenskomst mellem to lande fordeler beskatningsretten mellem de to lande. Formålet er at undgå at en person eller et selskab bliver beskattet af samme indkomst i begge lande. Eksempelvis kan man i en dobbeltbeskatningsoverenskomst finde svar på hvor en person, der arbejder i Sverige, men bor i Danmark, skal beskattes.

Såfremt de to lande ikke er enige om fordelingen af beskatningsretten, enten fordi de har forskellige opfattelser af de faktiske omstændigheder, eller fordi de fortolker overenskomsten på forskellig vis, kan en person alligevel risikere at blive beskattet af samme indkomst i begge lande. De danske dobbeltbeskatningsoverenskomster indeholder for disse tilfælde en bestemmelse om "den gensidige aftaleprocedure". Ifølge denne bestemmelse skal skattemyndighederne, såfremt de ikke på egen hånd kan løse den opståede dobbeltbeskatning, søge at indgå en gensidig aftale, dvs. en aftale mellem de to landes skattemyndigheder, der løser skatteyderens problem.

I artiklen gennemgås hvem der kan tage initiativ til at indlede den gensidige aftaleprocedure, hvilke betingelser, der skal være opfyldt, forløbet af proceduren og virkningen af, at en aftale indgås eller ikke kan indgås.

Endvidere foretages - i en del af gennemgangen - en sammenligning med fortrinsvis Sverige, Tyskland og Storbritannien, med henblik på at se, hvorledes proceduren gennemføres i andre lande¹.

De gensidige aftaler omfatter både konkrete og generelle aftaler. Konkrete aftaler indgås med henblik på at løse en konkret skatteydners problem. En generel gensidig aftale vedrører oftest en videre kreds af skatteydere. I denne artikel fokuseres på de konkrete gensidige aftaler.

1.1. OECDs modeloverenskomst

Organisationen for økonomisk samarbejde og udvikling (OECD) har udarbejdet en modeloverenskomst, der giver et middel til, på en ensartet måde, at løse de fleste af de generelle problemer, der opstår inden for området af international dobbeltbeskatning. OECDs Råd (der består af medlemslandenes ministre - I Danmark økonomi- eller finansministeren alt efter hvilke emner, der skal diskuteres) anbefaler at medlemslandene, når de indgår eller reviderer bilaterale overenskomster, følger denne modeloverenskomst med kommentarer og under hensyntagen til de anførte forbehold. Kommentarerne til modeloverenskomsten er udarbejdet af Committee of Fiscal Affairs (der består af højtstående embedsmænd - i Danmark departementschefen i skatteministeriet og en kontorchef). Medlemslandene har mulighed for at tage forbehold overfor bestemmelser eller dele af bestemmelser, som de ikke er indstillet på at anvende, jf. eksempelvis Storbritanniens forbehold overfor artikel 25, stk. 1, 2. punktum, der er nævnt i det følgende afsnit.

OECDs modeloverenskomst er ikke en folkeretligt bindende traktat, men de fleste af de danske dobbeltbeskatningsoverenskomster er formuleret i overensstemmelse med denne modeloverenskomst. Det er endvidere anerkendt i international teori og skattepraksis, at OECDs modeloverenskomst kan tillægges vægt ved fortolkningen af konkrete overenskomster². Dette fremgår tillige af Højesterets afgørelse i TfS 1993, 7H samt af Østre Landsrets afgørelse i TfS 1992, 291Ø, der begge henviste

¹⁾ Oplysninger vedrørende de øvrige lande stammer fra nationale rapporter udarbejdet til et seminar om "Arbitration Procedures in Tax Treaty Law" i september 2001. De nationale rapporter udgives samlet i bogform af Department of Austrian and International Tax Law, Vienna University of Economics and Business Administration. De efterfølgende henvisninger til de nationale rapporter er til de foreløbige udgaver. Den nationale rapport om Tyskland er udarbejdet af Johannes Bassler, rapporten om Storbritannien er udarbejdet af Monuvar Ullah og rapporten om Sverige er udarbejdet af Mattias Dahlberg.

²⁾ Aage Michelsen, *International skatteret* (1996), s. 53, Niels Winther-Sørensen, *Skatteretten* 3 (2000), s. 48 og Peter Sick Andersen, "Den retskildemæssige værdi i dansk ret af kommentarerne til OECD's modeloverenskomst", *SU* 1995, 206, s. 315.

til OECDs modeloverenskomst. Begge afgørelser vedrørte endda overenskomster indgået før OECDs første modeloverenskomst fra 1963.

I gennemgangen af den gensidige aftaleprocedure i afsnit 2-4 tages der så vidt muligt udgangspunkt i kommentarerne til OECDs modeloverenskomst (OECDs kommentarer).

1.2. Den gensidige aftaleprocedure - artikel 25 i OECDs modeloverenskomst

Den gensidige aftaleprocedure findes i OECDs modeloverenskomsts artikel 25. De konkrete aftaler er indeholdt i artikel 25, stk. 1 og 2. Artikel 25, stk. 3 indeholder de generelle aftaler og i artikel 25, stk. 4 er fastsat, at de kompetente myndigheder kan træde i direkte kontakt med hinanden.

I de fleste af de danske dobbeltbeskatningsoverenskomster er den gensidige aftaleprocedure tilsvarende indeholdt i artikel 25, og ordlyden af denne artikel svarer i de fleste tilfælde til ordlyden af modeloverenskomstens artikel 25³. Der er imidlertid undtagelser, idet bestemmelsen i nogle ældre overenskomster har en anden placering og ordlyd⁴, og idet nogle lande bevidst vælger at fravige modeloverenskomsten. I dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Østrig fra 1961 er den gensidige aftaleprocedure indeholdt i artikel 22 og med et ordvalg, der bærer præg af, at overenskomsten er 40 år gammel. Bestemmelsens indhold svarer til stk. 1 og 2 i modeloverenskomsten, dvs. bestemmelsen omfatter kun de konkrete aftaler og der er ingen tidsfrister. I dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Storbritannien fra 1980 er den gensidige aftaleprocedure indeholdt i artikel 24, og tidsfrister er ikke omtalt. Storbritannien har benyttet muligheden for at tage forbehold for OECDs modeloverenskomsts artikel 25, stk. 1, 2. punktum. Der er heri indeholdt en tidsfrist på tre år, som Storbritannien betragter som uforenelig med deres interne tidsfrist på seks år⁵.

³) Det uofficielle, danske forhandlingsoplæg svarer til OECDs modeloverenskomst.

⁴) Idet denne ordlyd svarer til tidligere udgaver af OECDs modeloverenskomst.

⁵) Monuham Ullah, National rapport, s. 11 og 18. Forbeholdet blev oprindeligt indsat af hensyn til Storbritanniens generelle interne tidsfrist på seks år, men skyldes i dag hensynet til de nye regler indført i juli 2000, jf. nedenfor afsnit 2.2.

2. Indledning af den gensidige aftaleprocedure

En person eller et selskab, der er hjemmehørende i Danmark⁶, kan - såfremt han mener, at foranstaltninger truffet af en eller begge de kontraherende stater - for ham medfører eller vil medføre en beskatning, som ikke er i overensstemmelse med bestemmelserne i den pågældende dobbeltbeskatningsoverenskomst, indbringe sin sag for Told- og Skattestyrelsen⁷. Sagen skal indgives inden tre år efter den første meddelelse om de foranstaltninger, der resulterer i en beskatning, der ikke er i overensstemmelse med bestemmelserne i den pågældende overenskomst.

2.1. Initiativ og formkrav

Det er i princippet alene den berørte skatteyder, der kan tage initiativ til at indlede en konkret gensidig aftaleprocedure. Skattemyndighederne kan imidlertid - såfremt de i en konkret sag er blevet opmærksomme på et fortolkningsspørgsmål - indlede en generel procedure efter artikel 25, stk. 3. Dette fremgår af punkt 32 i OECDs kommentarer vedrørende artikel 25, stk. 3.

Ifølge punkt 13 i OECDs kommentarer indeholder modeloverenskomsten ingen krav til formen af en indsigelse efter artikel 25, stk. 1. Endvidere er det angivet, at de kompetente myndigheder kan udforme de særlige krav til procedureformen, som de anser for passende. Såfremt der ikke er fastsat særlige interne regler, skal en skatteyder præsentere sin sag på samme vis, som ved andre indsigelser vedrørende skatter.

I Sverige er det Riksskatteverket, der som udgangspunkt er kompetent myndighed, hvorimod større eller mere komplicerede sager skal overlades til Finansdepartementet⁸. Der er ikke fastsat særlige nationale regler for at indlede en gensidig aftaleprocedure i Sverige.

I Tyskland er det Forbundsfinansministeriet, der er kompetent myndighed, men skattemyndighederne accepterer alle indsigelser, der indgives til de lokale

⁶⁾ Såfremt hans sag henhører under artikel 24, stk.1, skal sagen indbringes for den af de kontraherende stater, hvor han er statsborger. Dette skyldes, at artikel 24 omhandler diskrimination på grundlag af statsborgerskab.

⁷⁾ Bekendtgørelse nr. 1107 af 13. december 2000 om sagsudlægning, § 11, stk. 3. Told- og Skattestyrelsen er bemyndiget til at træffe afgørelse i konkrete sager, jf. § 1.

⁸⁾ Kompetencen blev overgivet til Riksskatteverket fra 1. januar 2001. Mattias Dahlberg, National rapport, s. 4.

skattemyndigheder⁹. Der er fastsat nationale regler for den gensidige aftaleprocedure i et cirkulære fra Forbundsfinansministeriet¹⁰. Indsigelsen skal være skriftlig, der er ikke fastsat særlige formkrav, men skattemyndighederne skal være i stand til at opfange, hvori konflikten består.

I Storbritannien er den kompetente myndighed Inland Revenue International Division¹¹. Der er ikke nogen fast standard for en anmodning om en gensidig aftaleprocedure. En anmodning skal imidlertid indeholde oplysning om sagens omstændigheder, om skatteyderens anbringende og skattemyndighederne i det andet lands anbringende samt kopier af al korrespondance mellem skatteyder og de pågældende skattemyndigheder.

I Danmark er den kompetente myndighed Told- og Skattestyrelsen. Der er ikke fastsat særlige interne formkrav for denne mulighed for at indbringe sin sag for Told- og Skattestyrelsen. Det er imidlertid hensigtsmæssigt såfremt skatteyder begrunder sin anmodning om en anvendelse af artikel 25. Indeholder anmodningen ikke de fornødne oplysninger til en behandling af sagen, er Told- og Skattestyrelsen som følge af en almindelig vejledningspligt forpligtet til selv at søge at fremskaffe disse oplysninger ved en henvendelse til skatteyderen¹².

Påklage af skatteansættelser er reguleret i skattestyrelsesloven, medens påklage af andre afgørelser sker på grundlag af almindelige forvaltningsretlige grundregler om administrativ rekurs¹³. Såfremt en skatteyder indbringer sin sag for Told- og Skattestyrelsen som følge af en beskatning, som ikke er i overensstemmelse med bestemmelserne i den pågældende dobbeltbeskatningsoverenskomst, svarer det til en påklage af en anden afgørelse. Anledningen til at indbringe sagen kan skyldes en dansk skatteansættelse, men kan lige så vel skyldes en skatteansættelse foretaget i det andet land.

⁹⁾ Det er angiveligt tillige en hurtigere procedure. Johannes Bassler, National rapport s. 2.

¹⁰⁾ Merkblatt zum internationalen Verständigungsverfahren und Schiedsverfahren in Steuersachen vom 1. Juli 1997 (IV C 5-1300 -189/96) BstBl. I 1997. Johannes Bassler, National rapport s. 4.

¹¹⁾ Alle anmodninger kan sendes til Inland Revenue International Division, External Relations Group, Victory House, 30-34 Kingsway, London WC2B6ES. Dette fremgår af manual DT232, der kan findes på de engelske skattemyndigheders hjemmeside: www.inlandrevenue.gov.uk

¹²⁾ Forvaltningslovens § 7, stk. 1. Ifølge officialprincippet er det endvidere Told- og Skattestyrelsen, der har ansvaret for at de nødvendige oplysninger foreligger, og at de nødvendige undersøgelser foretages.

¹³⁾ Jan Pedersen, Skatteretten 3 (2000), s. 568.

2.2. Tidsfrist

For at sagen kan behandles, skal sagen indgives inden tre år efter den første meddelelse om de foranstaltninger, der resulterer i en beskatning, der ikke er i overensstemmelse med bestemmelserne i den pågældende overenskomst. Tidsfristen er behandlet i punkt 17-18 i OECDs kommentarer. Det er her angivet, at tidsfristen skal beskytte skattemyndighederne imod sene indsigelser. Det angives endvidere, at tidsfristen må anses som et minimum, hvorfor de to lande kan enes om en længere tidsfrist eller undlade at fastsætte en tidsfrist i overenskomsten, såfremt de er enige om, at deres respektive nationale regler automatisk finder anvendelse for sådanne indsigelser og disse regler er mere favorable for skatteyderne. Endvidere angives, at tidsfristen skal beregnes fra det tidspunkt, der resulterer i den mest fordelagtige behandling for skatteyderen¹⁴. Skyldes beskatningen eksempelvis en generel administrativ beslutning eller praksisændring, beregnes tidsfristen først fra det tidspunkt, hvor den enkelte skatteyder får meddelelse om beskatningen.

I Sverige er der ikke fastsat en særlig tidsfrist for en anmodning om en gensidig aftale¹⁵.

Omkring to-trediedele af de tyske overenskomster indeholder ikke en tidsfrist for indsigelser mod en beskatning, der ikke er i overensstemmelse med den pågældende overenskomsts bestemmelser. Den sidste trediedel indeholder tidsfrister på to eller fire år. I praksis afvises alle indsigelser, der indgives senere end den nationale tidsfrist for korrektionen af en skatteansættelse på fire år. Dette skyldes, at de nationale regler ikke tillader en korrektion af en skatteansættelse, der foretages efter fire år, med mindre der er tale om skattesvig¹⁶.

I Storbritannien er der fastsat en national tidsfrist for præsentation af en anmodning om en gensidig aftale. Tidsfristen er en minimums tidsfrist for denne præsentation på seks år, idet de enkelte overenskomster kan indgås med en længere frist¹⁷.

I Danmark er der ikke fastsat en særlig tidsfrist for en anmodning om en gensidig aftale. De fleste danske overenskomster indeholder en tidsfrist på tre år svarende til

¹⁴⁾ Beregningen af tidsfristen vil formentlig ikke give anledning til problemer i de fleste tilfælde, idet fristen er rimelig lang.

¹⁵⁾ Mattias Dahlberg, National rapport s. 8.

¹⁶⁾ Johannes Bassler, National rapport s. 3.

¹⁷⁾ Monuhar Ullah, National rapport s. 15. Som nævnt ovenfor under afsnit 1.2. har Storbritannien benyttet muligheden for at tage forbehold for artikel 25, stk. 1, 2. punktum.

OECDs modeloverenskomst. Der er imidlertid en række - fortrinsvis ældre overenskomster - der ikke indeholder en tidsfrist for en anmodning om en gensidig aftale. I disse tilfælde er det spørgsmålet, om man kan anvende de generelle frister for en ændring af en skatteansættelse indeholdt i skattestyrelsesloven. Ifølge disse frister skal en skatteyder, der vil ændre sin skatteansættelse, senest tre år efter udløbet af det pågældende indkomstår fremlægge nye oplysninger, der kan begrunde ændringen, jf. skattestyrelsesloven § 34, stk. 2. I skattestyrelsesloven § 35 er indeholdt en række tilfælde, hvor der alligevel kan ske genoptagelse, uanset udløbet af fristen i § 34. Endvidere indeholder dansk ret generelle tidsfrister i forældelsesloven og Danske lov¹⁸.

En dobbeltbeskatningsoverenskomst skal fortolkes i overensstemmelse med folkeretlige fortolkningsprincipper. Principperne for fortolkningen af folkeretlige traktater er fastlagt i artikel 31-33 i wienerkonventionen af 1969¹⁹, der finder anvendelse for dobbeltbeskatningsoverenskomster indgået både før og efter konventionens ikrafttræden²⁰. Artikel 31 indeholder en almindelig regel om fortolkning, hvorefter der skal lægges vægt på ordlyden. Endvidere skal en traktat fortolkes i dens sammenhæng, hvori indgår selve teksten, præambel og bilag samt enhver aftale vedrørende traktaten, som er indgået mellem samtlige deltagere i forbindelse med traktatens indgåelse, og ethvert dokument, som er udarbejdet af en eller flere deltagere i forbindelse med traktatens indgåelse og godkendt af de øvrige deltagere som et dokument i tilknytning til traktaten. Jævnledes med sammenhængen skal der blandt andet tages hensyn til en eventuel efterfølgende aftale mellem deltagerne vedrørende traktatens fortolkning eller anvendelsen af dens bestemmelser og enhver efterfølgende praksis vedrørende traktatens anvendelse, som fastslår en enighed mellem deltagerne vedrørende dens fortolkning. Artikel 32 indeholder betingelserne for anvendelsen af supplerende fortolkningsmidler og artikel 33 indeholder bestemmelser om traktater indgået på flere forskellige sprog.

I ingen af disse bestemmelser er der indeholdt henvisning til national ret. OECDs modeloverenskomst indeholder bestemmelser, hvori det er fastlagt, at et begreb skal fastlægges i overensstemmelse med national ret. I artikel 6, stk. 2, om fast ejendom er det eksempelvis bestemt, at begrebet fast ejendom skal fastlægges i overensstemmelse med definitionen i det land, hvor den faste ejendom er beliggende. Artikel 3, stk. 2, i OECDs modeloverenskomst indeholder en generel henvisning til national ret for så vidt angår begreber, der ikke er defineret i den

¹⁸⁾ Lov nr. 274 af 22. december 1908 og Danske Lov 5-14-4.

¹⁹⁾ Offentliggjort i bekendtgørelse nr. 34 af 29. april 1980 af konvention af 23. maj 1969. Konventionen trådte i kraft den 27. januar 1980.

²⁰⁾ Niels Winther-Sørensen, Skatteretten 3 (2000), s. 35.

pågældende overenskomst. Denne henvisning medfører imidlertid ikke, at man kan anvende nationale tidsfrister, når en tidsfrist ikke er indeholdt i den pågældende overenskomst, idet der her ikke blot er tale om en manglende definition af et begreb, der er indeholdt i overenskomsten.

Som anført ovenfor i afsnit 1.2. lægger man ved anvendelsen af danske dobbeltbeskatningsoverenskomster betydelig vægt på OECDs modeloverenskomst med kommentarer. Dette kan imidlertid ikke føre til, at man kan indfortolke en tidsfrist fra modeloverenskomsten, når en sådan tidsfrist ikke er indeholdt i den pågældende overenskomst²¹. I OECDs kommentarer til artikel 25 er imidlertid i punkt 17 angivet, at de kontraherende stater kan undlade artikel 25, stk. 1, 2. punktum, såfremt de er enige om at deres respektive nationale regler automatisk finder anvendelse på anmodninger om en gensidig aftale, og disse nationale regler er mere favorable for de pågældende skatteydere, enten fordi de tillader en længere tidsfrist, eller fordi de ikke sætter en tidsfrist for sådanne tilfælde. Dette spørgsmål om, hvorvidt de nationale tidsfrister kan anvendes, hvor den pågældende overenskomst ikke indeholder en tidsfrist, har været rejst i dansk praksis, men der foreligger ikke offentliggjorte afgørelser herom²².

2.3. Beskatning i strid med overenskomstens bestemmelser

Det er en betingelse for at indlede den gensidige aftaleprocedure, at skatteyderen kan vise eller sandsynliggøre en beskatning, som ikke er i overensstemmelse med bestemmelserne i den pågældende overenskomst. Denne betingelse er behandlet i punkt 7-12 i OECDs kommentarer. Det er ikke nødvendigt, at beskatningen er sket, idet bestemmelsen finder anvendelse, såfremt en foranstaltning truffet af et af de to lande vil medføre en beskatning i strid med bestemmelserne i overenskomsten. I OECDs kommentarer er endvidere angivet, at bestemmelsen omfatter juridisk såvel som økonomisk dobbeltbeskatning, samt at en dobbeltbeskatning ikke er nødvendig. Et eksempel på en beskatning i strid med en af overenskomstens bestemmelser, men hvor der ikke foreligger dobbeltbeskatning, er givet i punkt 11 i OECDs kommentarer. Dette er tilfældet, hvor et land beskatter en særlig indkomst, som overenskomsten giver den anden stat en eksklusiv beskatningsret til, selv om det sidstnævnte land er ude af stand til at gøre brug af beskatningsretten på grund af manglende national lovhjemmel. Begreberne juridisk og økonomisk dobbeltbeskatning er ikke klart afgrænsede begreber, men det væsentlige er, at juridisk

²¹⁾ Niels Winther-Sørensen, *Skatteretten* 3 (2000), s. 50.

²²⁾ I forbindelse med udarbejdelsen af min ph.d.-afhandling om "Internationale dobbeltbeskatnings-tvister", vil jeg få lejlighed til at undersøge dette spørgsmål nærmere, idet jeg blandt andet vil undersøge Told- og Skattestyrelsens praksis vedrørende artikel 25.

dobbeltbeskatning opstår, hvor den samme indkomst beskattes to gange hos den samme skatteyder. Denne dobbeltbeskatning opstår typisk ved en kombination af fuld skattepligt til et land og begrænset skattepligt til et andet land²³. Økonomisk dobbeltbeskatning opstår, hvor den samme indkomst beskattes to gange, men hos to forskellige skatteydere. Denne dobbeltbeskatning opstår typisk ved koncerninterne transaktioner på tværs af landegrænserne (transfer pricing).

I Sverige er det for national ret et princip for anlæggelsen af en sag, at den omhandlede beskatning skal være sket²⁴. Dette princip stemmer imidlertid ikke overens med OECDs kommentarer, hvorefter en anmodning om en gensidig aftale kan indgives allerede ved en foranstaltning, der vil medføre en beskatning i strid med bestemmelserne i overenskomsten. Da Sverige lægger vægt på OECDs modeloverenskomst med kommentarer ved fortolkningen af svenske overenskomster²⁵, vil en anmodning formentlig kunne indgives på et tidligere tidspunkt. I Sverige behandles transfer pricing problemer, dvs. økonomisk dobbeltbeskatning, under artikel 25.

I Tyskland kan den foranstaltning, der udløser en anmodning om en gensidig aftale, være en forhåndsbesked fra skattemyndighederne²⁶. I Tyskland såvel som i Storbritannien er indsigelser, begrundet i økonomisk dobbeltbeskatning, omfattet.

I Danmark har der så vidt vides ikke været eksempler på skatteydere, der, efter at have modtaget en bindende forhåndsbesked i Danmark, anmoder om en gensidig aftale. Såfremt der i en bindende forhåndsbesked var anlagt en fortolkning af en overenskomstbestemmelse, og skatteyderen var vidende om, at det andet land ved behandlingen af samme overenskomstbestemmelse anlagde en fortolkning, der ville føre til det modsatte resultat, ville det være en god idé at anmode om en gensidig aftale. Et sådant tilfælde synes at falde indenfor bestemmelsens ordlyd samt at stemme overens med OECDs kommentarer. Endvidere er det som nævnt accepteret i Tyskland. Årsagen til at der endnu ikke har været eksempler (offentliggjorte) herpå i Danmark kan være, at skattemyndighederne vil være tilbageholdende med at investere tid og ressourcer i en sag, der alene eventuelt vil opstå.

²³) Niels Winther-Sørensen, *Skatteretten* 3 (2000), s. 28, hvor dobbeltbeskatningen benævnes international dobbeltbeskatning. Se nærmere herom hos Aage Michelsen, *International skatteret* (1996), s. 23 ff, hvor det diskuteres, hvad der skal forstås ved international dobbeltbeskatning.

²⁴) Mattias Dahlberg, *National rapport* s. 7.

²⁵) Mattias Dahlberg, *National rapport* s. 3.

²⁶) Johannes Bassler, *National rapport* s. 4.

I relation til transfer pricing sager er det i Ligningsvejledningen for 2000, S.I.2.15., angivet, at den gensidige aftaleprocedure kan anvendes, såfremt en udenlandsk skattemyndighed har foretaget en regulering (forhøjelse) vedrørende en kontrolleret transaktion, og den skatteansættende myndighed i Danmark afviser at foretage en tilsvarende regulering (korresponderende nedsættelse). Skattemyndighederne anser således økonomisk dobbeltbeskatning, der opstår i relation til transfer pricing problemer, for omfattet af artikel 25. Skattemyndighederne har i praksis indledt en gensidig aftaleprocedure i en sag, hvor der ikke var tale om en dobbeltbeskatning. Sagen vedrørte ikke-diskrimineringsbestemmelsen i dobbeltbeskatningsoverenskomsten mellem Danmark og Færøerne, hvorfor var tale om en beskatning, der kunne være i strid med bestemmelserne i overenskomsten²⁷.

2.4. Told- og Skattestyrelsens reaktion

De kompetente skattemyndigheders reaktionsmuligheder overfor en anmodning om en gensidig aftale er behandlet i punkt 19-24 i OECDs kommentarer. Den gensidige aftaleprocedure er inddelt i to stadier.

Det første stadium foregår mellem skatteyderen og de pågældende kompetente skattemyndigheder i det land, hvor han er hjemmehørende (undtagen hvor sagen hører under artikel 24). Såfremt denne kompetente myndighed finder, at skatteyderens indsigelse er berettiget og skyldes en foranstaltning foretaget i dette land, skal skatteyderens problem løses hurtigst muligt. Det kan være nyttigt at udveksle informationer eller synspunkter med den anden kompetente myndighed, eksempelvis med henblik på at bekræfte en given fortolkning af overenskomsten.

Såfremt den kompetente myndighed er af den opfattelse, at beskatningen i strid med overenskomstens bestemmelser skyldes en foranstaltning truffet i det andet land, skal den sætte den gensidige aftaleprocedure i gang. En anmodning fra en skatteyder skal alene afvises med god grund. Såfremt der tillige er anlagt en retssag efter nationale regler, skal resultatet fra denne retssag ikke afventes, idet den kompetente myndighed skal afgøre, om sagen er egnet for en gensidig aftaleprocedure, samt hvorvidt den kompetente myndighed selv kan løse skatteyderens problem, eller sagen skal videregives til den anden kompetente myndighed.

Såfremt der er afsagt en dom i det land, hvor skatteyderen er hjemmehørende, kan skatteyderen alligevel ønske at anmode om en gensidig aftale. I nogle lande vil de kompetente myndigheder kunne indgå en aftale, der afviger fra domstolsafgørelsen. I andre lande vil de kompetente myndigheder være bundet af denne afgørelse. I de

²⁷⁾ TIS 1994, 539.

sidstnævnte tilfælde vil de kompetente myndigheder dog kunne forelægge sagen for de kompetente myndigheder i det andet land, og anmode dem om at træffe foranstaltninger med henblik på at undgå dobbeltbeskatning.

I Tyskland forsøger de kompetente myndigheder først selv at nå frem til en løsning. Uanset de tyske skattemyndigheder ikke unilateralt kan nå frem til en tilfredsstillende løsning synes deres margin for at afvise at indlede en forhandling med det andet lands skattemyndigheder at være vid. Dette fremgår af en sag forelagt Bundesfinanzhof. Sagen vedrørte en person hjemmehørende i Tyskland, der havde etableret et holdingselskab i Schweiz med henblik på at drage fordel af de lavere skattesatser for udbytte i Schweiz. Holdingselskabet blev beskattet af udbyttet i Schweiz. Personen blev imidlertid tillige som følge af tyske anti-udnyttelsesregler beskattet personligt af udbyttet i Tyskland. De tyske skattemyndigheder afviste at forsøge at bistå med at afværge konsekvenserne af dette forsøg på lovlig skatteplanlægning. Ifølge Bundesfinanzhof måtte personen selv bære risikoen for at være omfattet af den pågældende bestemmelse²⁸. Der er mulighed for at anmode om en udsættelse med betalingen af skatten i forbindelse med indgivelse af en indsigelse.

I Storbritannien er der ingen officielle udtalelser eller offentliggjorte sager, hvoraf det kan udledes i hvilke tilfælde de kompetente myndigheder kan afvise at indlede en sag²⁹.

Såfremt Told- og Skattestyrelsen ikke er indstillet på at behandle en begrundet indsigelse efter proceduren i artikel 25, skal en sådan afvisning begrundes³⁰. Såfremt Told- og Skattestyrelsen vurderer, at skatteyderens indsigelse synes begrundet, forsøger de først selv at nå til en tilfredsstillende løsning. Såfremt beskatningen skyldes en urigtig anvendelse af overenskomstens bestemmelser, eller at de faktiske omstændigheder ikke var tilstrækkelige, således at beskatningen i strid med overenskomsten skyldes foranstaltninger i Danmark, genoptager Told- og Skattestyrelsen sagen. En uberettiget beskatning betales herefter tilbage og denne forrentes. Told- og Skattestyrelsens muligheder for at hjælpe skatteydere i de tilfælde, hvor der er sket beskatning i overensstemmelse med overenskomstens bestemmelser, men hvor det alligevel synes rimeligt at lempe denne beskatning

²⁸) BFH BStB1 II 82, p. 583, 587. Johannes Bassler, National rapport s. 9.

²⁹) Monuhar Ullah, National rapport s. 10.

³⁰) Forvaltningslovens § 22. En sådan afvisning kan indbringes for domstolene, jf. skattestyrelsesloven § 31, stk. 3. Afvisningen skal indbringes inden tre måneder efter, at afvisningen er sket.

(ekstraordinær lempelse), behandles nedenfor, idet denne mulighed principielt er ens, uanset om der er indgået en gensidig aftale eller ikke.

Såfremt Told- og Skattestyrelsen er af den opfattelse, at beskatningen - i strid med overenskomstens bestemmelser - skyldes foranstaltninger foretaget af skattemyndighederne i det andet land, retter de henvendelse til den kompetente myndighed i det pågældende land med henblik på at indlede den gensidige aftaleprocedure. Told- og Skattestyrelsen synes at være indstillet på at hjælpe skatteydere, der er blevet dobbeltbeskattet. I en sag vedrørende artikel 11, stk. 5, i overenskomsten mellem Danmark og Storbritannien rettede Told- og Skattestyrelsen henvendelse til de kompetente myndigheder i Storbritannien med henblik på at se, om der var mulighed for at ophæve dobbeltbeskatningen, uanset der i overenskomsten var taget forbehold for denne situation³¹. Det er imidlertid kun en meget lille andel af de konkrete aftaler, der offentliggøres, hvorfor det er svært at vurdere hvor ofte proceduren sættes i gang og endvidere, hvordan proceduren fungerer i praksis³².

3. Forløbet af den gensidige aftaleprocedure

Forløbet af den gensidige aftaleprocedure er behandlet i punkt 25-31 i OECDs kommentarer. I OECDs kommentarer er i punkt 25 angivet, at det er en procedure mellem to stater. I punkt 26 angives, at de to stater er forpligtede til at gøre deres bedste for at nå et resultat. De to stater er imidlertid ikke forpligtede til at nå et resultat.

I artikel 25, stk. 4, er angivet, at de kompetente myndigheder kan træde i direkte kontakt med hinanden, herunder gennem en fælles kommission, der består af dem selv eller deres repræsentanter, med henblik på indgåelse af en aftale i overensstemmelse med de foregående stykker. Stykke fire er behandlet i punkterne 38-44 i OECDs kommentarer. Heraf fremgår, at det ikke er nødvendigt at anvende de sædvanlige diplomatiske kanaler ved kontakten mellem de kompetente myndigheder. Endvidere er der mulighed for at etablere en fælles kommission, der frit kan sammensættes og følge de procedureregler, som landene måtte ønske. Såfremt en kommission etableres, skal skatteyderen imidlertid sikres ret til at blive hørt og ret til at rådføre sig med en advokat. Forevisning for skatteyderen eller dennes repræsentant af akterne i sagen synes imidlertid ikke berettiget under hensyn

³¹⁾ TFS 1994, 536. Det lykkedes dog ikke ved forhandlingerne at løse problemet.

³²⁾ Tidligere er de danske skattemyndigheder blevet beskyldt for alene at forhandle på skråmt, Strobel i SpO 1984, 274 og 1985, 67 og Jonna Sneum i SpO 1985, 21 og 68.

til procedures særlige karakter. I Danmark er der imidlertid aldrig etableret en sådan kommission i forbindelse med en gensidig aftaleprocedure.

Der er ikke fastsat særlige regler i Danmark for forløbet af den gensidige aftaleprocedure. Det er Told- og Skattestyrelsen, der forestår den gensidige aftaleprocedure. I nogle tilfælde retter Told- og Skattestyrelsen skriftlig henvendelse til den pågældende udenlandske skattemyndighed og sagen kan måske løses ved skriftveksling alene. I andre tilfælde kræves et eller flere møder. Nogle sager kan måske løses helt uformelt når de kompetente myndigheder alligevel mødes til OECD-møder eller i forbindelse med genforhandling af den pågældende overenskomst.

3.1. Skatteyderes rettigheder

I OECDs kommentarer er det ikke angivet, hvilke rettigheder en skatteyder har i en gensidig aftaleprocedure.

I Storbritannien er skatteydere alene givet en begrænset rolle i en konkret gensidig aftaleprocedure. Skatteydere vil blive informeret om sagens udvikling og opfordret til at supplere med information, som kan føre til sagens løsning³³.

I Tyskland betragtes skatteyderen ikke som værende part i en gensidig aftaleprocedure og han tillades derfor ikke aktindsigt, partshøring m.v. Dette har været kritiseret i Tyskland, hvorfor de tyske skattemyndigheder informerer skatteyderen om sagens udvikling, særligt om den fælles rapport om de faktiske omstændigheder og skatteyderen gives endvidere på ethvert tidspunkt adgang til at tilkendegive hans holdning til de rejste problemer, personligt såvel som ved en repræsentant³⁴.

I dansk forvaltningsret er det afgørende for afgrænsningen af en persons rettigheder, hvorvidt personen må anses for værende en part i den sag, hvor der skal træffes afgørelse. Forvaltningsloven indeholder ikke en nærmere definition af partsbe-

³³⁾ Angivet i "Administrative Arrangements for the implementation of the mutual agreement procedure between the U.K. and the U.S.A." offentliggjort i Inland Revenue Press Release, 13/11 2000 (www.inlandrevenue.gov.uk), der angiveligt illustrerer, at der er sket en ændring af skatteyderens rolle. Skatteyderen har tidligere slet ikke været nævnt. Monuhar Ullah, National rapport s. 9.

³⁴⁾ Johannes Bassler, National rapport s. 9.

grebet³⁵. Ombudsmanden har imidlertid haft lejlighed til at vurdere om en person skal anses for værende en part i en gensidig aftaleprocedure³⁶. Ombudsmanden udtaler her, at “den, der har en væsentlig individuel - personlig eller økonomisk interesse i sagens udfald må herefter anses for part”. Endvidere udtales “initiativet til at rejse en dobbeltbeskatningssag tilkommer efter artikel 21 (25) en person, der er eller vil blive undergivet dobbeltbeskatning. En sådan person må efter det ovenfor anførte om de almindelige forvaltningsretlige regler utvivlsomt anses for part.” Ombudsmanden overvejer herefter, hvorvidt sagen kan opdeles i to dele - en national lempelsessag og en international forhandlingssag, men afviser en sådan opdeling. Personen havde således adgang til aktindsigt efter forvaltningslovens § 9, ret til at blive hørt efter forvaltningslovens § 19 og ret til at udsætte sagen efter forvaltningslovens § 21 med henblik på at fremkomme med en udtalelse.

Endvidere udtaler ombudsmanden i relation til reglerne om aktindsigt, at der ikke i en sag om dobbeltbeskatning kunne være afgørende hensyn af den i forvaltningsloven § 15, stk. 1, nr. 2, omhandlede art, dvs. afgørende hensyn til rigets udenrigspolitiske eller udenrigsøkonomiske interesser, herunder forholdet til fremmede magter eller mellemfolkelige institutioner. Såfremt der kunne påvises en konkret, nærliggende risiko for skatteunddragelse af ikke ubetydeligt omfang kunne forvaltningsloven § 15, stk. 1, nr. 4, finde anvendelse, hvorefter adgangen til aktindsigt kunne begrænses.

Told- og Skattestyrelsen tillader i praksis skatteydere de rettigheder, som ombudsmanden angiver i denne sag. Dette er ikke sædvanligt. Blandt de lande, der var repræsenteret i den tidligere nævnte konference om “Arbitration Procedures in Tax Treaty Law” (note 1) var det alene i Ungarn og Italien, at skatteydere formentlig ville have lignende rettigheder³⁷. I begge disse lande var rettighederne ligesom i Danmark baseret på generelle, interne forvaltningsretlige regler.

3.2. Told- og Skattestyrelsens muligheder for at indgå gensidige aftaler

De kompetente myndigheders indgåede gensidige aftaler skal være i overensstemmelse med overenskomstens bestemmelser.

³⁵⁾ Jens Garde m.fl., Forvaltningsret - Sagsbehandling, (2001), s. 171.

³⁶⁾ FOB 1992, 238. Kort gengivet i TFS1993, 503.

³⁷⁾ Der var udarbejdet national rapport om Østrig, Belgien, Storbritannien, Tyskland, Sverige, Finland, Frankrig, Grækenland, Ungarn, Italien, Luxembourg, Norge, Portugal, Danmark, Letland og Den Tjekkiske Republik.

I OECDs kommentarer antages i punkt 27, at de kompetente myndigheder - i lighed med internationale voldgiftssager - subsidiært kan tage hensyn til rimelighedsbetragtninger med henblik på at løse en skatteydere problem. Af punkt 45 og 46 fremgår, at indgåelsen af en gensidig aftale i høj grad afhænger af de beføjelser, som den nationale lovgiver giver de kompetente myndigheder til at indgå et kompromis. Hvis således en overenskomst fortolkes eller anvendes forskelligt i to lande og disse ikke er i stand til at nå til en fælles aftale inden for rammerne af en gensidig aftaleprocedure, er dobbeltbeskatning stadig mulig, skønt dette er i modstrid med meningen og formålet med en overenskomst, der sigter på at undgå dobbeltbeskatning. Det udtales endvidere, at det er vanskeligt at undgå denne situation uden at gå udenfor rammerne af den gensidige aftaleprocedure.

I Storbritannien blev der indført nye regler med virkning fra 28. juli 2000³⁸. Inland Revenue blev givet nye beføjelser fra denne dato med virkning for sager præsenteret efter 28. juli 2000. Formålet med de nye regler er at præcisere, at en anmodning om en gensidig aftaleprocedure ikke skal betragtes som en national indsigelse mod en skatteansættelse. I de nye regler indført med virkning fra juli 2000 er det fastsat, at de engelske skattemyndigheder skal effektivere en unilateral løsning eller gensidig aftale "notwithstanding anything in any enactment". En gensidig aftale skal således effektiviseres uanset en modstridende lovbestemmelse. De engelske skattemyndigheders mulighed for at indgå og gennemføre gensidige aftaler er således vidtgående.

I tysk ret findes en bestemmelse, hvorefter en uretfærdig beskatning i en konkret sag kan give adgang for en eftergivelse af den pågældende skat³⁹. Denne bestemmelse kan anvendes, hvor den skete beskatning rammer uventet hårdt, dvs. hvor lovgiver ikke kunne forudse at anvendelsen af en bestemmelse ville medføre en sådan beskatning. Bestemmelsen skal balanceres overfor et krav om ligebehandling af skatteydere, men kan formentlig anvendes til at give ekstraordinær lempelse i de sager, hvor kombinationen af nationale og internationale skatteregler medfører en beskatning, der ikke var tilsigtet. Skattemyndighederne er ikke forpligtet til at anvende denne bestemmelse.

Told- og Skattestyrelsens muligheder for at indgå gensidige aftaler er som udgangspunkt begrænset af nationale regler, herunder en eventuel afsagt domstolsafgørelse i den pågældende sag⁴⁰. For nærmere at fastlægge grænserne for disse muligheder

³⁸⁾ Section 815 AA Taxes Act 1988. Monuhar Ullah, National rapport s. 14f.

³⁹⁾ Ss. 163, 227 AO. Johannes Bassier, National rapport s. 7.

⁴⁰⁾ I et sådant tilfælde er det formentlig mindre sandsynligt at Told- og Skattestyrelsen vil være indstillet på at løse dobbeltbeskatningsproblemet, jf. Jan Pedersen, Transfer Pricing - i

er det relevant at undersøge, hvorvidt en gensidig aftale kan skærpe den beskatning, der følger af de nationale regler sammenholdt med overenskomstens regler. Endvidere er det relevant at undersøge, hvorvidt der kan ske en lempelse af den beskatning, der følger af de nationale regler sammenholdt med overenskomstens bestemmelser.

En dobbeltbeskatningsoverenskomst kan aldrig i sig selv medføre en skærpet beskatning i forhold til den beskatning, der følger af de nationale regler⁴¹. En konkret gensidig aftale kan ikke begrænse den beskyttelse en dobbeltbeskatningsoverenskomst giver den enkelte borger⁴². En konkret gensidig aftale kan således ikke føre til en skærpelse af den beskatning, der følger af interne danske regler sammenholdt med overenskomstens bestemmelser.

Ifølge dansk ret kræver en lempelse, der følger af en rimelighedsbetragtning, at der kan findes støtte herfor i en lovbestemmelse. Dette skyldes grundlovens § 43, hvorefter ingen skat kan pålægges, forandres eller ophæves uden ved lov.

Der er ikke helt enighed om, hvor dette lovgrundlag skal findes. Det har været anført, at en artikel 25 i overenskomsten var tilstrækkelig hjemmel til en lempelse, hvor overenskomsten var gennemført ved lov⁴³. Dette kan imidlertid ikke antages, idet bestemmelsen alene giver hjemmel til at undgå en beskatning, der ikke er i overensstemmelse med overenskomsten. Kildeskatteloven § 73D er derfor et bedre forslag, idet denne giver hjemmel for, at skatteministeren, når forholdene i ganske særlig grad taler derfor, kan eftergive eller give henstand med skatter, som personer, selskaber, foreninger m.v. er pålagt eller har skullet indeholde⁴⁴. Kildeskatteloven § 73D skal efter sin ordlyd kun anvendes i særlige tilfælde, men bestemmelsen er

international skatteretlig belysning (1998), s. 290.

⁴¹⁾ Tidligere blev dobbeltbeskatningsoverenskomster indgået med hjemmel i en bemyndigelseslov. Fra 1994 gennemføres alle dobbeltbeskatningsoverenskomster ved lov. Af bemærkningerne til ophævelsen af bemyndigelsesloven fremgår, at en dobbeltbeskatningsoverenskomst hverken før eller efter ophævelsen kan skærpe en dansk beskatning. Det fremgår eksempelvis tillige af de almindelige bemærkninger til tiltrædelsesloven til dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Tyskland, at overenskomsten alene kan nedsætte beskatningen (Lov nr. 492 af 12. juni 1996).

⁴²⁾ Niels Winther-Sørensen, *Skatteretten* 3 (2000), s. 67.

⁴³⁾ Jan Pedersen, *Transfer Pricing - i international skatteretlig belysning* (1998), s. 292. Aage Michelsen, *International Skatteret* (1996), s. 348, tvivler på om der er noget internt hjemmelsgrundlag.

⁴⁴⁾ Niels Winther-Sørensen, *Skatteretten* 3 (2000), s. 68.

ikke begrænset til at finde anvendelse ved økonomisk trang⁴⁵. Denne betingelse må imidlertid anses for opfyldt i disse tilfælde, hvor dobbeltbeskatningen er opstået uanset der foreligger en dobbeltbeskatningsoverenskomst og de kompetente myndigheder har forsøgt ved aftale at eliminere denne dobbeltbeskatning. Bestemmelsen omhandler alene pålignede skatter eller skatter, der har skullet indeholdes. Såfremt den gensidige aftale omhandler en bindende forhåndsbesked vil bestemmelsen vanskeligt kunne anvendes⁴⁶. Endvidere er det tvivlsomt om bestemmelsen kan anvendes, hvor skatterne allerede er betalt.

I de tilfælde, hvor der ikke kan opnås enighed om en gensidig aftale, kan Told- og Skattestyrelsen overveje, om de vil eftergive den danske beskatning efter kildeskattelovens § 73 D.

3.3. Tidsfrist m.v.

I artikel 25, stk. 2, 2. punktum, er angivet, at enhver indgået aftale skal gennemføres uanset enhver tidsfrist i den interne lovgivning i de kontraherende lande. I OECDs kommentarer suppleres i punkt 28, hvoraf det fremgår at denne sidste sætning er indsat for at give lande med nationale tidsfrister for skatteansættelse og tilbagebetalinger af skat mulighed for at fravige disse nationale tidsfrister og gennemføre en gensidig aftale. Såfremt en sådan fravigelse ikke harmonerer med de nationale regler, kan en tidsfrist indsættes.

I punkt 31 i OECDs kommentarer er det angivet, at det er sædvanligt, at skatteydere skal acceptere en gensidig aftale, forinden denne implementeres. Endvidere kan den gøres betinget af, at skatteyderen trækker et søgsmål tilbage for så vidt angår de punkter, hvorom der er opnået enighed i den gensidige aftale.

I Storbritannien skal skatteyderne ikke acceptere en gensidig aftale, og der er ingen tidsfrist for gennemførelsen af sådanne aftaler⁴⁷.

⁴⁵) Kildeskatteloven § 73D erstattede i 1989 statsskattelovens § 37, men udvidede samtidig anvendelsesområdet. I betænkningen til lovforslaget er det endvidere angivet, at "Eftergivelse efter § 73D kan eksempelvis meddeles, uanset at der ikke foreligger en økonomisk trangssituation."

⁴⁶) Niels Winther-Sørensen, Skatteretten 3 (2000), s. 69, foreslår, at lempelsen fastsættes ved et skøn eller at der ydes delvis lempelse.

⁴⁷) Monuhaar Ullah, National rapport s. 18f.

I Sverige er det praksis at udsætte en gensidig aftaleprocedure indtil en verserende national retssag om det samme problem er blevet endeligt afgjort af nationale domstole eller af skattemyndighederne⁴⁸.

I Tyskland skal skatteydere acceptere en gensidig aftale og er tillige forpligtet til at trække et eventuelt søgsmål vedrørende den gensidige aftale tilbage samt frafalde øvrige klagemuligheder⁴⁹.

Danmark forsøger ikke at indsætte tidsfrister i de overenskomster, der indgås. Told- og Skattestyrelsen kræver ikke en formel accept af en gensidig aftale. Endvidere er Told- og Skattestyrelsen indstillet på at indlede en gensidig aftaleprocedure, uanset en verserende klage efter skattestyrelsesloven eller en anlagt retssag.

3.4. Særligt vedrørende transfer pricing sager

Committee on Fiscal Affairs har givet en række anbefalinger vedrørende transfer pricing spørgsmål, der behandles under den gensidige aftaleprocedure, jf. punkt 29 i OECDs kommentarer. Det anbefales her, at skattemyndighederne bør underrette skatteydere så tidligt som muligt såfremt de påtænker at gennemføre en transfer pricing regulering. De kompetente myndigheder skal udvise fleksibilitet ved kommunikationen med hinanden og skal give skatteyderne en rimelig adgang til at forelægge relevante fakta og argumenter. Endvidere anbefalede de generelt vedrørende den gensidige aftaleprocedure (i punkt 31), at formaliteter bør holdes på et minimum, at sager skal afgøres individuelt og at de kompetente myndigheder bør, når det findes hensigtsmæssigt, formulere og offentliggøre nationale regler, retningslinier og procedurer for anvendelsen af den gensidige aftaleprocedure.

4. Virkningen af en gensidig aftale

OECDs kommentarer indeholder ikke megen hjælp med hensyn til virkningen af en gensidig, konkret aftale. I punkt 24 i OECDs kommentarer er det omtalt, hvorvidt en national domstolsafgørelse kan fraviges ved en gensidig aftale. Den omvendte situation, dvs. hvorvidt en gensidig aftale skal følges i en efterfølgende domstolssag, er derimod ikke omtalt.

⁴⁸⁾ Mattias Dahlberg, National rapport s. 7.

⁴⁹⁾ Johannes Bassler, National rapport s. 11.

I Storbritannien antages, at de nye regler indført i juli 2000 betyder, at domstolene vil være bundet af en konkret gensidig aftale⁵⁰.

I Tyskland er domstolene ikke bundet af en gensidig aftale, men denne indgår som et fortolkningsbidrag, jf. Wienerkonventionen artikel 31, stk. 2. Domstolene er angiveligt villige til at følge en fornuftig fortolkning af en overenskomstbestemmelse foretaget af de kompetente myndigheder⁵¹.

I Danmark kan den skatteyder, der anmodede om en gensidig aftale, normalt regne med, at Told- og Skattestyrelsen vil følge denne aftale. Såfremt den danske beskatning skal korrigeres, genoptager Told- og Skattestyrelsen sagen og overskydende skat betales tilbage. I andre sager, der omhandler tilsvarende spørgsmål, vil det bero på en konkret vurdering, hvorvidt fakta og omstændigheder i disse sager minder så meget om den pågældende sag, at de kan behandles ens. Eftersom alene et fåtal af de gensidige aftaler offentliggøres, kan der være en risiko for, at skatteyderen ikke er klar over at et tilsvarende problem har været genstand for en gensidig aftale. I Tyskland offentliggøres de konkrete gensidige aftaler aldrig, hvilket angiveligt skyldes at de tyske skattemyndigheder ikke er interesseret i, at de skal danne præcedens.

Skatteyderen kan fortsat vælge at prøve sagen ved de relevante nationale instanser. Denne mulighed kan være relevant, såfremt skatteyderen ikke er enig i den indgåede aftale, eksempelvis fordi han er af den opfattelse, at han skal beskattes i land A, der har en lavere skattesats for den pågældende indkomst end land B, der er det land, som de kompetente myndigheder mener, at han skal beskattes i. Såfremt skatteyderen vælger at klage til Landsskatteretten, er det spørgsmålet, om de vil lægge den gensidige aftale til grund. I denne situation vil det være skattemyndighederne, der påberåber sig en gensidig aftale til skade for en skatteyder. Aftalen antages alene at være af præciserende karakter, dvs. den præciserer en af flere mulige fortolkningsmuligheder, hvorfor den må antages at være folkeretligt bindende. I denne situation indgår den folkeretlige aftale blot som et fortolkningsbidrag, jf. wienerkonventionens artikel 31, stk. 3, litra a⁵². De fortolkningsprincipper, som kan anvendes for de generelle, gensidige aftaler, antages tilsvarende at finde anvendelse for konkrete, gensidige aftaler. I denne situation kan man eventuelt stille

⁵⁰⁾ Monuhar Ullah, National rapport s. 17.

⁵¹⁾ Johannes Bassler, National rapport s. 10f.

⁵²⁾ Niels-Winther Sørensen, Skatteretten 3 (2000), s. 63, hvor virkningen af de generelle, gensidige aftaler behandles. Niels Winther-Sørensen lægger vægt på hvorvidt de gensidige aftaler må anses for at være folkeretligt bindende. I forhold til skatteyderne er det afgørende, hvorvidt de generelle, gensidige aftaler er kundgjort i Lovtidende.

spørgsmålstegn ved, hvorvidt det er rimeligt at en konkret gensidig aftale får virkning for en skatteyder, når han ikke - af gode grunde - kendte til denne aftale på det tidspunkt, hvor han foretog den disposition, som giver anledning til den gensidige aftale. I denne situation må man stole på, at Landsskatteretten vælger den "rigtige" fortolkning, hvor den gensidige aftale blot indgår som et fortolkningsbidrag blandt flere.

5. Opsummering og fremtidsperspektiver

Af ovenstående gennemgang af håndteringen af den gensidige aftaleprocedure i Danmark fremgår, at der er flere forhold, hvorom der ikke er helt klarhed. OECD har givet rammerne for proceduren, og reglerne anvendes i Danmark på en måde, der tager hensyn til skatteyderens interesser. Dette skyldes ikke mindst den danske anvendelse af de generelle forvaltningsretlige principper i forbindelse med den gensidige aftaleprocedure.

Det er imidlertid vanskeligt at vurdere, hvor velfungerende den gensidige aftaleprocedure egentlig er. Dette skyldes, at det alene er et fåtal af de konkrete gensidige aftaler, der offentliggøres. I Tyskland og Storbritannien offentliggøres konkrete, gensidige aftaler aldrig. De problemer, der oftest nævnes i relation til den gensidige aftaleprocedure er den lange sagsbehandlingstid, samt at de kompetente myndigheder ikke er forpligtet til at nå til en løsning. I OECDs kommentarer er i punkt 45 angivet, at den gensidige aftaleprocedure er det maksimale, som landene kunne blive enige om. I tilknytning til den gensidige aftaleprocedure er nævnt to alternativer, som kan være løsninger for fremtiden. Den ene er anvendelsen af vejledende udtalelser fra en uvildig trediepart, som eksempelvis kunne være Committee on Fiscal Affairs. Den anden mulige løsning er voldgift.

I relation til anvendelsen af vejledende udtalelser er dette blevet foreslået som en god løsning til at sikre en konsistent fortolkning af overenskomstbestemmelser med lignende indhold i de forskellige lande. Dette forslag omfattede etableringen af et panel bestående af personer, der var eksperter i anvendelsen af dobbeltbeskatningsoverenskomster⁵³. I en opstartsfasen kunne der etableres bilaterale paneler, der senere kunne smeltes sammen til et fælles multilateralt panel. Til en start skulle der endvidere alene være adgang for domstole og kompetente myndigheder til at forelægge spørgsmål for panelet. Senere kan denne adgang udvides til at omfatte skatteydere og lokale skattemyndigheder. Endvidere kan adgangen omfatte poten-

⁵³⁾ Kees van Raad, "International Coordination of Tax Treaty Interpretation and Application", i Staaten und Steuern - Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag.

tielle konfliktspørgsmål, dvs. svarende til vores nationale bindende forhåndsbesked.

Voldgift som løsning på en resultatløs forhandling om en gensidig aftale er allerede indsat i flere overenskomster, jf. eksempelvis overenskomsten mellem Sverige og Tyskland fra 1992. I denne overenskomst skal man være enige om at anvende voldgift. Tyskland har indgået to øvrige overenskomster med frivillig voldgift som løsning på en resultatløs forhandling om en gensidig aftale, nemlig overenskomsterne med Frankrig og USA. Ingen af disse voldgiftsbestemmelser har imidlertid endnu været anvendt. Der er flere lande, der vælger at anvende voldgiftsbestemmelser. Disse bestemmelser bliver tilsyneladende ikke anvendt, hvorfor det kunne se ud som om truslen om, at der kan nedsættes et voldgiftsudvalg, er nok til at få landene til at løse deres problemer.

I voldgiftskonventionen fra 1990, der havde virkning fra 1. januar 1995, er der indeholdt en procedure lig den konkrete, gensidige aftaleprocedure. Såfremt denne procedure er resultatløs skal der imidlertid nedsættes et rådgivende udvalg, hvis udtalelse bliver bindende, såfremt de kompetente myndigheder heller ikke herefter kan finde en løsning. Voldgiftskonventionen finder anvendelse for transfer pricing reguleringer indenfor EU⁵⁴. I disse tilfælde er voldgift obligatorisk. I Danmark har der endnu ikke været nedsat et rådgivende udvalg.

Tyskland og Østrig har indgået en dobbeltbeskatningsoverenskomst, hvorefter det er obligatorisk at præsentere sagen for EF-domstolen, såfremt der ikke kan opnås en gensidig aftale forinden to år⁵⁵.

En anden løsning kunne være en øget anvendelse af den internationale domstol i Haag, der vil kunne pådømme tvister mellem to stater, men ikke mellem en stat og en borger⁵⁶. Denne løsning kræver imidlertid at de nationale klagemuligheder er

⁵⁴) Voldgiftskonventionen blev indgået for en periode på fem år, der udløb 31. december 1999. Medlemslandene er blevet enige om en forlængelse. Forlængelsen er gennemført i dansk ret ved lov nr. 171 af 15. marts 2000 og ratificeret i henhold til protokolens artikel 2. Det er imidlertid ikke alle lande, der har ratificeret, hvorfor forlængelsen endnu ikke er trådt i kraft.

⁵⁵) Der henvises til artikel 239 EFT. En tilsvarende bestemmelse er indeholdt i det udkast til en multilateral overenskomst, som er indeholdt i *Multilateral Tax Treaties - New Developments in International Tax Law* (1997), Michael Lang m.fl.

⁵⁶) Edwin van der Bruggen, "Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice in Tax Cases: Do We Already Have an "International Tax Court"?", *Intertax* 8/9 2001, s. 250-267.

forsøgt. Dette krav samt det forhold, at skatteyderen ikke selv har søgsmålsret kan imidlertid betyde, at skatteyderen ikke vil se denne mulighed som et fremskridt⁵⁷.

Der er overvejet mange løsninger, og enkelte lande er også gået i gang med at anvende alternativer, eller måske nærmere supplerende løsninger, til den gensidige aftaleprocedure. Ved vurderingen af disse er det væsentligt at huske, at landene er meget tilbageholdende med at afgive deres skatteretlige kompetence. En fælles, varig løsning med konsistent praksis, skabes nok bedst med små skridt. Dette kunne være etablering af et rådgivningspanel eller en frivillig voldgiftsbestemmelse indsat i OECDs modeloverenskomst.

⁵⁷⁾ Mario Züger, "Mutual Agreement and Arbitration Procedure in a Multilateral Tax Treaty", s. 171, i *Multilateral Tax Treaties - New Developments in International Tax Law* (1997), Michael Lang m.fl..

Straf i konkurrenceretten

af

Jens Fejø

Indledning

Med ikrafttrædelsen af 1997-Konkurrenceloven¹ den 1. januar 1998 indførtes i dansk ret strafferetlige sanktioner for konkurrenceretlige krænkelse. Efter den tidligere 1989-Konkurrencelov² havde der vel være mulighed for pålæg af bøder ved overtrædelse af visse af lovens forskrifter, men der var i den forbindelse alene tale om bøde for overtrædelse af ordensmæssige forskrifter, f.eks. anmeldelsespligt ved indgåelse af konkurrencebegrænsende aftaler eller om anmeldelsespligt efter anmodning fra Konkurrencerådets side. Derimod var der ikke tale om straf for

¹⁾ Der bestod dog et bodesanktioneret egentligt forbud mod at håndhæve aftaler m.v. om bindende videresalgspriser. Se herved 1989-Konkurrencelovens § 20, sammenholdt med § 14 (og tidligere Monopollovens § 22, sammenholdt med § 10). 1989-Konkurrencelovens § 20 bestemte eksempelvis således, at "Medmindre højere straf er forskyldt efter anden lovgivning, straffes med bøde den, der forsætligt eller groft uagtsomt: 1) overtræder § 5, stk 1 [...], og § 14, [...]". § 5 stk. 1 bestemte, at "Aftaler og vedtagelser, hvorved der udøves eller vil kunne udøves dominerende indflydelse på et markedsområde, skal anmeldes til Konkurrencerådet inden 14 dage efter, at den pågældende aftale eller vedtagelse er truffet", medens § 14 på sin side fastsatte, at "Virksomheder eller sammenslutninger m.v. må ikke aftale, vedtage, bestemme eller på anden måde betinge sig, at der ved videresalg i efterfølgende omsætningsled skal overholdes mindstepriser eller -avancer, medmindre Konkurrencerådet har godkendt depågældende aftaler mv. Godkendelse kan gives, når vægtige grunde taler herfor. [...]".

²⁾ Lbek. 114/1993.

overtrædelser, som kunne bestå i at foretage sig nogen konkurrenceskadelig handling som sådan³⁾.

Med 1997-Konkurrenceloven blev der imidlertid indført bøder⁴⁾ for overtrædelse af selve forbudet i lovens § 6 mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v. og fastlagt bøder for overtrædelse i form af et gentagent misbrug af en dominerende markedsstilling, "hvis den pågældende virksomhed inden for de seneste 5 år [havde] fået et påbud vedrørende et tilsvarende misbrug af dominerende stilling"⁵⁾.

De konkurrenceretlige bøder fastlægges af domstolene efter tiltalerejsning fra anklagemyndighedens side.

Med ændring af Konkurrenceloven i år 2000⁶⁾ udvidedes området for, hvornår bøde kan idømmes, idet der skete en ændring af bødemuligheden, når der foreligger en overtrædelse af forbudet efter § 11 mod misbrug af dominerende stilling, hvor der efter den 1. juli år 2002 er givet adgang til bøde allerede ved førstegangsovertrædelser⁷⁾. Der er også grund til at nævne, at der med indførelse af lovens § 23 om, at Konkurrencerådet påser overholdelsen af TEF artikel 81 og 82 ved lovændringen i år 2000, blev indføjet bestemmelser om straf for overtrædelse af TEF artikel 81 eller 82.

³⁾ Der bestod dog et bødesanktioneret egentligt forbud mod at håndhæve aftaler m.v. om bindende videresalgspriser. Se herved 1989-Konkurrencelovens § 20, sammenholdt med § 14 (og tidligere Monopollovens § 22, sammenholdt med § 10).

1989-Konkurrencelovens § 20 bestemte eksempelvis således, at "Medmindre højere straf er forskyldt efter anden lovgivning, straffes med bøde den, der forsættigt eller groft uagtsomt:

1) overtræder § 5, stk. 1 [...], og § 14, [...]", § 5 stk. 1 bestemte, at "Aftaler og vedtagelser, hvorved der udøves eller vil kunne udøves dominerende indflydelse på et markedsområde, skal anmeldes til Konkurrencerådet inden 14 dage efter, at den pågældende aftale eller vedtagelse er truffet", medens § 14 på sin side fastsatte, at "Virksomheder eller sammenslutninger m.v. må ikke aftale, vedtage, bestemme eller på anden måde betinge sig, at der ved videresalg i efterfølgende omsætningsled skal overholdes mindstepriser eller -avancer, medmindre Konkurrencerådet har godkendt de pågældende aftaler mv. Godkendelse kan gives, når vægtige grunde taler herfor. [...]"

⁴⁾ Der var og er naturligvis såvel efter den gamle 1989-lov som efter den gældende konkurrencelov hjemmel til at pålægge tvangsbøder eller bøder for overtrædelse af pålæg, udstedt af Konkurrencerådet efter de herom gældende bestemmelser i loven eller for manglende efterkommelse af at give lovligt krævede oplysninger, jf. således f.eks. 1997-Konkurrencelovens §§ 22 og 23, stk. nr. 4).

⁵⁾ 1997-Konkurrencelovens § 23, stk. 1, nr. 2).

⁶⁾ Lov 416/2000, nu sammenskrevet i Lbek 687/2000.

⁷⁾ Lbek 687/2000 § 23, stk. 1, nr. 4).

I forbindelse med de politiske forhandlinger i tilknytning til indførelse af fusionskontrol skete imidlertid tillige en "genbehandling" af spørgsmålet om sanktionerne for overtrædelse af Konkurrenceloven.

1997-Konkurrencelovens sanktionsbestemmelser

I lovbemærkningerne til 1997-loven blev det angivet, at det var hensigten, at indførelsen af et forbudsprincip i konkurrencelovgivningen skulle medføre en *væsentlig skærpelse af sanktionsniveauet* i forhold til 1989-konkurrenceloven.⁸

I Konkurrencelovsudvalgets betænkning 1297/1995 var det dog blevet oplyst⁹, at der kun i to tilfælde havde været gjort brug af straffebestemmelserne "i de senere år". I den ene sag drejede det sig om overtrædelse af leveringspåbud efter 1989-konkurrencelovens § 12, stk. 2, hvor sagen afsluttedes med vedtagelse af en bøde på 10.000,- kr., medens den anden sag drejede sig om en overtrædelse af 1989-konkurrencelovens § 14 om forbud mod bindende videresalgsmindstepriser, hvor sagen afsluttedes med vedtagelse af bøde på 2.500,- kr.

Det blev i lovbemærkningerne til 1997-loven udtalt, at "ved udmåling af bødestørrelsen i forbindelse med overtrædelser af forbudet i § 6, stk. 1, eller forbudet i § 11, stk. 1, skal der tages hensyn til størrelsen af en opnået eller tilsigtet økonomisk fordel i det omfang, denne fordel ikke er blevet konfiskeret. Konfiskation kan ske efter reglerne i straffeloven, når der foreligger et strafbart forhold".¹⁰

Derimod havde 1997-loven ikke – som det er tilfældet for bøder i EU-retten, hvor der kan pålægges bøder, som kan være betragtelige, nemlig bøde op til 1 mio. EURO eller op til 10% af de deltagende virksomheders samlede årsomsætning – fastsat noget bødemaksimum. Og i lovbemærkningerne hed det, at "Det er ikke fundet i overensstemmelse med dansk strafferetlig tradition at foreslå sanktioner på et niveau, der svarer til niveauet for bøderne for overtrædelse af EU-konkurrencereglerne, som bl.a. kan bestå i en vis procentdel af omsætningen. Det foreslås i stedet at give mulighed for at graduere bødens størrelse i forhold til den økonomiske fordel, som er opnået eller tilsigtet ved overtrædelser af forbudet i § 6, stk. 1, eller ved en overtrædelse af forbudet i § 11, stk. 1". Bemærkningerne påpegede herefter, at det kan være vanskeligt at fastsætte den indvundne eller tilsigtede fortjeneste i forbindelse med en overtrædelse af forbudet mod visse konkurrencebegrænsende

⁸⁾ FT 1996-97, Till.A side 3676, v.sp.

⁹⁾ Side 273.

¹⁰⁾ FT 1996-97, Till.A side 3677, v.sp.

aftaler m.v. eller forbudet mod misbrug af dominerende stilling, hvorved der henvistes til, at Kommissionens praksis vedrørende beregning af gevinst ville være vejledende.¹¹

Det kunne nok være tvivlsomt, hvad lovbemærkningerne sigtede til ved henvisningen til Kommissionens praksis vedrørende beregning af gevinst. Det er således ikke gjort til et kriterium for bodeudmålingen efter Rfo 17/62 artikel 15, hvilken gevinst de konkurrencebegrænsende virksomheder måtte have haft, og lovbemærkningerne indeholdt ingen referencer på dette punkt¹².

Lovbemærkningerne indeholdt på sin side forholdsvis præcise tilkendegivelser af, hvorledes der skulle foretages bedømmelse af en overtrædelses grovhed. Det blev således anført, at "ved bedømmelsen af en overtrædelses grovhed skal der tages hensyn til antallet og værdien af de varer eller tjenesteydelser, som overtrædelsen omfatter, samt antallet og størrelsen af de involverede virksomheder og som følge heraf den økonomiske virkning, som en konkurrencebegrænsende aftale m.v. eller misbruget af en dominerende stilling har haft på markedet. Herudover skal der tages hensyn til overtrædelsens varighed, ligesom forsøg på at hemmeligholde en konkurrencebegrænsende aftale for Konkurrencerådet kan anses for en skærpende omstændighed. For så vidt angår forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler m.v., skal hver enkelt af de deltagende virksomheder vurderes for sig, således at der ved udmåling af bøden tages hensyn til graden af deltagelse i aftalen og virksomhedens størrelse (omsætning)".¹³

Med den her citerede passus fra lovbemærkningerne må det nok med rimelighed kunne konstateres, at 1997- Konkurrencelovens intention var at lægge sig tæt op ad den praksis, der er gældende inden for EU-konkurrenceretten. Men det måtte anses for uafklaret, på hvilken måde de danske domstole ville følge sådanne retningslinier for strafudmålingen.

¹¹⁾ FT 1996-97, Till.A side 3677, v.sp.

¹²⁾ *Kirsten Levinsens Kommentar til Konkurrenceloven* (1. udg. 1998) henviser side 305 til *Eurocheque: Helsinki-aftalen*-beslutningen, 25.3.1992, EFT 1992 L 95/50, hvorfra der imidlertid næppe, grundet beslutningens blotte nævnelse af den samlede gevinst så længe aftalen havde foreligget, men ikke angivelse af de videre udregninger herfra, kan hentes nogen vejledning. I sagen blev det estimeret, at aftalen stort set havde indbragt den franske banksektor ca. 5 mio. ECU i form af gebyrer fra de handlende. Bøden til dem blev fastsat til 5. mio. ECU, men en række andre omstændigheder var herved tillige blevet inddraget i bodeudmålingen.

¹³⁾ FT 1996-97, Till.A side 3677 v.sp. nederst, h.sp. øverst.

Konkurrencelovsændringen i år 2000

Under forhandlingerne af forslaget til ændring af Konkurrenceloven i foråret 2000 fremsatte erhvervsministeren et ændret lovforslag¹⁴, som i betænkningen blev tiltrådt af et flertal i erhvervsudvalget. Det anføres i udvalgsbetænkningen, at:

”Når en virksomhed har overtrådt en af bestemmelserne i konkurrenceloven, kan Konkurrencestyrelsens direktør beslutte, at der skal rettes henvendelse til anklagemyndigheden med henblik på, at der rejses tiltale for overtrædelse af loven. Ved beslutningen om at oversende en sag til anklagemyndigheden indgår overtrædelsens grovhed i vurderingen. Dette gælder også, når den nye adgang til at straffe for førstegangsovertrædelse af konkurrencelovens forbud mod misbrug af dominerende stilling ønskes benyttet, jf. ændringsforslag nr. 17 (§ 23, stk. 1, nr. 4), idet kun grove førstegangsovertrædelser bør straffes.

Finder anklagemyndigheden, at den pågældende sag er egnet til at blive indbragt for domstolene, udarbejdes anklageskrift med nedlæggelse af bodpåstand.

Domstolene afgør herefter, om der foreligger en overtrædelse af loven, og om denne har været forsætlig eller groft uagtsom. I bekræftende fald er det ligeledes domstolene, der afgør bodens størrelse.

Efter strafbestemmelserne i den gældende lov kan bl.a. den, der forsætligt eller groft uagtsomt overtræder forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler, straffes med bode. En virksomhed, der forsætligt eller groft uagtsomt misbruger en dominerende stilling, kan ligeledes straffes med bode. Efter den gældende lov er det dog en betingelse, at den pågældende virksomhed inden for de seneste fem år har fået et påbud vedrørende et tilsvarende misbrug af en dominerende stilling.

Ændringsforslaget medfører, at der indføres bødestraf for overtrædelse af vilkår, indeholdt i en fritagelse efter § 8, stk. 3. Endvidere foreslås der efter den 1. juli 2002 indført bødestraf første gang en eller flere virksomheder overtræder forbudet mod misbrug af en dominerende stilling i § 11, stk. 1. [...] Overtrædelse af visse af bestemmelserne om fusionskontrol samt af bestemmelserne i lovforslagets nr. 25 (§ 23 a) om artikel 81 og 82 i EF-traktaten foreslås ligeledes at kunne straffes med bode.

Betænkningen kom herefter ind på selve *bodeniveauet*, skønt dette ikke havde relation til nogen af ændringsbestemmelserne i lovforslaget. Den eneste forklaring på dette synes således at have været, at det fra politisk side måtte have været et ønske – vel som kompensation for at gå med til indførelse af fusionskontrol og at strafsanktionere førstegangsovertrædelser af misbrug af dominerende stilling – at ”mildne” bodeniveauet. Der blev i den forbindelse opereret med 3 forskellige former for overtrædelser, nemlig ”en mindre alvorlig overtrædelse”, ”en alvorlig overtræ-

¹⁴⁾ Det oprindeligt fremlagte lovforslag havde lagt op til en skærpelse af bodeniveauet, i hvilken forbindelse forslaget havde foretaget en gennemgang af EU-Kommissionens retningslinier for bøder, EFT 1998 C 9/3.

delse” og “meget alvorlige overtrædelser”. Det hed således videre i betænkningen (med mine fremhævelser):

“Generelt bør bodniveauet ved overtrædelse af konkurrenceloven følge danske retstraditioner for overtrædelser af erhvervslovgivning i øvrigt. Det må dog herved understreges, at der ikke findes ét bodniveau for overtrædelse af dansk erhvervslovgivning, men at bodniveauet varierer fra lov til lov, og at boden i den konkrete sag afhænger af en række forhold, herunder af overtrædelsens grovhed, varighed og af, om virksomheden tidligere har overtrådt de pågældende regler.

Ved udmåling af boder for overtrædelser af dansk lovgivning tages der i almindelighed udgangspunkt i en opnået eller tilsigtet økonomisk gevinst i det omfang, den kan beregnes, samt i overtrædelsens grovhed og varighed.

I de situationer, hvor der idømmes en bode, vil det i strafudmålingen indgå, om der er tale om en mindre overtrædelse, en alvorlig overtrædelse eller en meget alvorlig overtrædelse.

En mindre alvorlig overtrædelse kan være en konkurrencebegrænsende vertikal aftale med en beskeden virkning på det relevante marked. Eksempelvis en bestemmelse i en eneforhandlingsaftale, der forbyder eneforhandleren at levere til kunder uden for området, og som aldrig har været håndhævet. Et andet eksempel kan være en eksklusiv kobsforpligtelse for en forhandler, og som løber i mere end 5 år.

En alvorlig overtrædelse kan f.eks. bestå i en vertikal aftale vedrørende fastsættelse af bindende mindstepriser ved videresalg.

Et andet eksempel kan være en horisontal konkurrencebegrænsende aftale, hvor to producenter f.eks. i fællesskab har udviklet et produkt og i forbindelse hermed aftaler at afstå fra at konkurrere med hinanden ved salget af produktet. Endelig kan et misbrug af dominerende stilling være en alvorlig overtrædelse.

Som eksempel på de *meget alvorlige overtrædelser* kan nævnes pris- eller markedsopdelingskarteller, som omfatter de væsentligste aktører på markedet. Det kan også være tilfælde, hvor en virksomhed med en monopolstilling forsøger at fastholde denne ved en flæthed af misbrug.

Når det drejer sig om *varigheden* af overtrædelsen kan der sondres mellem en overtrædelse af kortere varighed (mindre end 1 år), mellemlang varighed (1-5 år) eller af lang varighed (over 5 år).

Bodebeløbet kan forhojes eller nedsættes, alt efter om der foreligger *skærpende eller formildende omstændigheder*.

Eksempler på skærpende omstændigheder er en eller flere virksomheders gentagne overtrædelser af samme art. forsøg på at hindre en undersøgelse og nægtelse af samarbejde med myndighederne, en ledende rolle eller rollen som initiativtager til

overtrædelsen, pression udøvet over for andre virksomheder eller en ulovlig merfortjeneste. Med henblik på at kombinere anvendelsen af bodeberegningen med princippet i *straffelovens § 51, stk. 3, om den skyldiges betalingssevne* bør det tilstræbes, at der i vurderingen af størrelsen af den endelige bodepåstand også indgår en vurdering af den pågældende virksomheds mulighed for at betale boden. I denne sammenhæng må det forventes, at der vil blive foretaget en vurdering af *virksomhedens soliditet* for at afgøre, om virksomhedens overlevelse trues. Udgangspunktet vil være, at der skal være tale om en følelig bodestraf¹⁵.

Trods de mange ord, måtte det stå som ganske usikkert, hvorhen man ville nå ved overtrædelser af Konkurrenceloven, når bestemmelserne skulle udmøntes i praksis fra domstolenes side. Det er vel naturligt at læse betænkningen, der ligger til grund for år 2000-lovændringen, således, at dens intention, sammenlignet med 1997-lovens forarbejder, var udtryk for en mildnelse af indstillingen til bødeniveauet. Et af problemerne var imidlertid, at heller ikke 1997-lovens forarbejder bidrog med nogen form for nærmere præcision.

Den første straffesag for domstolene

I september måned i år (2001) har en enkelt sag i det store el-kartel-kompleks¹⁵ været behandlet i en straffesag ved Retten i Nyborg. I sagen erkendte tiltalte sig skyldig i tiltalen og erklærede sig villig til at vedtage en bøde på 100.500 kr. Anklagemyndigheden opfattede tiltaltes erkendelse således, at tiltalte kunne erkende, at der var sket en koordinering af tilbudsgivningen med de virksomheder, der havde været nævnt i anklageskriftet, at tiltalte havde deltaget i koordinering i de licitationer, der havde været nævnt under punkterne 1-19 i anklageskriftet, og at tiltalte havde vundet to angivne licitationer¹⁶.

Efter at sagen havde været procederet fremkom retten med sine bemærkninger. Det fremgik heraf, at retten nøje havde overvejet den beregningsmåde for bøderne, som fremgik af et notat af 30. maj 2001 fra Statsadvokaten for Særlig Økonomisk Kriminalitet. Det hed herved:

“Det er rettens opfattelse, at de elementer, der indgår i bodeudmålingen kan tiltrædes således at forseelsens grovhed og varighed er afgørende for bdestørrelsen. Retten finder det endvidere rigtigt, at tiltaltes eventuelle fortjeneste ikke får indflydelse på bdestørrelsen, idet fortjenesten ikke lader sig fastlægge præcist og derfor åbner

¹⁵⁾ Under sagen havde Anklagemyndigheden oplyst, at der for tiden var anmeldt 357 virksomheder i sagskomplekset.

¹⁶⁾ Tiltalte kunne erkende disse forhold.

muligheder for skønmæssig afgørelse. Retten kan endvidere tiltræde notatets skærpende omstændigheder og formildende omstændigheder, idet retten finder det rigtigt at foretage en betydelig differenciering imellem de virksomheder, der ved kartelaftalen har fået mange licitationer og de virksomheder, der kun har fået ganske få. Det bør endvidere have betydning, hvor mange licitationer man har deltaget i, hvor der er sket tilbudskoordinering og retten kan derfor tiltræde den i notatet angivne fremgangsmåde. Endelig finder retten, at det i overensstemmelse med tankerne i straffelovens § 84, stk. 1, nr. 9, er rimeligt at give et nedslag i bode, såfremt virksomheden samarbejder med Konkurrencestyrelsen i forbindelse med opklaringen af sagskomplekser af den her omhandlede art.

På grundlag af bemærkningerne til konkurrenceloven finder retten, at notatets bundgrænse for bodeberegningen på 20.000 kr. er i overensstemmelse med lovens intentioner, ligesom den i notatet skitserede forholdsmæssige skærpelse af bode for de mest aktive virksomheder i tilbudskoordineringen findes rimelig.

Ved anvendelsen af notatets beregningsmåde finder retten, at tiltalte i denne sag bør have en bode på 71.500 kr. for overtrædelsens grovhed med tillæg for skærpende omstændigheder på 29.000 kr. (2 vundne licitationer + 19×1.000 kr.), således at den samlede bode bliver på 100.500 kr., der i overensstemmelse med Konkurrencestyrelsens skrivelse af 29. august 2001 reduceres på grund af formildende omstændigheder med 10%, således at den samlede bode kan godkendes med i alt 90.450 kr.”

Anklagemyndigheden erklærede sig indforstået med sagens afgørelse ved, at tiltalte vedtog en bode på 90.450 kr., medens tiltalte på sin side vedtog denne bode.

Ved læsning af citatet fra retsbogsudskriften bliver det klart, at bødeudmålingen er sket i nøje tilknytning til Statsadvokatens omtalte notat af 30. maj 2001. Af dette notat, der i øvrigt henviser til et ”baggrundsnotat af 18. januar 2001” om den strafferetlige behandling af konkurrencelovsovertrædelser, fremgik yderligere bl.a., at bødeudmålingen for ”de mest alvorlige” konkurrencelovsovertrædelser bør tage udgangspunkt i bødestørrelser på >500.000 kr. Endvidere at bødeudmålingen bør ske på baggrund af en vurdering af overtrædelsens grovhed, varighed, fortjeneste, skærpende og formildende omstændigheder, samt virksomhedernes betalingssevne. Som man ser, harmonerer dette godt med lovforarbejderne til år 2000-Konkurrenceloven. Lovforarbejderne har derimod ikke beskæftiget sig med størrelserne af bødebeløbene, og Statsadvokatens 30. maj-notat fremstår herved med det selvstændige bidrag, at Statsadvokaturen og Konkurrencestyrelsen har været enige om, at bøderne for de mest aktive elinstallatørvirksomheder som følge af de involverede værdier burde ligge i størrelsesordenen 3.000.000 kr., hvorved det også ville blive sikret, at der kan ske en passende spredning mellem top og bund. Statsadvokaturen

– men tilsyneladende ikke Konkurrencestyrelsen¹⁷ – har samtidig fundet det rimeligt, at der sættes en bundgrænse for bøderne til 20.000 kr. Selve bødeudmålingen gennemgås herpå i notatet med stillingtagen til betydningen af grovhed, varighed, fortjeneste, skærpende omstændigheder, formildende omstændigheder og betalings-evne. Hvad specielt angår betydningen af fortjeneste kan man hæfte sig ved, at Konkurrencestyrelsen har tilkendegivet, at det ikke er muligt at opgøre den økonomiske fordel for de involverede el-installationsvirksomheder som følge af tilbudskoordineringen, hvorfor Statsadvokaturen under hensyn hertil ikke har villet søge bøderne forhøjet på dette grundlag, idet Statsadvokaturens notat “dog” bemærker, at Konkurrencestyrelsen i notat af 17. maj 2001 har redegjort nærmere for el-kartellets effekt på bl.a. priserne for licitationsarbejder m.v.

Afslutning. Endnu en ændring af Konkurrenceloven?

Det er for tidligt af forudsige udfaldet, hvad angår eventuelle bøder, af den række af sager, som synes at være i pipelinen for domstolsbehandling. Det er imidlertid af betydelig interesse, at den omtalte første indenretligt behandlede sag ved sin stillingtagen til bødeudmålingen så klart har ladet sig lede ad Statsadvokatens omtalte notat. Retten har tilsyneladende ikke set på, endsige ladet sig inspirere af, de principper for bødeudmåling, som er kommet til udtryk inden for det EU-konkurrenceretlige system, hvor bøderne – som vel i henhold til Rådets forordning nr. 17 fra 1962 artikel 15, stk. 4 ikke er sanktioner i strafferetlig forstand – udmåles, i første omgang administrativt af Kommissionen, bl.a. på basis af de retningslinier, som er udtrykt i de ovenfor nævnte retningslinier fra 1998. Dette synes fuldt ud berettiget i lyset af Erhvervsudvalgets betænkning ved lovændringen i år 2000. Man måtte herfra få den opfattelse, at bødeniveauet for overtrædelser af den danske konkurrencelov ikke skal hverken søges tilpasset eller inspireret af bødeniveauet inden for EU. Man må dog notere sig, at de danske principper for bødeudmålingen synes at svare ganske godt til principperne i Kommissionens retningslinier. Hvilken betydning, om nogen, EU-konkurrenceretten vil få for den danske bødeudmåling må imidlertid på dette grundlag forekomme at være særdeles usikkert.

Medens disse linier skrives er et udkast til forslag til lov om ændring af Konkurrenceloven (kontrolundersøgelser, sanktioner, teleoplysninger m.v.) sendt i høring. Der er herved bl.a. stillet forslag om en formulering af § 23, som rammer “den, der på vegne af en virksomhed” forsætligt eller groft uagtsomt bl.a. overtræder § 11, stk. 1 (om forbud mod misbrug af dominerende stilling), medens § 23, stk. 2 bestemmer, at “Medmindre højere straf er forskyldt efter anden lovgivning, straffes med bøde

¹⁷ I sammenhængen ser det ud, som om der her har bestået en diskrepans mellem de to myndigheder.

eller fængsel indtil 2 år den, der på vegne af en virksomhed forsætligt eller groft uagtsomt” bl.a. overtræder § 6, stk. 1. § 23, stk. 4 i forslaget angiver herved, at ved udmålingen af straf efter stk. 1 og 2 skal der ved fastsættelse af bødens størrelse udover almindelige regler i straffelovens kapitel 10 tages hensyn til den juridiske persons omsætning.

Der er således med dette nye tiltag tilsigtet en markant skærpelse af sanktionerne over for konkurrenceretlige overtrædelser, som ikke finder deres sidestykke inden for EU-konkurrenceretten, hvor det alene er virksomhederne, som kan pålægges bøder, og hvor frihedsstraf ikke forekommer. Bemærkningerne til udkastets lovforslag nævner herunder, at det i praksis har vist sig, at bødeniveauet for overtrædelser af konkurrenceloven vil blive meget lavere end det niveau, der anvendes over for danske virksomheder, der overtræder EU-konkurrencereglerne. Og det siges desuden – med tydelig afstandtagen fra Erhvervsudvalgets betænkning i forbindelse med år 2000-konkurrencelovsændringen – at “Overtrædelser af konkurrenceloven skal betragtes som alvorlig økonomisk kriminalitet og bør derfor ikke sammenlignes med overtrædelser af anden erhvervslovgivning. [...] I konsekvens heraf indføres [...] fængselsstraf som sanktionsmuligheder i kartelsager. Udvidelsen af strafferammen har et klart præventivt sigte, ligesom det er et generelt signal om, at samfundet betragter overtrædelserne med alvor. [...] Med forslaget vil bødeniveauet blive tilnærmet bødeniveauet for overtrædelser af EU-konkurrencereglerne. Der lægges således [...] op til en væsentlig forhøjelse af bødeniveauet for virksomheders overtrædelse af loven”.

Der er sket store ting inden for dansk konkurrenceret inden for det seneste årti. Når man betragter den noget jomfruelige tilgang, som flertallet i Konkurrencelovsbetænkning 1297/1995 må siges at have haft til en dansk konkurrenceretlig regulering, hvor der næppe var tale om noget “generelt signal om, at samfundet betragter overtrædelserne med alvor”, er pendulet svinget ganske betydeligt, hvis lovudkastet er udtryk for “samfundet”. Der er tale om et udkast med stærke politiske undertoner.